

ISSN: 1303 - 4650

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi  
*This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.*

**Cilt: XV, Sayı: 1  
Vol. XV, No. 1  
Yıl / Year: 2018**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

### **Yayın Sahibi / Publisher**

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk (Dekan / Dean), Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına / *On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law*

### **Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Editör - Responsible Manager / Editor**

Prof. Dr. Oktay Uygun  
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi / *Yeditepe University Faculty of Law*

### **Editör Yardımcıları / Associate Editors**

Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### **Teknik Hazırlık / Layout and Page Design**

Ar. Gör. Alperen Asım Koruk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ar. Gör. Eşref Barış Börekçi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ar. Gör. Ece Çağlayan Candelen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Ar. Gör. Serhat Özkan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

### **Yönetim Yeri / Place of Management**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.  
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir / İstanbul  
Tel.: (0216) 578 07 67

### **İnternet Adresi / Web Address**

<http://law.yeditepe.edu.tr/yayinlar/sureliyayinlar/yu-hukuk-fakultesi-dergisi/>

### **Yayının Türü / Type of Publication**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) Ulusal Hukuk Veri Tabanı'na kabul edilmiş hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer-reviewed journal published twice a year and it was recognized as national peer reviewed journal in the National Law Database of ULAKBİM (Turkish Academic Network and Information Center).*

### **Basımcının Adı / Printed by**

ArmoniNüans Görsel Sanatlar ve İletişim Hiz. San. ve Tic. A.Ş.  
Tavukçuyolu Cad. Palas Sok. No:3 Y.Dudullu Ümraniye - İstanbul  
Tel: 0216 540 36 11      [www.armoninuans.com](http://www.armoninuans.com)

### **Basım Yeri / Place of Publication**

İstanbul / *Istanbul*

### **Basım Tarihi / Publication Date**

Ağustos / *August* 2018

**ISSN: 1303 - 4650**

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

**Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri**  
*All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to*

**E-posta / E-mail:** yuhfd@yeditepe.edu.tr

**Telefon / Phone:** (0216) 578 07 67

**Faks / Fax:** (0216) 578 07 56

**Editör / Editor :** (Oktay Uygun) oktayuygun@yahoo.com

**Editör Yardımcıları / Associate Editors :**

(Semin Töner Şen) stonersen@gmail.com

(Onur Özcan) onurozcan@yahoo.com

**Posta Adresi / Postal Address:**

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi  
İnönü Mah. Kayışdağı Cad. 26 Ağustos  
Yerleşimi 34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.  
*Articles published in this journal represent only the views of the contributors.*

*Copyright © 2017*

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınamaz.

*All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of Law.*

Dergiye yapılan atıflarda “**YÜHFD**” kısaltması kullanılmalıdır.  
*For citations please use the abbreviation: “**YUHFD**”*

## **Dergimiz Hakkında**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

## ***About Our Journal***

*Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHF) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.*

*We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.*

## **Danışma Kurulu / Advisory Board**

Prof. Dr. Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
(2004-2013 tarihleri arasında dergimize danışmanlık yapmıştır.)

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Mehmet Bahtiyar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ayşe Nuhoglu, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Bülbül, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Nomer, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

## **Yayın Komisyonu / Editorial Board**

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Duygun Yarsuvat, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für Rechtswissenschaft; Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüssel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Stefan Talmon, Universität Bonn, Fakultät für Rechtswissenschaft,  
Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht;  
Co-Direktor des Instituts für Völkerrecht  
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International Law  
Institute-Chairman  
Prof. Dr. Hakan Üzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Diler Tamer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Prof. Dr. Ekrem Ali Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Bülent Sözer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ragıp Barış Erman, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Semin Töner Şen, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Onur Özcan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Tefik Sönmez Küçük, Yeditepe Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Ahmet Cemil Yıldırım, Kemerburgaz Üniversitesi Hukuk  
Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi Zuhale Arıç, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi. Mehmet Fethi Şua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Dr. Öğr. Üyesi. Cihan Avcı Braun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğr. Gör. Cihan Mengü Acun, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğr. Gör. Nazan Moroğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğr. Gör. Jennifer Morrison, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğr. Gör. Sinan Naipoğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi  
Öğr. Gör. İsmail Esin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

## ***PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW***

1) Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

*The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer-reviewed journal published twice a year.*

2) Dergi’de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

*This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.*

3) Dergi’de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

*Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.*

4) Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

*Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:*

*Paper size: A4*

*Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm*

*Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified*

*Footnotes: Times New Roman, 10 points, at 1 line spacing, justified*

5) Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ([yuhfd@yeditepe.edu.tr](mailto:yuhfd@yeditepe.edu.tr)) ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

*Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor ([yuhfd@yeditepe.edu.tr](mailto:yuhfd@yeditepe.edu.tr)). There is no need to submit any hardcopy of the article.*

6) Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

*The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.*

7) Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce **başlık** ile hem İngilizce hem de Türkçe **özet** kısmı içermelidir.

*Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English **Title**, as well as a structured **Abstract** in Turkish (only for Turkish authors) and English.*

8) Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

*All articles should be accompanied by a sufficient number of **keywords** in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.*

9) Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10) Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır olarak** verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11) Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen çalışmaların yazarları, çalışmalarının elektronik ortamda da yayımlanmasına rıza göstermiş sayılır.

*The authors of the texts submitted for publication in the journal are deemed to have consented to the publication of their work electronically.*



12) Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

*Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.*

13) Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

14) Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

15) Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da ULAKBİM'e kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to ULAKBİM by cargo.*

16) Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayıda hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

*Free copies of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).*

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**  
**HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ**  
**Cilt: XV, Sayı: 1, Yıl: 2018**

**İÇİNDEKİLER**

**VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA İDAREYLE UZLAŞMA  
YOLUNUN HUKUKİ ELEŞTİRİSİ**

**Yalçın Arslantürk .....1**

Planlama Uzmanı, Kalkınma Bakanlığı

**e-posta:** yalcinrabzon@gmail.com

**KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE RIZA**

**Dr. Öğr. Üyesi Cihan Avcı Braun .....13**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**e-posta:** cihan\_avci@hotmail.com

**TÜRK HUKUKU UYARINCA KİRACININ KİRACILIK HAKKININ  
3. KİŞİLERE KARŞI KORUNMASI**

**Maria Melis Halıcıoğlu .....35**

Avukat, İstanbul Barosu

**e-posta:** melishalicioglu@gmail.com

**KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI ÇERÇEVESİNDE  
KAMUYA AÇIK ALANLARIN KAMU TÜZEL KİŞİLERİ  
TARAFINDAN VİDEO KAMERA ARACILIĞI İLE ÖNLEYİCİ  
AMAÇLA İZLENMESİ**

**Dr. Öğr. Üyesi Tefik Sönmez Küçük .....49**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**e-posta:** sonmezk83@hotmail.com

**GENETİK AYRIMCILIK YASAĞI**

**Dr. Öğr. Üyesi Elif Küzeci .....89**

Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim  
Dalı Öğretim Üyesi

**e-posta:** elifkuzeci@gmail.com

**KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI VE  
HASTANELERİN SORUMLULUĞU**

**Rahmi Can Ömür .....133**

Avukat, İstanbul Barosu

**e-posta:** canomur@gmail.com

**KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SURETİYLE KİŞİLİK HAKKI  
İHLALİNDE KAZANCIN DEVRİ TALEBİ**

**Ar. Gör. Mehmet Oğuz Vuraloğlu.....181**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Hukuk Anabilim Dalı

Araştırma Görevlisi

**e-posta:** oguz.vuraloglu@yeditepe.edu.tr

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW**  
**Volume: XV, No: 1, Year: 2018**

**CONTENTS**

**LEGAL CRITICISM OF RECONCILIATION PROCESS IN TAX DISPUTES**

**Yalçın Arslantürk .....1**  
Planning Specialist, Ministry of Development  
**e-mail:** yalcinrabzon@gmail.com

**CONSENT IN PROCESSING PERSONAL DATA**

**Asst. Prof. Dr. Cihan Avcı Braun.....13**  
Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law, Department of Civil Law  
**e-mail:** cihan\_avci@hotmail.com

**PROTECTION OF THE TENANT OF ITS TENANCY RIGHT AGAINST THIRD PARTIES PURSUANT TO TURKISH LAW**

**Maria Melis Halıcıoğlu.....35**  
Attorney at Law, Istanbul Bar Association  
**e-mail:** melishalicioglu@gmail.com

**VIDEO CAMERA SURVEILLANCE BY PUBLIC LEGAL ENTITIES IN PUBLIC SPACE FOR PREVENTIVE PURPOSE WITHIN THE SCOPE OF THE RIGHT TO PROTECTION PERSONAL DATA**

**Asst. Prof. Dr. Tevfik Sönmez Küçük.....49**  
Faculty Member, Yeditepe University Faculty of Law, Department of Constitutional Law  
**e-mail:** sonmezk83@hotmail.com

**PROHIBITION OF GENETIC DISCRIMINATION**

**Asst. Prof. Dr. Elif Küzeci .....89**  
Faculty Member, Bahcesehir University Faculty of Law, Department of Public International Law  
**e-mail:** elifkuzeci@gmail.com

**PROTECTION OF PERSONAL HEALTH DATA AND  
RESPONSIBILITY OF HOSPITALS**

**Rahmi Can Ömür..... 133**

Attorney at Law, Istanbul Bar Association

**e-mail:** canomur@gmail.com

**HANDING OVER CLAIM OF PROFITS IN CASE OF VIOLATION  
OF A PERSONAL RIGHT BY PROCESSING PERSONAL DATA**

**Res. Asst. Mehmet Oğuz Vuraloğlu .....181**

Research Assistant, Yeditepe University Faculty of Law, Department of Civil  
Law

**e-mail:** oguz.vuraloglu@yeditepe.edu.tr



**\*VERGİ UYUŞMAZLIKLARINDA**  
**İDAREYLE UZLAŞMA YOLUNUN HUKUKİ ELEŞTİRİSİ**  
(LEGAL CRITICISM OF RECONCILIATION PROCESS IN TAX DISPUTES)

**Yalçın ARSLANTÜRK\* \*\***

**ÖZ**

*Vergi uyuşmazlıklarının idari çözüm yolları arasında sık başvurulan bir yöntem olarak karşımıza uzlaşma yolu çıkmaktadır. Yargıya başvurulmaksızın daha kısa sürede kamu alacağının tahsilini sağlayan uzlaşma yolu aynı zamanda belirli tutarlarda kamu alacağından vazgeçmeyi de içermektedir. Bu uygulamada daha çabuk ve kesin tahsili karşılığında vergi ve/veya cezaların bir kısmından feragat söz konusu olmaktadır. Vergilerin kanunla konulmuş olması, bunlardan vazgeçmeye ilişkin uygulamaya da ayrı bir önem verilmesine neden olmaktadır. Bu itibarla çalışmada uzlaşma yolunun hukuki analizi yapılmaktadır. Bu analizin temeli, normlar hiyerarşisi çerçevesinde kanunların anayasalara aykırı olamayacağı ilkesi dikkate alınarak uzlaşma yoluna ilişkin kanunda yer alan düzenlemelerin Anayasa karşısındaki değerlendirilmesini içermektedir.*

*Çalışmada öncelikle uzlaşma yoluna ilişkin mevzuatta yer alan hükümlere ve bu usulün uygulanışına yer verilmiştir. Buradaki tespitlerden yola çıkarak uzlaşma hükümlerinin Anayasanın üstünlüğü çerçevesinde Anayasamız karşısındaki geçerliliği muhakeme edilmiştir. Bu muhakeme neticesinde, mevcut durumda izlenmesi gereken yöntem ve uzlaşma ile ilgili kanunda yer alacak hükümlerin nasıl olması gerektiğine ilişkin değerlendirmelerde de bulunulmuştur.*

***Anahtar Kelimeler:** Anayasanın Üstünlüğü, Eşitlik İlkesi, Normlar Hiyerarşisi, Vergi Uyuşmazlıkları, Uzlaşma.*

---

<sup>†</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 13.03.2018. İlk hakem raporu tarihi: 24.04.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 17.05.2018.

\* Planlama Uzmanı, Kalkınma Bakanlığı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-0895-0022

**Esere Atf Şekli:** Yalçın ARSLANTÜRK, “Vergi Uyuşmazlıklarında İdareyle Uzlaşma Yolunun Hukuki Eleştirisi”, YUHFD, C.XV, 2018/1, s.1-11

## ABSTRACT

*The reconciliation process emerges as a method frequently used as an administrative solution for tax disputes. The reconciliation process, which allows the public to receive a shorter period of time without resorting to a judgment, also includes giving up public funds at certain amounts. In this application, a tax and/or a penalty is being waived for a quicker and more accurate training. The fact that the tax is put into law also gives a special importance to the practice of this giving up. In this respect, the legal analysis of the route of reconciliation is being carried out in this article. The basis of this analysis is the evaluation of the regulations in the law concerning the reconciliaton process against the Constitution, taking into account the principle that the laws can not be contrary to the Constitution in the framework of hierarchy of norms.*

*In the article firstly, the provisions of the legislation on the way of reconciliation and the application of this method are mentioned. From these determinations, the validity of the reconciliation provisions against our Constitution is judged within the framework of the supremacy of the Constitution. As a result of these judgments, evaluations are made on the methods that should be followed in the current situation and how the provisions that should be included in the law about reconciliation should be.*

**Keywords:** *Superiority of Constitution, Equality Principle, Hierarchy of Norms, Tax Disputes, Reconciliation.*

\*\*\*

## 1. Giriş

Vergi uyuşmazlıklarının çözümünde idari ve yargı yolu olmak üzere 2 farklı temel çözüm yolu bulunmaktadır. Vergi uyuşmazlıklarının idari çözüm yolları olarak; düzeltme, pişmanlık ve ıslah, cezalarda indirim, uzlaşma, tecil ve taksitlendirme sayılabilir. Vergi uyuşmazlıklarının ya doğrudan ya da idari çözüm yolları ile giderilememesi sonrası yargıya başvurulmak suretiyle giderilmeye çalışılması ise söz konusu uyuşmazlıkların yargı yoluyla çözüm yöntemidir.

Saymış olduğumuz vergi uyuşmazlıklarına ilişkin idari çözüm yöntemlerinden biri olan uzlaşma yolunun mevzuatımızdaki düzenleniş biçimi oldukça dikkat çekicidir. Zira uzlaşma sonucunda vergi cezasının büyük bir kısmıyla birlikte vergi aslının bir kısmından dahi vazgeçilebilmektedir. Dolayısıyla bir kamu alacağı olan vergi ve cezalarından uzlaşma yoluyla devletin feragat etmesi söz konusu olmaktadır. Bu itibarla uzlaşma uygulamalarının, vergilerin kanuniliği ilkesi gereği konuldukları gibi yine kanunla kaldırılmalarına ilişkin anayasal ilke karşısındaki hukuki analizi



önem arz etmektedir. Uzlaşma uygulamasının Anayasa karşısındaki bir başka irdelenmesi gereken özelliği ise eşitlik ilkesine aykırılığının bulunup bulunmadığıdır. Nitekim uzlaşma uygulamalarında kanunun verdiği yetkiye istinaden idarelere tanınan geniş takdir yetkileri neticesinde farklı vatandaşlara farklı indirimler uygulanmaktadır. Hatta aynı vatandaşın farklı bir zamanda aynı vergi konusu ve tutarı ile ilgili uzlaşma neticesinde ödeyeceği tutar dahi farklı olabilmektedir.

Tüm bu hususlar dikkate alınarak bu çalışmada uzlaşma müessesesine ilişkin mevzuatımızdaki hükümlerin Anayasa karşısındaki geçerliliği analiz edilirken uzlaşma yoluna ilişkin kanuni düzenlemelerde olması gereken anayasal sınırlar da çizilmeye çalışılmıştır.

## 2. Uzlaşma Yolu ve Temel Eleştiri Noktaları

Uzlaşma, mükelleflerin adlarına yapılan tarhiyatı yargıya intikal ettirmeden önce vergi idaresi ile tahakkuk edecek vergi ve ceza hususunda anlaşmak için başvurabilecekleri idari bir çözüm yoludur<sup>1</sup>.

Neredeyse tüm vergi türleri uzlaşmaya konu olabilmekte ve uzlaşmayla mükellef; ikmalen, resen ve idarece yapılan tarhiyatlar konusunda itiraz yoluna başvurmaksızın vergi idaresiyle anlaşmakta ve yapılan vergi tarhiyatı bu anlaşma çerçevesinde düzeltilmektedir<sup>2</sup>.

Vergi uyumsuzluklarında uzlaşma yolunun kabul edilmesinin temel gerekçeleri; kamu alacağının kısa sürede tahsilinin sağlanması, mükellefin yargı sürecinde katlanacağı maliyetlerin ve bürokratik işlemlerin ortadan kaldırılması olarak belirtilebilir<sup>3</sup>.

Ancak bu uygulama, uzlaşmaya başvuran her mükellefe aynen tatbik edilmemektedir. Gerek bu husus gerekse uzlaşmadan faydalanan mükelleflerin uzlaşmaya başvurmadan eksiksiz bir şekilde vergisini ödeyen mükellefe göre haksız bir kazanım sağlayabilmesi, uzlaşmanın ciddi bir eşitsizlik oluşturduğu iddiasının gerekçeleri olarak gösterilebilir.

Ayrıca uzlaşma yolunun vergi asıl ve cezalarına tatbik edilmesi dolayısıyla vergilerin kanunilik ilkesine ne derecede uygun bir uygulama olduğu da tartışmalı bir husus olarak dikkat çekmektedir.

---

<sup>1</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı, *Vergi Uyuşmazlıklarının İdare İle Çözümünde Uzlaşma*, Ankara, 2007, s.7,

<sup>2</sup> Gürel Ürol, *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003, s. 809.

<sup>3</sup> Gelir İdaresi Başkanlığı, *Vergi Uyuşmazlıklarının İdare İle Çözümünde Uzlaşma*, Ankara, 2007, s.7.

Bu itibarla uzlaşma yolunun hukuki bir değerlendirmesinin yapılması önem arz etmektedir. Eşitlik ve vergilerin kanunilik ilkelerinin Anayasada hüküm altına alınmaları sebebiyle bu çalışmada uzlaşma yoluna ilişkin hukuki değerlendirmemizin esasını, uzlaşma ile ilgili hükümlerin yer aldığı kanun olan 213 sayılı Vergi Usul Kanununun söz konusu hükümlerinin üst hukuk normu olan Anayasa karşısındaki analizi oluşturmaktadır.

### 3. Uzlaşma Hükümleri ve Uygulaması

Uzlaşma, dayanağını 213 sayılı Vergi Usul Kanunundan almaktadır. Vergi Usul Kanununun ek 1'inci maddesinde uzlaşmanın konusu ve kapsamı şu şekilde hüküm altına alınmıştır:

*“Mükellef tarafından, ikmalen, re'sen veya idarece tarh edilen vergilerle bunlara ilişkin vergi ziyai cezalarının (359 uncu maddede yazılı fiillerle vergi ziyasına sebebiyet verilmesi halinde tarh edilen vergi ve kesilen ceza ile bu fiillere iştirak edenlere kesilen ceza hariç) tahakkuk edecek miktarları konusunda, vergi ziyasına sebebiyet verilmesinin kanun hükümlerine yeterince nüfuz edememekten ya da 369 uncu maddede yazılı yanılmadan kaynaklandığının veya bu Kanunun 116, 117 ve 118 inci maddelerinde yazılı vergi hataları ile bunun dışında her türlü maddi hata bulunduğu veya yargı kararları ile idarenin ihtilaf konusu olayda görüş farklılığının olduğunun ileri sürülmesi durumunda, idare bu bölümde yer alan hükümler çerçevesinde mükellefler ile uzlaşabilir. Uzlaşma konusu verginin matrah farkları itibariyle bölünebildiği durumlarda uzlaşma sadece toplam matrah farkının bu bölümüne isabet eden vergi kısmı için de yapılabilir.”*

Ayrıca aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarında;

*“Sürekli, geçici ve merkezi uzlaşma komisyonlarının teşkili, uzlaşmaya müracaat etmeye yetkili olanların belirlenmesi, uzlaşmanın şekli, uzlaşmaya konu edilebilecek vergi, resim ve harçların belirlenmesi, uzlaşma komisyonlarının yetkileri, uzlaşmanın yapılmasına ilişkin usul ve esaslar Maliye Bakanlığınca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenlenir. İl özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar için bu yönetmelik İçişleri Bakanlığınca hazırlanır.*

*Maliye Bakanlığınca vergi incelemesine dayanılarak tarh edilecek vergilerde tarhiyat öncesi uzlaşma yapılmasına izin verebilir.”*

hükümlerine yer verilmiştir.

Bu hükümlerden görüleceği üzere vergi uyuşmazlıklarında uzlaşma, tarhiyat öncesi ve tarhiyat sonrası olmak üzere iki şekilde düzenlenmiş olup Maliye Bakanlığınca yürürlüğe konulan Uzlaşma Yönetmeliği ve Tarhiyat Öncesi Uzlaşma Yönetmeliğinde yer alan hükümlere göre gerçekleştirilmektedir.

Yukarıdaki Kanun maddelerinde önem arz eden husus; vergi asıllarına ilişkin de uzlaşmaya gidilebilmesinin ve uzlaşmaya konu edilebilecek vergiler de dahil olmak üzere uzlaşma usul ve esaslarının belirlenmesinin yönetmelikle düzenlenmesidir.

Kısmen de olsa bir vergi alacağından vazgeçmek ve buna ilişkin usul ve esasların kanun yerine bir yönetmelikle belirlenmesi hukuki açıdan nasıl değerlendirilmelidir? Bu hususu normlar hiyerarşisi açısından analiz etmek faydalı olacaktır.

#### **4. Anayasa Hükümleri Karşısında Uzlaşma Uygulamasının Değerlendirilmesi**

Devletin hukuk ile ilişkisinin temelini oluşturması nedeniyle oldukça önemli bir yere sahip olan normlar hiyerarşisine göre her bir normun bir üst norma uygun olması gereği dolayısıyla anayasanın yasa, yasanın da tüzük ve yönetmeliklerle idari işlemlere üstünlüğü bulunmaktadır<sup>4</sup>. Zira anayasanın bir devletin hukuk kuralları içinde en yüksek hukuk kuralı sayılmasına anayasanın üstünlüğü kuralı denir<sup>5</sup>. Bu kurala göre diğer hukuk kurallarının anayasa hükümlerine uygun olması gerekmektedir.

Anayasadan sonra normlar hiyerarşisine göre ilk sırada kanunlar gelmektedir. Dolayısıyla anayasanın üstünlüğü kuralı olarak ilk önce değerlendirilmesi gereken husus, kanunların anayasaya ne ölçüde uygun olarak düzenlendikleridir. Bu itibarla 213 sayılı Vergi Usul Kanununda düzenlenen uzlaşmaya ilişkin hükümlerin de Anayasa hükümlerine uygun olması gerekmektedir. Bu açıklamalar neticesinde, uzlaşma müessesesine ilişkin hükümlerin 1982 tarihli Anayasa karşısında değerlendirilmesi önem arz etmektedir:

##### **4.1. Kanun Önünde Eşitlik İlkesi Açısından Değerlendirme**

Anayasanın “Kanun Önünde Eşitlik” başlıklı 10’uncu maddesinin dört ve beşinci fıkralarında; *“Hiçbir kişiye, aileye, zümreye veya sınıfa imtiyaz tanınamaz. Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.”* hükümleri yer almaktadır.

<sup>4</sup> İbrahim Ö. Kaboğlu, “Türkiye’de Hukuk Devletin Gelişimi”, TODAİE İnsan Hakları Yıllığı, 12/1, 1990, s.141.

<sup>5</sup> A.Şeref Gözübüyük, *Anayasa Hukuku (Anayasa Metni-Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999, s.9.

Bu hükümlerde devlet organlarının tüm işlerinde kanun önünde eşitlik ilkesinin uygulanacağı önemle belirtilmiştir. Bu hükümlerden, bireyler arasında yasal hak, ödev ve yükümlülükler bakımından eşitlik sağlanmasının esas olduğu sonucuna varılabilmektedir<sup>6</sup>.

Nitekim söz konusu maddenin beşinci fıkrası açık bir şekilde, herkesin eşit olarak bağlı bulunduğu ortak hukuk sistemi içerisinde kanunların devlet erki tarafından herkese eşit bir şekilde uygulanması gerekliliğini ortaya koymaktadır<sup>7</sup>.

213 sayılı Kanunda ise belirli şartlar altında idarenin mükelleflerle uzlaşabileceği hüküm altına alınmış; uzlaşmanın yapılmasına ilişkin usul ve esasların Maliye Bakanlığı ya da yetki çerçevesine göre İçişleri Bakanlığınca çıkarılacak yönetmelikle düzenleneceği belirtilmiştir.

Maliye Bakanlığınca çıkarılan ve 03/02/1999 tarihli ve 23600 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan Uzlaşma Yönetmeliğinin “Uzlaşma Komisyonunun Yetkisi” başlıklı 5’inci maddesinde;

*“Vergi Usul Kanununun değişik Ek 1 inci maddesi ile bu Kanunun kapsamına giren ve ikmalen, re’sen veya idarece tarh ve tebliğ edilmiş olan vergi, resim ve harçlardan hangilerinde uzlaşma yoluna gidilebileceği ve uzlaşma komisyonlarının uzlaşabilecekleri en çok vergi, resim ve harç miktarının tayini hususunda Bakanlık (il özel idareleri ve belediyelere ait vergi, resim ve harçlar için İçişleri Bakanlığı) yetkili kılınmıştır.*

*Bakanlığa tanınan bu yetkiye dayanılarak uzlaşma komisyonlarının uzlaşabilecekleri en çok vergi, resim ve harç miktarları genel tebliğler ile belirlenir.”*

Burada Kanunun verdiği yetkiye dayanarak Yönetmelik düzenlenmiş ve Yönetmelikte uzlaşma komisyonlarına belli sınırlar içinde takdir yetkisi tanınmıştır.

Türkiye genelindeki tüm uzlaşma komisyonları aynı vergi, resim ve harçlarda aynı tutarda uzlaşmaya gitmemektedir. Dolayısıyla farklı kimselerin aynı cins ve tutardaki borçları için farklı bölgelerdeki ve hatta aynı uzlaşma komisyonlarında farklı bir tutar üzerinde uzlaşılması mümkün olabilmektedir. Uzlaşma uygulamasıyla, aynı vergi borcu ve aynı gerekçeyle uzlaşma için başvuru yapan kimselere aynı ya da farklı vergi uzlaşma komisyonlarınca farklı tutarlarda uzlaşma sağlanabilmektedir.

<sup>6</sup> Bülent Serim, “Yasa Önünde Eşitlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, 27/3, TODAİE, 1994, s.14.

<sup>7</sup> Merih Öden, *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003, s.392-394.

Kaldı ki 213 sayılı Kanunun söz konusu hükmü, aynı gerekçeyle uzlaşma için idareye başvuran kimselerin kimi için uzlaşmaya gitme, kimi için ise uzlaşmaya gitmeme şeklinde yetkiyi dahi idareye tanımış bulunmaktadır.

Anayasanın “Devlet organları ve idare makamları bütün işlemlerinde kanun önünde eşitlik ilkesine uygun olarak hareket etmek zorundadırlar.” hükmü dikkate alındığında; 213 sayılı Kanunun söz konusu hükmünün idareye uzlaşma konusunda tanımış olduğu yetki, Anayasanın kanun önünde eşitlik ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Maliye Bakanlığınca çıkarılmış olan Uzlaşma Yönetmeliğinde 213 sayılı Kanundan alınan yetkiye dayanarak eşitlik ilkesine aykırı uygulamalara neden olabilecek geniş takdir yetkileri tanınmaktadır. Bunun temel sebebi, Türkiye’de birbirinden farklı pek çok uzlaşma komisyonu olması ve bunun doğal sonucu olarak bunların kararları arasında bir paralelliğin bulunmamasıdır. Böyle bir uzlaşma komisyonu yapısı varken idareye ve dolayısıyla uzlaşma komisyonlarına uzlaşılacak vergi miktarı da dahil olmak üzere geniş yetkiler vermek, uzlaşma talep eden kimseler arasında bir eşitliğin sağlanmasına olanak tanımamaktadır.

Nitekim Anayasa Mahkemesinin bir Kararında; “Anayasanın 2’nci maddesine göre Türkiye Cumhuriyetinin bir hukuk devleti ve hukuk devletinin belirgin özelliğinin yönetimde keyfiliğe izin vermemesi, yönetimin tüm işlemlerinde hukuka uygun hareket etmesi olduğu belirtilerek keyfi davranmama yükümlülüğünün diğer Devlet organları gibi yasama organı için de bağlayıcılığının bulunduğu, özellikle haklardan yararlanmayı düzenlerken yasama organının kişiler arasında keyfi ayrımlarda bulunmaması gerektiği, bu durumun Anayasanın 10’uncu maddesinde düzenlenen eşitlik ilkesinin bir gereği olduğu” ifade edilmiştir<sup>8</sup>.

#### 4.2. Vergilerin Kanuniliği İlkesi Açısından Değerlendirme

Anayasanın “Vergi Ödevi” başlıklı 73’üncü maddesinde; “Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konular, değiştirilir veya kaldırılır. Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi Bakanlar Kuruluna verilebilir.” hükümleri yer almaktadır.

<sup>8</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, “20/11/2008 tarihli ve E.2008/42, K.2008/167 no.lu Karar”, 18/03/2009 tarihli 27173 sayılı T.C. Resmi Gazete.

Uzlaşma uygulamasının “*vergilerin kanuniliği ilkesi*” karşısındaki durumunu değerlendirilebilmek için şöyle bir örnekle yola çıkabiliriz: Vergi inceleme raporuyla şahsın bildirdiği matrahtan daha yüksek vergi matrahı tespit edilmiş, bu nedenle Rapora göre hesaplanan vergi de şahsın bildirdiği vergiden daha yüksek çıkmıştır. Şahıs ilave vergi ve cezası için uzlaşma komisyonuna 213 sayılı Kanundaki gerekçelerden birini sunarak başvurmuştur. 213 sayılı Kanuna göre vergi uzlaşma komisyonu cezanın yanı sıra matrah farkı tespitinden kaynaklanan ilave vergi üzerinde de uzlaşma neticesinde bir indirim gidebilir. Ancak bu husus Anayasanın 73’üncü maddelerindeki hükümlere aykırılık teşkil etmektedir. Nitekim Rapora göre hesaplanan yeni vergi matrahı bir mahkeme kararıyla iptal edilmemiştir. Böylece söz konusu matraha göre hesaplanan vergi veri olarak dikkate alınmalıdır ki aslında bu kanunen hesaplanan vergidir. Dolayısıyla idare tarafından ilave hesaplanan verginin bir kısmı olsa dahi indirilmesi, Anayasada yer alan “*verginin kanunla kaldırılması*” hükmüne aykırı olarak değerlendirilebilir.

Bununla birlikte uzlaşma dolayısıyla alınmayacak olan vergi bir an olsun 213 sayılı Kanundaki “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülüklerin muaflik, istisnalar ve indirimleriyle oranlarına ilişkin hükümlerinde kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi*” olarak değerlendirilse dahi yine aynı maddede söz konusu yetki için “*Bakanlar Kuruluna verilebilir*” hükmü bulunması dolayısıyla Kanunla uzlaşma için Bakanlar Kurulu yerine idareye yetki verilmesi yine Anayasaya aykırı olarak değerlendirilecektir. Kaldı ki uzlaşma, belirli bir mükellef grubu yerine kişi bazlı bir uygulama olduğu için muaflik, istisna, indirim ya da bir oran değişikliği olarak değerlendirilmesi mümkün değildir.

### 4.3. Değerlendirmeler Sonrası Hukuki Öneri

213 sayılı Kanundaki uzlaşma ile ilgili Anayasanın gerek “*eşitlik*” gerekse “*vergilerin kanunla kaldırılması*” hükümlerine aykırı hükümler aleyhine, Anayasanın iptal davası başlıklı 150’nci maddesindeki; “*Kanunların, kanun hükmündeki kararnemelerin, Türkiye Büyük Millet Meclisi İçtüzüğü’nün veya bunların belirli madde ve hükümlerinin şekil ve esas bakımından Anayasaya aykırılığı iddiasıyla Anayasa Mahkemesinde doğrudan doğruya iptal davası açabilme hakkı, Cumhurbaşkanına, iktidar ve anamuhalefet partisi Meclis grupları ile Türkiye Büyük Millet Meclisi üye tamsayısının en az beşte biri tutarındaki üyelere aittir. İktidarda birden fazla siyasi partinin bulunması halinde, iktidar partilerinin dava açma hakkını en fazla üyeye sahip olan parti kullanır.*” hükmü uyarınca iptal davası açılabilceği düşünülmektedir.

Günümüze kadar böyle bir iptal davasının açılmamasının nedeninin ise uygulamanın vatandaş lehine sonuçlara sahip olması gösterilebilir. Nitekim uzlaşma sonucu daha fazla vergi ya da ceza ödeyecek kimse daha düşük ödeme yapma imkanına sahip olabilmektedir. Böylece mükellef lehine olan bir düzenlemenin kaldırılmasına ilişkin irade sergilenmemiş olabilir. Ancak bu durum yukarıda sayılan Anayasada yer alan “eşitlik ilkesi” ile “vergilerin kanunla kaldırılması” hükümlerine aykırılığa haklı bir gerekçe olarak sunulamaz. Nitekim bir hukuk devletinin temel özelliği normlar hiyerarşisine uygunluğun ve hukuki güvenliğin sağlanmış olmasıdır. Zira Anayasa Mahkemesinin bir Kararında belirtildiği üzere, hukuk devletinin unsurlarından olan “hukuki güvenlik” ilkesi gereği devlet faaliyetlerinin önceden tahmin edilebilir, öngörülebilir olması gerekmektedir; takdir yetkisini zorlayan ve keyfiliğe yol açacak kurallara yer verilmemelidir<sup>9</sup>.

Tüm bu açıklamalarla birlikte iptal davası yoluyla 213 sayılı Kanundaki uzlaşma ile ilgili Anayasaya aykırı hükümlerin iptali yerine, Meclis tarafından yapılacak yasal bir düzenlemeyle söz konusu Kanunda;

- Vergilerin kanunilik ilkesi gereği vergi asıllarına ilişkin uzlaşmaya gidilememesi ancak cezalara ilişkin uzlaşmaya gidilebilmesi,
- Cezalar için başvurulacak uzlaşmada kanun önünde eşitliğin temini için ilgili idareye takdir yetkisi veren hükümlerin kaldırılması,
- Uzlaşmaya varılması halinde cezaların belli bir oranda indirileceğine dair objektif bir kriter belirlenmesi

olarak belirtilebilecek değişiklikler yapılabilir. Böylece mevcut uzlaşma yolu ile ilgili hükümlerin Anayasaya olan aykırılıkları giderilerek söz konusu uygulamanın devamı sağlanabilecektir. Zira uzlaşma yolu, normal koşullarda tahsil edilemeyen vergilerin tahsiline ilişkin gerçekleşme oranını artırması ve gerçekleşme süresini kısaltması özelliği dolayısıyla oldukça önem arz etmektedir.

## 5. Sonuç

İdareye ve dolayısıyla uzlaşma komisyonlarına uzlaşılacak vergi miktarı da dahil olmak üzere geniş yetkiler vermek, uzlaşma talep eden kişiler arasında bir eşitliğin sağlanmasına olanak tanımamaktadır. Bu itibarla kanun önünde eşitliği temin edilmesini mümkün kılmayan bir kanun maddesinin, Anayasanın 10’uncu maddesinin beşinci fıkrası uyarınca iptali gerekmesi dolayısıyla 213 sayılı Vergi Usul Kanununun ek 1’inci maddesinde yer alan

<sup>9</sup> Anayasa Mahkemesi Kararı, “07/04/2016 tarihli ve E.2015/94, K.2016/27 no.lu Karar”, 03/05/2016 tarihli ve 29701 sayılı T.C. Resmi Gazete.

uzlaşma ile ilgili söz konusu takdir yetkisini veren hükümlerin iptali düşünülebilir.

Bununla birlikte uzlaşma neticesinde idare tarafından hesaplanan vergi aslında da indirime gidilebilmesi dolayısıyla bir kısım verginin alınmaması söz konusu olabilmekte olup bu hususu Anayasanın “*vergilerin kanunla kaldırılması*” hükmüne aykırı bir hüküm olarak değerlendirmek mümkündür. İdare tarafından tahsilinden vazgeçilen verginin; muaflık, istisna ve indirim ile oranlarına ilişkin hükümlerde değişiklik olarak değerlendirilmesi durumunda ise kanunun belirttiği yukarı ve aşağı sınırlar içinde değişiklik yapmak yetkisi ancak Bakanlar Kuruluna verilebileceğinden dolayı 213 sayılı Kanundaki uzlaşmada idareye yetki verilmesi, yine Anayasaya aykırılık teşkil edecektir. Kaldı ki böyle bir değerlendirme çerçevesinde, uzlaşmanın belirli vergi mükellefi grubu yerine kişi bazlı bir uygulama olması dolayısıyla uzlaşma; muaflık, istisna, indirim ya da bir oran değişikliği olarak değerlendirilemeyecek ve böylece yine Anayasanın “*Vergi, resim, harç ve benzeri malî yükümlülükler kanunla konulur, değiştirilir veya kaldırılır.*” hükmü kapsamında değerlendirilmek zorunda olup Anayasaya aykırılıktan kurtulamayacaktır.

Bu açıklamalar neticesinde, Anayasanın “*eşitlik*” ve “*vergilerin kanunla kaldırılması*” hükümlerine aykırılık teşkil eden 213 sayılı Kanundaki uzlaşmaya ilişkin hükümler aleyhine Anayasanın iptal davası başlıklı 150’nci maddesi hükmü uyarınca iptal davası açılabileceği gibi uzlaşma uygulamasının devamını sağlamak amacıyla söz konusu hükümlerin Anayasaya uygun olarak değiştirilmesi de bir çözüm yolu olarak değerlendirilebilir. Söz konusu değişikliğe ilişkin düzenlemelerde; Anayasada yer alan “*vergilerin kanunla kaldırılması*” hükmü ile uyumu sağlamak amacıyla vergi asılları yerine yalnızca vergi cezaları için uzlaşmaya gidilebilmesi, yine Anayasadaki “*eşitlik ilkesi*” ile uyumu sağlamak için ise cezalar için başvurulacak uzlaşmada ilgili idareye takdir yetkisi veren hükümlerin kaldırılarak cezaların belli bir oranda indirileceğine dair objektif bir kriterin belirlenmesi hüküm altına alınabilir. İkinci yöntemin benimsenmesiyle hem tahsil edilemeyen vergilerin yargısal süreç yerine daha kısa bir zamanda tahsiline olanak sağlayan uzlaşma yolu terkedilmemiş hem de mevcut durumda Anayasal hükümlere aykırılık teşkil eden 213 sayılı Kanundaki uzlaşma hükümlerinin Anayasaya aykırılığı giderilerek normlar hiyerarşisine uygunluk ve hukuki güvenlik sağlanmış olacaktır.



### KAYNAKÇA

Anayasa Mahkemesi Kararı, “20/11/2008 tarihli ve E.2008/42, K.2008/167 no.lu Karar”, 18/03/2009 tarihli 27173 sayılı T.C. Resmi Gazete.

Anayasa Mahkemesi Kararı, “07/04/2016 tarihli ve E.2015/94, K.2016/27 no.lu Karar”, 03/05/2016 tarihli ve 29701 sayılı T.C. Resmi Gazete.

Gelir İdaresi Başkanlığı, *Vergi Uyuşmazlıklarının İdare İle Çözümünde Uzlaşma*, Ankara, 2007.

GÖZÜBÜYÜK, A.Şeref. *Anayasa Hukuku (Anayasa Metni – Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)*, Turhan Kitabevi, Ankara, 1999.

KABOĞLU, İbrahim Ö. “Türkiye’de Hukuk Devletinin Gelişimi”, *İnsan Hakları Yıllığı*, 12/1, TODAİE, 1990, ss.139-166.

ÖDEN, Merih. *Türk Anayasa Hukukunda Eşitlik İlkesi*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2003.

SERİM, Bülent. “Yasa Önünde Eşitlik İlkesi”, *Amme İdaresi Dergisi*, 27/3, TODAİE, 1994, ss.13-25.

ÜROL, Gürel. *Güncel Vergi Usul Kanunu Uygulaması*, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2003.



## #KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE RIZA (CONSENT IN PROCESSING PERSONAL DATA)

Dr. Öğretim Üyesi Cihan Avcı BRAUN\* \*\*

### ÖZ

*Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVKK) belirtildiği üzere, bir gerçek kişinin kişisel verilerinin işlenebilmesi için o kimsenin bu işlemeye rıza göstermiş olması gerekir. Bireyin rızası olmadan kişisel verilerinin işlenmesi, ancak kanunda belirtilen hallerde ve kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde mümkündür. KVKK, kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde işlenebilmesi için rızanın, “açık rıza” şeklinde verilmesini aramaktadır. KVKK, açık rızanın tanımını 3. maddenin a bendinde yapmaktadır. Ancak bu tanımda yer almayan bir unsur olan, rızanın “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” olması gereği, kanun koyucunun bu unsuru tanımda yazmayı unutmuş olduğu izlenimi yaratırçasına madde gerekçesinde yer almaktadır. Kafa karışıklığına daha çok sebep olan durum ise, 3. maddenin gerekçesinde açık rızanın tanımının mehaz düzenleme olan 95/46/EC sayılı Direktif dikkate alınarak yapıldığıdır. Ancak adı geçen direktif açık rızanın değil, sadece rızanın tanımını yapmakta ve rızanın tanımında, 3. maddenin gerekçesinde belirtilenin aksine, rızanın “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” olması unsura yer vermemektedir. Bunun ötesinde KVKK, hem genel nitelikteki kişisel verilerin hem de korunmaya daha çok muhtaç olduğu için daha nitelikli bir rızanın aranması gereken özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi için bünyesinde aynı unsurları barındıran ve tanımını da eksik olarak verdiği “açık rıza”nın varlığını aramaktadır. Mehaz düzenleme olan 95/46/EC sayılı Direktif’in ise bu iki farklı kategorideki kişisel verilerin işlenebilmesi için aradığı rıza, farklı unsurları bünyesinde barındırmaktadır. Bütün bu nedenlerle KVKK’da bahsedilen açık rızadan neyin anlaşılması gerektiği sorusu, açıklığa kavuşturulması gereken güncel bir sorundur. Çalışmamızda da bu soruna yönelik çözüm önerileri getirilecektir.*

---

<sup>14</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.04.2018. İlk hakem raporu tarihi: : 09.04.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 18.05.2018.

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-1350-6468

**Anahtar Kelimeler:** *Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza, Açık Rıza, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Kişisel Verilerin İşlenmesi, Özel Nitelikli Kişisel Veriler*

### **ABSTRACT**

*According to the (Turkish) Law on the Protection of Personal Data (LPPD), personal data may be processed if the data subject has declared its consent. Processing personal data without obtaining consent is only lawful within the scope and the limits of a legal basis. In order to process personal data lawfully, the LPPD requires the data subject's consent to be given as "explicit consent". The definition of "explicit consent" is laid down in Article 3 lit. a) LPPD. However, according to the grounds of this article, the consent has to be given "unambiguously" which might indicate that the aforementioned element has been forgotten to be included into the definition of Article 3 lit. a) itself. Another circumstance which creates even more confusion is that, according to the grounds of this article, the definition of "explicit consent" was made with reference to Directive 95/46/EC. Yet, the said Directive defines consent instead of explicit consent and the definition does not require the consent to be given "unambiguously" – contrary to the grounds of Article 3 LPPD. Moreover, under the LPPD, the concept of "explicit consent" applies to both – processing general personal data as well as processing sensitive personal data. The latter, however, requires a higher level of protection and, thus, also a more qualified type of consent – which is not expressed in the definition of "explicit consent" under the LPPD. On the contrary, Directive 95/46/EC – as referenced rule – requires different criteria including different elements for consent in order to process personal data in the abovementioned situations. Against this background, the question of how the concept of "explicit consent" in the sense of Article 3 lit. a) LPPD is to be understood, is a problem that needs to be solved urgently. Possible solutions to this problem will be presented in this article.*

**Keywords:** *Consent in Processing Personal Data, Explicit Consent, Law on the Protection of Personal Data, Processing Personal Data, Specially Qualified Personal Data*

\*\*\*

### **A. Giriş**

Kişilik hakkı, kişiliğe bağlı değerlerin tümü üzerindeki hakkı belirtmek amacıyla kullanılan bir kavramdır. Kişinin hayatı, sağlığı ve beden bütünlüğü gibi maddi varlığı ile faaliyet özgürlüğü, dini inancı, şeref ve haysiyeti, ismi, resmi, sesi, sırları, duygusal ve cinsel hayatı gibi manevi varlıklarının tamamı

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

üzerinde hukuken korunan menfaatine kişilik hakkı denir. Kişilik hakkı, kişinin toplumda yer alabilmesi, saygınlığını ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi için tüm maddi ve manevi değerleri üzerinde sahip olduğu haktır<sup>1</sup>. Hukuka uygunluk sebebi bulunmadığı sürece kişilik hakkına yapılan her saldırı kural olarak hukuka aykırı sayılır. Burada kişilik hakkını ihlâl eden kimsenin bu davranışı, kişilik hakkı zedelenen kimsenin vermiş olduğu - hukuka ve ahlâka aykırı olmayan- rızaya dayanıyorsa veya fail, kanunların kendisine tanıdığı bir yetkiyi kullanıyorsa, fiil hukuka aykırı sayılmaz.

Örneğin, ödül törenlerinde kırmızı halı üzerinde gazetecilere poz veren sanatçıların, burada çekilen fotoğraflarının yayınlanmasına razı oldukları kabul edilir. Veya kan tahlili yapılması için kan verilmesinde de kişinin işleme rıza vermiş olması hukuka uygunluk sebebi oluşturur ve vücut bütünlüğünün ihlali şeklinde kişilik hakkına müdahale gerçekleşmiş olmaz.

## **B. Kişisel Verilerin İşlenmesi İçin Verilen Rızanın Zamanı ve Geri Alınabilmesi Sorunu**

Kişisel verilerin işlenmesi kural olarak caiz olmayıp; veri sahibinin rızası, kişisel verilerin işlenebilmesinde hukuka uygunluk sebebi oluşturur<sup>2</sup>. Burada cevaplandırılması gereken en önemli soru, kişilik hakkına yapılan müdahalede hukuka uygunluk sebebi oluşturan rızanın ne zaman verilmesi gerektiğidir. Kişilik hakkına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen müdahalenin, hukuka uygun hale gelebilmesi için, kişilik hakkı sahibinin müdahaleden önce<sup>3</sup> ve en geç müdahale anında rıza vermesi gerekir<sup>4</sup>. Başka bir ifadeyle, burada aranan rıza ancak izin şeklinde verilebilir, icazet şeklinde

<sup>1</sup> Öğretide kişilik hakkının değişik şekillerde tanımlandığı görülmektedir. Benzer tanımlar için bkz. VELİDEDEOĞLU, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt 1, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1956, s. 88; OĞUZMAN, M. Kemal/SELİÇİ, Özer/OKTAY-ÖZDEMİR, Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016, N. 495; ARPACI, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000, s. 103; ERMAN, Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, İstanbul 2016, s. 159; HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya, Medeni Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2016, s. 85; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016, s. 85; SEROZAN, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 454.

<sup>2</sup> AKSOY, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010, s. 82, 83; LIEDKE, Bernd, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Edewecht 2012, s. 3.

<sup>3</sup> AYÖZGER, A. Çiğdem, Kişisel Verilerin Korunması, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil, İstanbul 2016, s. 125, 127; LIEDKE, s. 4.

<sup>4</sup> Tıbbi müdahaleler için verilen rıza hususunda bak. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 552.

verilemez<sup>5</sup>. Zira rızanın kişilik hakkını ihlâl eden davranıştan sonra verilmesi, hukuka aykırılığı ortadan kaldırmaz<sup>6</sup>. Kişisel verilerin işlenmesine sonradan verilen rıza da, işlemeyi ancak rızanın verilmesi anından itibaren hukuka uygun hale getirir<sup>7</sup>. Bu durumda kişisel verilerin rıza alınmadan işlenmesi ile rızanın verilmesi anına kadar kişilik hakkı ihlâlî gerçekleşmiş olur ve kişilik hakkı ihlâl edilen kimsenin tazminat alacağı doğar. Alacak haklarından da tek taraflı olarak vazgeçmek, yani alacak hakkından feragat etmek mümkün olmadığı için; kişilik hakkı ihlali gerçekleştikten -tazminat alacağımı sona erdirmeye iradesiyle- sonra verilen rıza (icazet), olsa olsa doğan tazminat alacağımı ibra sözleşmesi ile ortadan kaldırmaya yönelik bir icap olarak yorumlanabilir<sup>8</sup>. Bu durumda, ibra sözleşmesinin kurulması için kişilik hakkını ihlâl edenin açık veya örtülü bir kabul beyanı bulunmasa bile, TBK m. 6'deki karine<sup>9</sup> uyarınca, ibraya yönelik icap uygun bir süre içinde reddedilmezse, icabın kabul edildiği varsayılır. Zira bu durum, kendisine ibraya yönelik icapta bulunulan kimse aleyhine bir sonuç doğurmayacağı için, sözleşmenin niteliği gereği icapta bulunan açık bir kabulü beklemek zorunda değildir.

Kişisel verilerin işlenmesi için verilen rızanın her zaman geri alınabileceği, Avrupa Birliği tarafından çıkarılan ve 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe girecek olan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde<sup>10</sup> açıkça yer almaktadır.

<sup>5</sup> KÜHLING, Jürgen, Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht (Hrsg. Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan, 22. Edition, München 2017 (beckonline.com), (Çevrimiçi 02.11.2017), § 4a, Rn. 32; ; LIEDKE, s. 4,5.

<sup>6</sup> Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979, § 46, IV, 3, s. 419.

<sup>7</sup> AYÖZGER, s. 127; TAŞTAN, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017, s. 159, 160.

<sup>8</sup> OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 12. Bası, İstanbul 2016, N. 69; von Tuhr/Peter, § 46, IV, 3, s. 419.

<sup>9</sup> TBK m.6 uyarınca, susmaya sonuç bağlanmasının bir irade karinesi mi, yoksa bir irade beyanı faraziyesi mi oluşturacağı konusu tartışmalıdır. Bu kavramların açıklaması ve aralarındaki fark için bkz. OĞUZMAN, M. Kemal/BARLAS, Nami, Medeni Hukuk, 23. Bası, İstanbul 2017, N. 678 vd.; TBK m. 6 uyarınca susmanın kabul sayılmasının bir irade karinesi oluşturduğu yönünde OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 14. Bası, İstanbul 2016, N. 232.

<sup>10</sup> Verordnung (Eu) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), Amtsblatt Nr. L 119/1 vom 4.5.2016 için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679> (Çevrimiçi,29.09.2017)

Verilen rızanın geri alınabileceği KVKK'da açıkça düzenlenmemiş de olsa, kişisel verilerin korunmasına ilişkin verilen rızanın her zaman geri alınabileceği kuralı bizim hukukumuzda da uygulanabilmelidir<sup>11</sup>. Burada kişisel verilerin niteliğini göz önünde bulundurarak bir yorum yapmak gerekecektir. Zira kişilik hakkının bir görünümü olan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, Anayasa ile koruma altına alınmış temel bir haktır (Anayasa md. 20/f.3). Bu nedenle bu verilerin işlenmesine ilişkin rızanın bir kere verilmiş olması, bundan sonra bu verilerin işlenmesine karışılmayacağı anlamına gelmez. Kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılmak üzere verilen rıza her zaman geri alınabilmeli<sup>12</sup>; ancak bu geri alma sonuçlarını ileriye etkili olarak (ex nunc) doğurmalıdır. Aynı gerekçeyle rızanın geri alınması hakkından önceden feragat etmek de mümkün olmamalıdır (TMK m. 23). Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi Ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik'in<sup>13</sup> 7. maddesinin 3. fıkrasında yukarıda her türlü kişisel verileri için ifade ettiğimizi düşüncesini destekler nitelikte bir düzenleme getirmiştir<sup>14</sup>. Sözü geçen düzenlemeye göre:

“İlgili kişi, aksi yönde bir hukukî düzenleme veya yargı kararı bulunmaması halinde verilerinin işlenmesi ve aktarılması için vermiş olduğu rızayı istediği zaman geri alabilir. Rızanın geri alınması, o tarihe kadar yapılmış bulunan işlemler bakımından etkili olmaz.”

<sup>11</sup> TAŞTAN, s. 160.

<sup>12</sup> AYÖZGER, s. 127; Tıbbi müdahaleler için verilen rızanın her zaman geri alınabileceğine ilişkin bak. OĞUZMAN/SELİÇİ/OKTAY-ÖZDEMİR, N. 552; Genel anlamda, hukuka uygunluk sebebi teşkil eden rızanın her zaman geri alınabileceği konusunda bkz. von Tuhr/Peter, § 46, IV, 3, s. 419.

<sup>13</sup> Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi Ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik 20.10.2016 tarihli ve 29863 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak, yayımı tarihinde yürürlüğe girmiştir.

<sup>14</sup> Benzer bir düzenleme, 24 Temmuz 2012 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe giren ve Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla 26 Ocak 2015'te yürürlükten kaldırılan “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in 8. maddesinin 5. ve 11. maddesinin 2. fıkralarında yer almaktaydı. Adı geçen hükümler, işletmecilere, abone/kullanıcıların vermiş oldukları rızayı aynı yöntem ya da basit bir yöntem ile her zaman ücretsiz olarak geri almalarına imkân sağlama yükümlülüğü getirmekteydi.

### C. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda Aranılan Rızanın Unsurları

Yukarıda verilen genel bilgiler ışığında, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda (KVVK) sözü geçen rızadan ne anlaşılması gerektiğini incelemek gerekir.

Rızanın verilmesiyle birey, kişilik hakkının bir görünümünü oluşturan kişisel verilerinin geleceğini tayin hakkını kullanmaktadır<sup>15</sup>. Kişisel verinin sahibi, kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarruf etme ve kimin kendi hakkında neyi bilebileceğine karar verme yetkisine sahiptir<sup>16</sup>. Bunun istisnaları, yani bireyin rızası olmadan kişisel verilerinin işlenmesi, ancak kanunda belirtilen hallerde ve ancak kanunda belirtilen sınırlar çerçevesinde mümkündür (Anayasa m. 20/f. 3). Anayasal bir hak olan kişisel verilerin korunmasını isteme ve bunların kaderini tayin hakkının etkili bir şekilde korunmasını sağlayabilmek için, verilen rızanın geçerliliği Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde<sup>17</sup> olduğu gibi ülkemizde de KVKK ile sıkı şartlara tâbi tutulmuştur.

Buna göre KVKK, kişisel verilerin işlenmesinin hukuka uygun olabilmesi için aranan hukuka uygunluk şartlarından biri olan rızanın “açık rıza” şeklinde verilmesini aramakta ve 3. maddenin a bendinde de açık rıza şu şekilde tanımlanmaktadır: “Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza.”

#### I. “...Açıklanan rıza”:

**the data subject's consent :“... any ... indication of his wishes ... signifying ...”**

#### **Einwilligung der betroffenen Person: “... jede Willensbekundung ...”**

KVKK'da tanımlar yapılırken, bu kanuna mehzaz oluşturan 24.10.1995 tarih ve 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikğine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi'nden<sup>18</sup> ayrılarak rızanın değil, açık rızanın

<sup>15</sup> KÜHLING, § 4a, Rn. 1; LIEDKE, s. 3.

<sup>16</sup> KÜHLING, § 4a, Rn. 1; LIEDKE, s. 3; Alman Anayasa Mahkemesi'nin 15.12.1983 tarih ve 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83 sayılı kararı, NJW 1984, 419.

<sup>17</sup> KÜHLING, § 4a, Rn. 28.

<sup>18</sup> Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, Amtsblatt Nr. L 281 vom 23.11.1995 için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:31995L0046> (Çevrimiçi, 26.09.2017).

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*



tanımı yapılmıştır. Ancak Direktif rızanın tanımını, “herhangi bir şekilde dışa yansıtılan irade/arzu” ile yaparken, KVKK rızanın tanımını yine rıza ile yapmıştır.

Bu nedenle bu kavramın açıklığa kavuşturulması gerekmektedir. Ancak öncelikle burada kanun koyucunun aslında açık rızanın değil de, rızanın tanımını yapmak istediğini belirtmekte fayda vardır. Bu tespitimizin dayanağını ise ilgili maddenin gerekçesindeki şu ifade teşkil etmektedir:

“Açık rıza, 95/46/EC sayılı Direktif dikkate alınarak tanımlanmaktadır. Buna göre, açık rıza ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işleme sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılmaktadır.”<sup>19</sup>

Görüldüğü üzere bu açıklamada kanunun verdiği tanımda yer almayan bir unsur daha yer almaktadır. Bu unsur, rızanın “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” olmasıdır. Ancak rızanın tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olması gereği, Direktifin rıza tanımında yer almamaktadır. Direktifin 7. maddesinde yer alan ve İngilizce “unambiguously” veya Almanca “ohne jeden Zweifel” kavramları ile ifade edilen bu unsur, aslında KVKK’nın 5. maddesinde yer alan “açık rıza” kavramını karşılamaktadır. Bu nedenle “açık rıza”nın tanımını yapan hükmün lafzı ile ruhunu bağdaştırmak mümkün olmadığı için kanunda örtülü bir boşluğun<sup>20</sup> varlığı kabul edilmeli ve bu boşluk TMK m. 1 uyarınca hâkim tarafından doldurulmalıdır. Hâkim, burada kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacağını tespit ederken hükme temel teşkil eden Direktifin ilgili maddesini de göz önüne alarak KVKK m. 3/b.a’da açık rızanın değil, “rıza”nın tanımının verildiği sonucuna varmalıdır.

Bunun ötesinde KVKK yeni kavramlar içermekle kalmayıp, bildiğimiz kavramlara yeni anlamlar da yüklemektedir. Bu sebeple KVKK’nın yorumunda hâkim, TMK m. 1/f.3 gereği bilimsel görüşlerden ve yargı kararlarından da yararlanmalıdır<sup>21</sup>. Ancak burada hâkime yardımcı nitelikteki bilgi kaynaklarını, yerel bilimsel görüş ve içtihatların yanı sıra, Avrupa Birliği Hukukuna ilişkin bilimsel görüş ve içtihatlar da oluşturmalıdır. Zira KVKK, 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifi temel alınarak hazırlanmıştır. Bu nedenle hem KVKK’nın yorumunda hem de bu kanuna ilişkin boşlukların doldurulmasında Avrupa Birliği Hukukuna ilişkin bilimsel görüş ve içtihatlar

<sup>19</sup> www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf (Çevrimiçi, 15.09.2017).

<sup>20</sup> Örtülü boşluk hakkında detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, N. 340.

<sup>21</sup> TMK m. 1/f.3’ün sadece hâkimin hukuk yaratacağı hallerde değil, bir kanun hükmünü uyguladığı veya yorumladığı hallerde de uygulama alanı bulacağı yönünde bkz. OĞUZMAN/BARLAS, N. 394.

da yol gösterici bir rol oynamalıdır. Bu bağlamda Direktifin 29. maddesi çerçevesinde kurulan ve veri koruması ile mahremiyet konularında faaliyet gösteren bağımsız bir tavsiye organı niteliğindeki Çalışma Grubunun (“Working Party”/ “Datenschutzgruppe”), Direktifteki düzenlemelere ilişkin belirsizlikleri gidermek amacıyla, rıza kavramının tanım ve unsurlarına ilişkin düzenlediği rapor<sup>22</sup> da dikkatlice incelenmelidir.

Adı geçen raporda bir kişinin konumunun işlenmesine yönelik verdiği rıza ile ilgili şu örnek verilmiştir: Bazı hizmetlerin ifasının sağlanabilmesi için, ilgili kişinin hizmet sağlayıcısına, bulunduğu yerin tespitine izin vermesi gerekmektedir. Örneğin, bulunduğunuz yerin hava durumunu telefonla öğrenebilmek için, hizmet sağlayıcısının sizin bulunduğunuz yeri tespit edebilmesi gerekmektedir. Burada bulunduğu yer tespit edilecek kimsenin, bulunduğu yerin hava durumunu öğrenebilmek için hizmet sağlayıcısını araması, hizmet sağlayıcısının yer tespitine ve bu kişisel veriyi işlemesine rıza verildiği anlamına gelmektedir<sup>23</sup>.

KVKK uyarınca rızanın varlığından bahsedebilmek için, iradenin en azından bir işaretle açığa vurulması gerekmektedir<sup>24</sup>. Rızanın dış dünyaya yansıtılması bir metnin imzalanmasıyla, sözle ve hatta karşı tarafın bir rızanın olduğunu kabul etmekte haklı görülebileceği bir davranışla bile olabilir<sup>25</sup>. Örneğin, belirli bir firmanın ürünleri hakkında bilgi almak için bu firmaya isim, adres, e-posta adresi gibi kişisel verilerinizi vermeniz durumunda; bu firma, taleple bağlı kalmak suretiyle, sizin kişisel verilerinizin işlenmesine yönelik bir rızanın bulunduğunu kabul etmekte haklı görülür.

Rızanın verilmiş sayılabilmesi için aktif bir davranışın varlığı kural olarak aranır. Direktif gibi KVKK da esnekliği sağlayabilmek adına irade beyanını herhangi bir şekil şartına tâbi tutmamıştır<sup>2627</sup>.

<sup>22</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe: Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung, 2011, 01197/11/DE, WP 187 ([http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_de.pdf)), (Çevrimiçi 5.10.2017).

<sup>23</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP 187, s. 14.

<sup>24</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP 187, s. 13.

<sup>25</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP 187, s. 13, 14.

<sup>26</sup> Alman Federal Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bundesdatenschutzgesetz vom 14. Januar 2003, verkündet am 24.01.2003 in BGBl. I Nr. 3 S. 66) §4a/I, kişisel verilerin işlenebilmesi için verilen rızayı kural olarak yazılı şekil şartına tâbi tutmuştur.

<sup>27</sup> Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik’in 7. maddesinin 2. fıkrası, 24 Kasım 2017 tarihinde 30250 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanarak yürürlüğe giren “Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)

## II. “... özgür iradeyle ...”

“... freely given ...”

“... ohne Zwang...”

KVKK kapsamında verilen rızanın geçerli olabilmesi için, ilgilinin bu rızayı özgür iradesiyle vermesi gerekliliğidir. Özellikle işçi-işveren arasında, sigorta ve kredi alanında genelde sözleşmenin karşı tarafı ile kişisel verisinin işlenmesine rıza gösteren birey, sözleşme şartlarının belirlenmesinde eşit söz hakkına sahip değildirler<sup>28</sup>. Bunlar gibi özellikle karşı tarafın ekonomik veya sosyal üstünlüğünden ötürü sözleşmenin hükümlerini fiilen sadece güçlü olan taraf belirliyorsa ve birey, kendisini kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermek zorunda hissediyorsa, burada verilen rızanın özgür iradeyle verildiğinden bahsedilemez<sup>29</sup>.

Kişisel verilerin işlenmesi için verilen rızanın geçerli olabilmesi için ilgili kişinin gerçek bir seçim hakkının olması ve hile, korkutma, baskı gibi iradesini sakatlayacak bir durumun söz konusu olmaması veya rıza vermemesinin aleyhine önemli derecede sonuçlar doğurabilecek bir risk oluşturmaması gerekir<sup>30</sup>. Eğer kişinin rıza vermemesinin doğuracağı sonuçlar, onun seçim hakkını kısıtlıyorsa; yani onun rıza vermemesi, aleyhine sonuç doğuracaksa, burada özgür iradeyle verilmiş bir rızadan bahsedilemez<sup>31</sup>. Bu duruma örnek olarak, veri sorumlusu konumunda olan kişinin etkisi altında bulunan kimseler verilebilir. Mesela, veri sorumlusu işverenle istihdam ilişkisi içinde bulunan işçinin, kişisel verilerinin işlenmesine rıza vermemesi durumunda, işvereni tarafından daha kötü muamele göreceği kaygısı varsa, burada özgür iradeyle verilmiş bir rızanın varlığından bahsetmek pek mümkün olmaz<sup>32</sup>.

Çalışma Grubu bir başka raporunda özgür iradeyle verilen rıza kavramını örnek vererek şu şekilde tanımlıyor<sup>33</sup>: Özgür iradeyle demek, dışarıdan gelen hiçbir sosyal, ekonomik, psikolojik veya bunlar dışındaki herhangi bir baskı

Yönetmelik” ile değiştirilmeden önce, kişisel sağlık verilerinin işlenebilmesi için ilgilinin yazılı rızasını aramaktaydı.

<sup>28</sup> KÜHLING, § 4a, Rn. 8; RADLANSKI, Philip, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, Tübingen 2016, s.14, 22.

<sup>29</sup> RADLANSKI, s. 14-15.

<sup>30</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP 187, s. 15.

<sup>31</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP 187, s. 15.

<sup>32</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP 187, s. 15.

<sup>33</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe: Arbeitspapier Verarbeitung von Patientendaten in elektronischen Patientenakten (EPA), 2007, 00323/07/DE, WP131, ([http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131_de.pdf)), (Çevrimiçi 10.10.2017).

altında kalmadan, kararını ayırt etme gücüne sahip iken ve serbest iradesiyle verebilmesi anlamına gelir. Örneğin bir sağlık kuruluşunda kişisel verilerin işlenmesine rızanın verilmemesi, hastanın tedavi görememesi veya tedavisinin daha düşük kaliteli olması sonucunu doğuracaksa, bu durumda özgür irade ile verilen bir rızanın varlığından bahsedilemez. Bir sağlık çalışanının somut olayda hastanın tedavisini yapabilmesi için hasta verilerini hastanenin öngördüğü prosedür sebebiyle kaydetmesi gerekiyorsa ve bundan başka bir seçeneği de yoksa; bu ihtimalde kişisel verilerin işlenmesini meşru kılmak için hastaya kişisel verilerinin işlenmesine izin vermesi amacıyla bir belgenin imzalatılması, kanunun aradığı rızaya ilişkin kriterlerin yerine getirildiği anlamını taşımaz. Zira burada hastanın tedavi olabilmesi için bu metni imzalamaktan başka bir şansı yoktur. Ancak özgür iradenin varlığından bahsedebilmek için, kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesi istenen kişinin, bir alternatifinin olması, yani rıza göstermemesinin de mümkün olabilmesi ve rıza göstermemesinin aleyhine sonuç doğurmaması gerekmektedir.

Rızanın özgür iradeyle verilmiş olması gereğine başka bir örnek olarak, firmaların çalışanlarının isim, unvan, resim ve özgeçmişlerini internet sitelerinde paylaşması verilebilir<sup>34</sup>. Bu gibi durumlarda çalışanlar gerekli bilgileri, bilgi işlem birimine ya da internet sayfasına ilişkin düzenlemeleri yapan ilgili birime verir veya eposta ile yollar ve bu veriler işlenerek internet sitesi üzerinden yayınlanır. Burada kanuna uygun olarak alınmış bir rızadan bahsedebilmemiz için, çalışanların bu verilerin işlenmesine rıza göstermeme seçeneklerinin olması ve buna rıza göstermemeleri durumunda, bu verilerin işlenmeyeceğinin ve çalışanların da bundan hiçbir şekilde olumsuz etkilenmeyeceğinin temin edilmesi gerekmektedir.

Bir başka örnek olarak, internet sitelerinin kullanıcılardan çerez kullanımına izin alma yöntemleri verilebilir. Bazı durumlarda “cookie” olarak da bildiğimiz çerezlerin kullanımına izin vermediğimiz sürece, ekranı tam olarak görüntüleyemez, internet sitesinden istediğimiz gibi faydalanamayız. Bu nedenle siteyi normal bir şekilde görüntülemek için buna onay vermekten başka çaremiz olmadığı için, burada özgür iradeyle verilmiş bir rızanın varlığından bahsedilemez.<sup>35</sup>

Ancak kişisel verilerin işlenmesi için kural olarak ilginin açık rızası aransa da, KVKK m.5/f.2’de öngörüldüğü üzere veri işlenmesini meşru kılan başka

<sup>34</sup> Benzer bir örnek için bkz. Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 16.

<sup>35</sup> RADLANSKI, s. 30; Konuya ilişkin detaylı bilgi için bkz. KESER BERBER, Leyla, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2014.

sebepler de mevcuttur. Bu sayılan hallerin varlığında artık rızanın alınmasına gerek kalmayacaktır. Bunların başında kişisel verilerin işlenmesini öngören kanun hükümleri gelir. Buna örnek olarak e-devlette kayıtlı olan veriler gösterilebilir. Mesela ikamet adresiniz devlet tarafından ve sizin rızanız olmadan işlenir ve bu işleme hukuka aykırı değildir. Buna başka bir örnek, yeni çıkan çipli kimlik kartlarında, kimlik kartının üzerinde yazılı olmayan fakat size ait birçok verinin kimliğin içinde yer alan çipe kaydedilmiş olması gösterilebilir.

Yine halk sayımı sırasında kanuni düzenleme gereği birçok sorunun cevaplanması gerekir. Burada verilen cevapların işlenebilmesi için ilgilinin rızası aranmaz; kanun hükmü bulunduğu için, bu veriler hukuka uygun bir şekilde işlenmiş sayılır. Ancak bu gibi durumlarda, zorunlu olarak cevaplanması gereken soruların arkasına, anket mahiyetinde ve cevaplanması zorunlu olmayan birtakım soruların eklenmesi, her ne kadar cevaplanması tarafların iradesine bırakılmış gibi gözükse de kanunen cevaplanması gereken birçok sorunun ardından bu tarz soruların sorulması, muhatabın kendini bu soruları da cevaplamak zorunda hissetmesine neden olur. Bu nedenle bu gibi durumlarda da kişisel verilerin işlenmesi konusunda verilen rızanın özgür iradeyle verilmiş olduğundan bahsedilemez<sup>36</sup>.

### III. “Belirli bir konuya ilişkin ...”

“... *specific* ...”

“... *für den konkreten Fall* ...”

Verilen rızanın geçerli olabilmesi için hangi verilerin hangi amaçla işleneceğinin belirli olması gerekmektedir. Başka bir ifadeyle, kişisel verilerin genel olarak işlenmesi için ucu açık olarak verilen veya önceden ilgili kişinin ileride işlenecek verileri için topluca verilen rızalar geçerli değildir<sup>37</sup>. Verilen rıza, amacın gerçekleşmesi için gerekli ve yeterli verinin, yine bu amaca hizmet etmek için uygun yöntemlerle işlenmesi için verilmiş sayılır<sup>38</sup>. Veri sorumlusunun birden çok amaç için veri işleyebilmek amacıyla tek bir işlemle rıza alması caizdir; ancak bu durumda ilgili kişinin işlenecek verilerin kapsamı ve bunların ne şekilde işleneceği konusunda bilgi sahibi olması gerekir<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> WP187, s. 20.

<sup>37</sup> AYÖZGER, s. 126,127.

<sup>38</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 20.

<sup>39</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 20.

Çalışma Grubunun hastaların sağlık verilerinin elektronik ortamda işlenmesine ilişkin raporunda<sup>40</sup> verdiği örnek, bir sağlık kuruluşuna ilk gidildiğinde, kişisel verilerin işlenmesine yönelik verilen rızanın, daha sonraki ziyaretlerdeki kişisel verilerin işlenmesini kapsamayacağıdır. Her somut olay için ayrıca rıza alınması gerektiği belirtilmektedir.

Bunun ötesinde, henüz test sonuçları çıkmadan bunun işlenmesine yönelik verilecek rıza, geçerli bir rıza olabilir mi sorusunu da sormak gerekir. Çünkü burada henüz ilgilinin kendisinin de bilmediği bir sonucun, bir kişisel verinin işlenmesine önceden izin verilmektedir. Kanımca bu gibi durumlarda test sonucu çıktıktan sonra da söz konusu veriyi işlemeye devam edebilmek için ilgilinin rızasının alınması gereklidir.

#### **IV. "... bilgilendirilmeye dayanan ..."**

**"... informed ..."**

**"... in Kenntnis der Sachlage ..."**

KVKK m. 10 ve 11 veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü ile verisi işlenecek kişinin haklarından bahsetmektedir. İlgili hükümlere göre:

#### **Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü**

**MADDE 10-** Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere;

- a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- c) İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı,
- ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
- d) 11 inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.

#### **İlgili kişinin hakları**

**MADDE 11-** (1) Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili;

- a) Kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme,
- b) Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme,
- c) Kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme,
- ç) Yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme,
- d) Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme,

<sup>40</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP131, s. 9.  
YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)

e) 7 nci maddede öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme,

f) (d) ve (e) bentleri uyarınca yapılan işlemlerin, kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme,

g) İşlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme,

ğ) Kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme, haklarına sahiptir.

Geçerli bir rızanın varlığından bahsedebilmek için, rıza verilmeden önce ilgili kişinin yukarıda belirtilen hususlarda bilgilendirilmiş olması gerekmektedir. Verinin işlenmesi ne kadar karışık olursa, veri sorumlusunun bilgilendirme yükümlülüğünün zorluğu da bununla doğru orantılı olarak artmaktadır<sup>41</sup>. Zira veri sorumlusunun bilgilendirme görevini yerine getirmiş sayılması için normal zekâya sahip bir insanın anlayabileceği şekilde ve bilgilendirme yazılı şekilde yapılıyorsa, okunaklı bir bilgilendirme yapması gerekmektedir<sup>42</sup>. Burada kişinin rıza vermemesinin sonuçlarından da bahsedilmesi gerekir.

Bilgilendirmeye dayanan rızadan bahsedebilmek için, bir sözleşme kurulurken, bu sözleşmede kişisel verilerin işleneceğine ilişkin bir hükmün varlığı ve yapılması gereken bilgilendirmeye ilişkin atıf yeterli sayılamaz<sup>43</sup>. Bu bilgilendirmenin rıza alınmadan önce sözlü veya yazılı olarak ilgili kişiye doğrudan yapılmış olması gerekir. Veri sorumlusunun ilgili kişiye, KVKK m.10 ve 11’de sayılan hususa ilişkin bilgileri, örneğin internet sitesinde bulabileceğine ilişkin bir beyanı, burada gerekli bilgilendirmenin yapılmamış sayılmasına yol açacağı için, verilen rıza da geçerli olmaz.

Daha da önem arz eden husus, birçok yerde herkesin karşısına çıkan, kişisel verilerin 3. kişilerle paylaşılmasına yönelik olarak alınan rızadır. Kanunda değişiklik yapılmadığı sürece, ilgili kişiye 3. kişinin kim olduğu bildirilmeden, verilerinin paylaşılmasına yönelik verilen rıza geçerli olmayacaktır. Kanun açıkça, kişisel verilerin korunması için verilecek rızanın unsurlarından olan “bilgilendirmeye dayanan” rızanın içeriğini belirtirken “İşlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilirliği”nin bildirimini de aramaktadır. Yani burada bu verilerin kimlere ve hangi amaçla

<sup>41</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 24.

<sup>42</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 23; AYÖZGER, s. 125.

<sup>43</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 23.

aktarılabileceğinin ilgili kişi tarafından bilinmesi aranmaktadır. Aksi takdirde verilen rıza bilgilendirilmeye dayanan bir rıza sayılamaz ve bu da verilen rızanın geçersizliği sonucunu doğurur<sup>44</sup>.

Bu nedenle ilgili kişinin verileri 3. kişilerle paylaşılmak isteniyorsa, 3. kişilerin kim olduğunun rıza alındığı sırada ilgili kişiye bildirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla şu şekildeki bir ifade de verilen rızayı geçerli kılmaz: “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.”

Burada grup şirketlerin kimler olduğu belli olmadığı gibi, paylaşılmak istenen kişisel verilerin de neler olduğu belli değildir. Bu nedenle kişisel verilerin 3. kişilerle paylaşılabilmesi için verilen izin geçerli olması için, hangi verilerin, hangi amaçla ve kimlerle paylaşılacağı bilgisinin, izin alınmadan önce ilgili kişiye bildirmesi gerekir.

Buraya kadar KVKK’nın 3. maddesinde ve Direktifin 2. maddesinin h bendinde tanımlanmış olan rıza kavramının unsurlarını açıklamış olduk. Aşağıda, genel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesinde aranan nitelikli rıza olan “açık rıza” kavramını irdeleyeceğiz.

#### **D. Genel Nitelikteki Kişisel Verilerin İşlenebilmesi İçin KVKK m. 5’te Aranan Açık Rıza: Tereddüde Yer Bırakmayacak Açıklıkta Verilen Onay**

KVKK m. 5/f.1’de, kişisel verilerin ilgili kişinin “açık rızası” olmaksızın işlenemeyeceği düzenlenmektedir.

Bu hükmü karşılayan Direktifin 7. maddesinin a bendi ise, buradaki rızanın İngilizce “unambiguously” ve Almanca “ohne jeden Zweifel” yani “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” olmasını aramaktadır. İlgili maddenin gerekçesinde de, 95/46/EC sayılı Avrupa Birliği Direktifine göre, [açık] rızanın “ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı” olduğu belirtilmektedir. Böylece bir rızayı, KVKK m. 5/f.1 anlamında açık rıza yapan husus “tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta” olmasıdır. Dolayısıyla bu unsurdan ne anlaşılması gerektiğinin irdelenmesi gerekmektedir.

<sup>44</sup> CONRAD, Isabell, Handbuch IT- und Datenschutzrecht (Hrsg. Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad,Isabell)

2. Auflage, München 2016, § 34, Rn. 379.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*



Buna göre, ilgili kişinin rızasını dışa yansıtan onay beyanı, onun rıza gösterme niyetinde hiçbir şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olmalıdır<sup>45</sup>. Burada amaç veri sorumlusunu geçerli bir rıza almaya ve buna uygun altyapıyı oluşturmaya zorlamaktır<sup>46</sup>. Zira bir uyuşmazlık çıktığında, rızanın şüpheye yer vermeyecek şekilde verildiğini ispat etme yükümlülüğü veri sorumlusuna aittir<sup>47</sup>.

Burada dikkat edilmesi gereken bir diğer husus ise, rızanın karşı tarafa varmış olmasıdır. Zira rızayı ortaya koyan irade beyanı ancak bu şekilde geçmişe etkili olarak gönderildiği andan itibaren hüküm ifade eder (TBK m. 11/f. 1).

Bir rızanın tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta olması zorunluluğuna Çalışma Grubu Volker und Markus Schecke GbR v. Land Hessen davasını<sup>48</sup> örnek olarak veriyor<sup>49</sup>: İlgili kişi, bir hibe alıyor ve aldığı hibenin miktarının ismiyle birlikte yayınlanmasına izin verdiğine ilişkin bir belge imzalıyor. Bu belgede bu verilerin nerede ve ne şekilde yayınlanacağı konusunda, ilgili kanunun ilgili maddesine sadece atıf yapılmakla yetiniliyor; yani ilgili kişi bu rızayı verirken sadece kanunun sayısını ve ilgili maddenin numarasını görüyor. Bu durumda ilgili kişi bu rızayı verdiğinde, rızanın “belirli bir konuya ilişkin” olması unsuru gerçekleşmiş olmadığı ve kişi verilerinin nerede ve ne şekilde yayınlanacağına ilişkin detayları bilmediği için, rızanın tereddüde yer bırakmayacak şekilde verilmiş olduğundan bahsedilemez deniyor. Bu nedenle verilen olayda belirtilen detayların eksikliği, verilen rızanın geçersizliği sonucunu doğuruyor.

Buna karşılık tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta bir rızanın verilmesi internet ortamında da pekâlâ mümkündür. Örneğin, bir otelin internet sitesi üzerinden rezervasyon yaparken ödeme sayfasında karşınıza çıkan “Dilerseniz sadakat programımıza katılarak, her konaklamanızdan puan kazanır ve kazandığımız puanlarla otellerimizde ücretsiz konaklama imkânına sahip olabilirsiniz” metninin yanında yer alan kutucuğa tıklarsanız (öncesinde gerekli bilgilendirmenin yapılması şartıyla) kanunun aradığı şartları yerine getiren geçerli rızayı vermiş sayılırsınız. Ancak burada dikkat edilmesi gereken bir husus da, bu kutunun işaretlenmemesi durumunda ilgili otelin bilgi işlem sisteminde sonradan yapılan bir değişiklikte kutu rezervasyon

<sup>45</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 25.

<sup>46</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 25.

<sup>47</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 25.

<sup>48</sup> Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın 9.11.2010 tarih ve C-92/09 esas numaralı kararı, ECLI:EU:C:2010:662 (www.curia.europa.eu).

<sup>49</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 26.

sırasında işaretlenmiş gibi gösterilip gösterilemeyeceğidir. Eğer böyle bir sistem ile müşterinin işaretlenmediği kutucuk işaretlenmiş gibi gösterilirse, rızanın yokluğu sebebiyle kişilik hakkı ihlali gerçekleşmiş olur.

Bu rıza otele girişte doldurduğunuz formun altında yer alan bölümün yanına imzanızın atılması şeklinde de sağlanabilir. Aslında burada kutunun işaretlenmesi de kural olarak şartın gerçekleşmesini sağlar; fakat bir uyuşmazlık çıkması durumunda davacı kutucuğu kendisinin işaretlenmediğini, bunun sonrada otel personeli tarafından işaretlendiğini ileri sürerse, ispat sürecinde problem yaşanabilir. Bu nedenle bu gibi durumlarda imzanın alınması ispat şartının yerine getirilmesi açısından önemlidir.

Bazı şartlar altında, belirli bir davranışın varlığından da rızanın verildiği şüpheye yer bırakmayacak şekilde çıkarılabilir<sup>50</sup>. Ancak bunun için de öncesinde gerekli bilgilendirmenin yapılmış olması gerekir. Örneğin bir moda evi, bu moda evinde diktirilen gelinlikle ünlü fotoğrafçı F'nin stüdyosunda çektirilen fotoğrafların, moda evinin internet sitesinde yayınlanmasına rıza gösterilmesi durumunda, moda eviyle yapılan sözleşmenin altında yer alan, müşteriye özel kodun fotoğrafçıya verilmesi halinde %30 indirim yapılacağını karşı tarafa açıkladıysa, ilgili kişi (gelin adayı) Fotoğrafçı F'ye gittiğinde indirim kodunu bildirmekle, yani rızasının varlığında şüpheye yer vermeyecek bir davranışla, fotoğraflarının moda evinin internet sitesinde yayınlanmasına izin vermiş sayılır.

Sonuç olarak, açık rızanın varlığı için rızanın yazılı veya sözlü verilmiş olması şart değildir, bir davranışla örtülü olarak da 5. maddede bahsedilen rıza verilebilir<sup>51</sup>.

Özellikle internet ortamında verilen rızaların kanunun aradığı şartları yerine getirebilmesi için bunun aktif bir davranışla gerçekleşmesi gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, internet sitesinde önceden işaretli bir kutudaki işaretin kaldırılmaması; yani opt-out şeklinde sunulan bir kişisel veri kullanımına izin hükmü, kişinin bu konuda rızası olduğunu şüpheye yer

<sup>50</sup> LIEDKE, s. 18; Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 27.

<sup>51</sup> Genel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızayı düzenleyen Direktifin 7. maddesinin a bendine göre örtülü olarak verilen rızanın geçerli olacağı yönünde LIEDKE, s. 18; Darmstadt Eyalet Mahkemesi 24.09.1998 tarih ve 15 O 204/98 sayılı kararında kişisel verilerin işlenmesine örtülü olarak rıza gösterilebileceğini kabul etmiştir: "Katıldığı bir tüketici anketinin yüzü aşkın sorusuna cevaplama zahmetine giren bir kimsenin, kişisel verilerinin amaca uygun şekilde işlenmesine şüpheye yer bırakmayacak şekilde rıza verdiği kabul edilir.", RDV 1998, 28.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

vermeyecek şekilde ortaya koymadığı için, geçerli bir rızanın varlığından bahsedilemez<sup>52</sup>.

Bunun dışında bir internet sitesini kullanıma açanların, bu siteyi kullananların en lehine olan, yani onların kişisel verilerini en iyi şekilde koruyan ve sadece gerekli kişisel verilerin işlenmesine olanak sağlayan ayarları, varsayılan ayar olarak kullanıma sunmaları gerekmektedir<sup>53</sup>. Örneğin fotoğraf, eğitim durumu, adres, yaş gibi kişisel verileri paylaşacağımız bir sosyal medya sitesine kayıt yaptığımızda; burada varsayılan ayarın “arkadaşın arkadaşları da görebilir” şeklinde olması durumunda, tereddüde yer bırakmayacak bir rızanın varlığından bahsedilemez<sup>54</sup>. Burada kişinin yaptığı paylaşımları sadece kendi davet ettiği veya davetini kabul ettiği arkadaşlarıyla paylaşabilmesi için, aktif olarak gizlilik ayarlarına gidip varsayılan ayarları değiştirmesi gerekmektedir. Bu durumda varsayılan ayar olan “arkadaşlarımın arkadaşları görebilir” kutucuğundaki işaretin kaldırılmamış olması, kişinin bunu bilerek değiştirmemesinden kaynaklanabileceği gibi, bilmediği için değiştirmemesinden de kaynaklanmış olabilir. Bu nedenle hareketsiz kalmak birden çok anlama gelebileceği, dolayısıyla şüpheye yer vermeyecek bir rızanın varlığından bahsedilemeyeceği için, varsayılan ayarları değiştirmemek geçerli bir rızanın verildiği şeklinde yorumlanamaz<sup>55</sup>.

Benzer şekilde, uygulamada sık sık karşılaştığımız, bir firmanın veya bankanın, müşterilerine veri transferi yapacağı hakkında yaptığı bilgilendirme mektubunda, 2 hafta içinde itiraz etmemeleri durumunda rıza vermiş sayılacaklarının bildirmesi üzerine müşterinin itiraz etmemesi halinde, açık bir rızanın varlığından söz edilemez<sup>56</sup>. Zira buradaki susma, birden çok anlama gelebilir. Bu durumda rızanın varlığını ispatlamak durumunda olan veri sorumlusu tereddüde yer bırakmayacak şekilde rızanın varlığını ortaya koymadığı için ispat yükünü yerine getiremeyecektir. Bu durum Borçlar Hukukunun genel prensibiyle de uyum içerisindedir: Hiç kimse, sebep olmadığı bir soruya cevap vermek zorunda değildir. Böyle bir soruya cevap vermeyen kimsenin susması da kabul olarak yorumlanamaz.

<sup>52</sup> KESER BERBER, s. 43 vd.

<sup>53</sup> Bu yükümlülük 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe girecek olan Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün (GDPR) 25. maddesinin 2. fıkrasında açıkça düzenlenmiştir.

<sup>54</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 28.

<sup>55</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 28.

<sup>56</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 28.

### E. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenebilmesi İçin KVKK m. 6'da Aranan Açık Rıza

Özel nitelikli kişisel veriler KVKK m. 6/f. 1'de tanımlanmıştır. Buna göre, “Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.”

Hassas verilerin işlenmesi kural olarak yasak olmakla birlikte, kanunda sayılan tahdidi nitelikteki hallerin varlığında, bu verilerin işlenmesi hukuka uygun sayılır. Bu hukuka uygunluk sebeplerinden biri de “açık rıza”nın varlığıdır. Peki, buradaki açık rıza ile 5. maddede sözü geçen açık rıza aynı şeyi mi ifade etmektedir?

Kanun her iki durumda da açık rıza aradığı ve bunun da tanımını 3. maddede verdiği için, ilk bakışta sanki bunlar aynı şeymiş gibi düşünülebilir. Ancak adından da anlaşılacağı üzere, özel nitelikli kişisel veri, bir başka ifadeyle hassas kişisel verilerin daha sıkı bir korumaya tâbi tutulmaları gerekmektedir<sup>57</sup>. Zira KVKK m.6'nın gerekçesinde de belirtildiği üzere, bu verilerin başkaları tarafından öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek nitelikte veriler olmaları dikkate alınmakta, bu sebeple bu tür veriler özel nitelikli (hassas) veriler olarak kabul edilmektedir.

Bu durumda bu ifadenin yorumu için mehzaz hüküm olan Direktifin 8. maddesinin 2. fıkrasının a bendine bakmak gerekecektir. İngilizce metinde “explicit consent”<sup>58</sup> ve Almanca metinde “ausdrückliche Einwilligung”<sup>59</sup> kavramları yer almaktadır. Görüleceği üzere hassas verilere ilişkin 8. madde,

<sup>57</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Avrupa Birliği'nde yalnızca özel nitelikli (hassas) verilerin işlenmesi için açık rıza aranmakta iken ülkemizde kural olarak her türlü kişisel verinin işlenmesi için açık rızaya ihtiyaç duyulmaktadır. Bu bakımından Kanun, Avrupa Birliği düzenlemelerine göre daha fazla koruma öngörmektedir.” demek suretiyle, hiçbir ayırım yapmadan her türlü kişisel veri için aranan “açık rıza”nın aynı nitelikleri taşıması gerektiğini savunmaktadır. KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, Açık Rıza (<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/AÇIK%20RIZA.pdf>), (Çevrimiçi 25.11.2017). Ancak açıklamakta fayda vardır ki, Kişisel Verileri Koruma Kurumu, KVKK'nın yorumunda tek yetkili irade olmayıp, bu yorumun da hukuken bir bağlayıcılığı yoktur. Kanunun yorumunda göz önünde bulundurulacak kıstaslar bellidir ve davayı görmekle yükümlü olan hâkim, bu kıstaslara uyarak kanunu yorumlayacaktır (yargı yorumu). Bu kıstaslardan en önemlileri ise, kanunun lafzı, kanunun sistemi, kanunun hazırlık çalışmaları (gerekçe vs.) ve hükmün amacıdır.

<sup>58</sup> “...the data subject has given his explicit consent to the processing of those data...”

<sup>59</sup> “Die betroffene Person hat ausdrücklich in die Verarbeitung der genannten Daten eingewilligt...”

genel nitelikteki kişisel verilerin işlenmesine verilen rızayı düzenleyen 7. maddeden farklı nitelikte bir rıza aramaktadır.

KVKK m. 6 kapsamında açık rızadan bahsedebilmek için, ilgilinin bu yönde söz, yazı veya davranışla yaptığı olumlu bir hareketinin bulunması gerekmektedir<sup>60</sup>. Yani susmak gibi pasif bir davranış bu maddeye göre geçerli bir rıza sayılamaz<sup>61</sup>. Ancak internet üzerinden bir kutunun işaretlenmesi yoluyla verilen rıza, bu maddenin şartlarını yerine getiren açık bir rızadır<sup>62</sup>.

## F. Sonuç

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6. maddesindeki açık rızanın, 5. maddesindeki açık rızadan farklı, burada daha sıkı koşullara bağlanmış, daha nitelikli bir rızanın aranıyor olmasıdır. Daha da netleştirmek gerekirse, KVKK m.5'te aranan açık rıza, medeni hukuk kitaplarından bildiğimiz zımni rızanın karşıtı olan açık rıza olarak anlaşılmalıdır. Zira açık rıza, söz, yazı veya bir işaretle yapılan, fakat irade beyanının anlamını belirlemek için, beyan dışındaki unsurlara başvurmaya ihtiyaç gerektirmeyen bir irade beyanını ifade eder. Buna karşılık, hukuki sonuç hakkındaki arzu, ancak arzuyu açıklamak için yapılan hareketten, bu hareketin yapıldığı hal ve şartlar göz önünde tutularak anlaşılabiliriyorsa örtülü (zımni) rıza söz konusudur<sup>63</sup>. KVKK m. 5'in aradığı rızanın örtülü olarak verilmesi de mümkündür. Bunu yukarıda vermiş olduğumuz moda evinin verdiği kodu ile fotoğrafçıdan indirim alınması örneğinde açıklamıştık.

KVKK m. 6'daki açık rıza ise, teknik anlamda açık rızayı yani zımni olarak verilmesi mümkün olmayan rızayı konu edinmektedir.

## KAYNAKÇA

**AKSOY**, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010.

**ARPACI**, Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000.

**Artikel 29-Datenschutzgruppe: Stellungnahme 15/2011 zur Definition von Einwilligung**, 2011, 01197/11/DE, **WP 187**

<sup>60</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 30, 31.

<sup>61</sup> RADLANSKI, s. 44.

<sup>62</sup> Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP187, s. 30, 31; Ancak opt-out şeklinde önceden işaretlenmiş bir kutudaki işareti kaldırmamak bu maddenin şartlarını yerine getirmeyecektir. RADLANSKI, s. 44-45.

<sup>63</sup> Açık ve örtülü irade beyanı kavramları hakkında detaylı bilgi için bkz. OĞUZMAN/BARLAS, N. 672 vd.

([http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_de.pdf)),  
(Çevrimiçi 5.10.2017).

**Artikel 29-Datenschutzgruppe: Arbeitspapier Verarbeitung von Patientendaten in elektronischen Patientenakten (EPA)**, 2007, 00323/07/DE, **WP131**, ([http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp131_de.pdf)),  
(Çevrimiçi 10.10.2017).

**AYAN**, Mehmet/**AYAN**, Nurşen, Kişiler Hukuku, 8. Baskı, Ankara 2016.

**AYÖZGER**, A. Çiğdem, Kişisel Verilerin Korunması, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil, İstanbul 2016.

**CONRAD**, Isabell, Handbuch IT- und Datenschutzrecht (Hrsg. Auer-Reinsdorff, Astrid/Conrad, Isabell) 2. Auflage, München 2016 (beckonline.com), (Çevrimiçi 10.09.2017).

**ERMAN**, Hasan, Medeni Hukuk Dersleri, 6. Bası, İstanbul 2016.

**HELVACI**, Serap/**ERLÜLE**, Fulya, Medeni Hukuk, 4. Bası, İstanbul 2016.

**KESER BERBER**, Leyla, Çevrimiçi Davranışsal Reklamcılık (Online Behavioral Advertising) Uygulamaları Özelinde Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2014.

**KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU**, Açık Rıza (<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/AÇIK%20RIZA.pdf>), (Çevrimiçi 25.11.2017).

**KÜHLING**, Jürgen, Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht (Hrsg. Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan, 22. Edition, München 2017 (beckonline.com), (Çevrimiçi 10.11.2017).

**LIEDKE**, Bernd, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Edeweicht 2012.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**SELİÇİ**, Özer/**OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe, Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1, 14. Bası, İstanbul 2016.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, 12. Bası, İstanbul 2016.

**OĞUZMAN**, M. Kemal/**BARLAS**, Nami, Medeni Hukuk, 23. Bası, İstanbul 2017.

**RADLANSKI**, Philip, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, Tübingen 2016.

**SEROZAN**, Rona, Medeni Hukuk, Genel Bölüm, Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015.

**TAŞTAN**, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017.

**VELİDEDEOĞLU**, Hıfzı Veldet, Türk Medeni Hukuku, Cilt 1, Şahsın Hukuku, 5. Baskı, İstanbul 1956.

**VON TUHR**, Andreas/**PETER**, Hans, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1979.

[www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

### **KISALTMALAR**

Direktif: 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafikğine İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi

GDPR: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü

KVKK: 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

LPPD: Turkish Law on the Protection of Personal Data

NJW: Neue Juristische Wochenschrift

RDV: Recht der Datenverarbeitung

TBK: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu

WP: Working Party





# **\*PROTECTION OF THE TENANT OF ITS TENANCY RIGHT AGAINST THIRD PARTIES PURSUANT TO TURKISH LAW**

(TÜRK HUKUKU UYARINCA KİRACININ KİRACILIK HAKKININ 3. KİŞİLERE  
KARŞI KORUNMASI)

**Av. Maria Melis HALICIOĞLU\*\***

## **ÖZ**

*Kural olarak, kiracının kiracılık hakkının nisbi bir hak olmasından dolayı kiracı bu hakkını sadece kira sözleşmesinin tarafı olan kiraya verene karşı ileri sürebilmektedir. Ancak bazı durumlarda, kira konusunun taşınmaz olması ve konut ve çatılı işyeri kira olması halinde, kiracılık hakkının tapu kütüğüne şerh edilmesi ile kiracı, bu hakkını taşınmazın yeni mâliki veya taşınmaz üzerinde aynı hakkı olan üçüncü kişilere karşı hakkını ileri sürebilecektir. Bunun yapılmaması durumunda, uygulamada da yaygın olarak yapıldığı gibi, kira sözleşmesine bir hüküm yazarak kiracılık hakkının zarara uğramasından dolayı kiracı kiraya verenden zararlarının giderilmesini isteyebilir. Bu makalede, yeni malikin kiralananına nasıl sahip olacağı, şerhin nasıl kurulabileceği ve kiracının kiracılık hakkının ileri sürülüş kapsamını nasıl genişletileceği kapsamlı bir şekilde açıklanmaktadır.*

**Anahtar Kelimeler:** Kiracılık Hakkı, Taşınmaz, Konut ve Çatılı İşyeri, Yeni Mâlik, Tapu Kütüğü, Şerh, Kira Hukuku, Sözleşmeler Hukuku, Kira Sözleşmesi.

## **ABSTRACT:**

*In principle, as the tenant's right to rent is a personal right, he may assert this right only to the landlord, the other party to the tenancy agreement. However, in certain cases, if the subject of rent is a real property and if it is a tenancy agreement on housing and workplaces, with annotation of his tenancy right to the land registry, this right can be asserted towards third parties who becomes the new owner or who acquire a right-in-rem on the rented immovable. If the annotation is not executed, as executed commonly in practice, the tenant may ask for remedies from the landlord due to the fact*

---

<sup>†</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 15.05.2018. İlk hakem raporu tarihi: 01.06.2018; İkinci hakem raporu tarihi: 02.06.2018; Editör raporuyla onaylanma tarihi: 22.06.2018

\* Avukat, İstanbul Barosu

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0001-7623-5824

**Esere Atf Şekli:** Maria Melis HALICIOĞLU, "Protection of The Tenant of Its Tenancy Right Against Third Parties Pursuant To Turkish Law", YÜHFD, C.XV, 2018/1, s.35-47

*that his tenancy right has suffered damage. In this study, the transfer of ownership of the rented immovable, the way of establishing an annotation and how the tenant can expand the scope of asserting his tenancy right in practice is being explained comprehensibly.*

**Keywords:** *Tenancy Right, Real Property, Housing and Workplaces, New Owner, Land Registry, Annotation, Lease Law, Contract Law, Tenancy Agreement,*

\*\*\*

## INTRODUCTION

In relationship regarding the tenancy, the Turkish legislator has determined the laws in order to protect the tenant, who is the weaker party of tenancy agreements. Thus, if there is a law which is not mandatory or if there are no provisions regarding a specific case, then the tenancy agreement's provisions shall be interpreted for the benefit of the tenant. One of these provisions which protects the tenant is determined between Articles 310-312 in the Turkish Obligations Code no. 6098 (which came into force on July 1, 2012) which regulates when a third party has a paramount right on the rented immovable after the execution of the tenancy agreement.

In the abolished Turkish Obligations Code no. 818, it was stated that sale of the rented immovable would cancel the tenancy agreement. In such case, if the subject of the tenancy agreement was movable, the new owner of the immovable did not have to continue with the tenancy agreement and therefore termination of the tenancy agreement was easy. Furthermore, according to the old Turkish Obligations Code, if the tenancy agreement was subject to a real property and if it was executed for a definite period of time, the new owner would have to put up with the tenancy agreement until its expiry date and therefore the tenant was protected for a certain extent.

With the enactment of the current Turkish Obligations Code, the new principle is that sale of the rented immovable does not abolish the tenancy agreement.<sup>1</sup> Thus, the tenant is protected by the law and to exercise the ownership rights for the new owner is limited. However, as the tenancy right of the tenant is a personal right<sup>2</sup>, it can only be asserted to the contracting party and not to a third party. Thus, the tenant's tenancy right is still in jeopardy. Therefore, the legislator gives the tenant two options; one of them

<sup>1</sup> ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Obligations Law Special Obligato), 9th Edition, Ankara, 2012 p.241

<sup>2</sup> Personal rights are rights that may only be asserted towards the person or legal entity who the right holder has a legal relationship which arises the personal right.

to make an annotation of his tenancy right to the land registry (if the subject of rent is a real property) and the other one is asking remedies since it cannot assert its tenancy right to the new owner of the immovable.

As annotation does not exist in most state laws, this study first explains how the ownership of the rented immovable can be transferred, then it will explain the characteristics of annotation (its definition, its conditions, its benefits etc. and how the tenant is protected by annotation, finally it will reveal and discuss how the tenant may seek for remedy in case its tenancy right is not annotated.

### **I. CONDITIONS TO BECOME A PARTY TO THE TENANCY AGREEMENT FOR THE NEW OWNER**

There is no restriction in the law to transfer the subject of rent after the execution of the tenancy agreement. Furthermore, it does not have to be a specific reason regarding the type of transfer of ownership, as Article 310 clearly states that the transfer of ownership may be made for any reason. With the acquisition of the ownership, the relationship which is borne by the tenancy agreement shall continue between the tenant and the new owner.<sup>3</sup> Thus, as per Article 310 of the Turkish Obligations Code, if the property (regardless of whether it is a real property or not) subject to the tenancy agreement is transferred to a third party for any reason whatsoever after the execution of the tenancy agreement, in principle, the new owner becomes a contracting party to the tenancy agreement.<sup>4</sup> In such case, the rights and obligations of the landlord arising from the tenancy agreement are *ipso iure* transferred to the new owner with the transfer of ownership of the rented immovable.

In order for the new owner to become a party to the tenancy agreement, first of all, the ownership rights of the rented property must be transferred with a valid transaction.<sup>5</sup> This means that executing promissory transactions

---

<sup>3</sup> ALTINOK ORMANCI, Pınar; Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları (The Passing of the Lease After Execution of the Lease Agreement: The Consequences of the Principle “Sale will not Abolish the Lease”), İstanbul Ticaret University Social Sciences Journal, Vol.12, No. 24, İstanbul, 2013, p.129

<sup>4</sup> Exception to this rule explicitly stated in Article 310/2 of the TCO is that annotation shall not be effect expropriation and therefore the tenant may not be able to assert his right in this case.

<sup>5</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK 299-356) [Lease Agreement as per the New Turkish Code of Obligations no. 6098 (Turkish Code of Obligations Articles 299-356)], 2nd Edition, İstanbul, 2012, p.147

is not enough, the act of disposal must also be executed.<sup>6</sup> For real property, the registry of the new owner on the land registry is the act of disposal.<sup>7</sup> Thus, the new owner does not become the contracting party until he is duly registered as the new owner.

According to an opinion in the Turkish doctrine, even though it is not stated in the law, in order for the new owner of the rented immovable to become a party to the tenancy agreement, the transfer of ownership must have occurred after the rented immovable has started to be used by the tenant.<sup>8</sup> If the transfer occurs before the tenant starts to use the immovable, Articles 310-312 of the Turkish Obligations Code shall not apply, the tenant may only request compensation from the landlord due to subjective impossibility according to article 136 of Turkish Code of Obligations.<sup>9,10</sup> The contradicting opinion in the Turkish doctrine is that the transfer of ownership of the rented immovable before the execution of the tenancy agreement is sufficient.<sup>11</sup> This study also agree with the second opinion as the law states that the tenancy agreement shall enter into force following its execution and thus, as per the principle adopted by the legislator to protect the tenant, the tenant should be protected with the execution of the tenancy agreement.

An opinion in the Turkish doctrine<sup>12</sup> and opinions in the German doctrine state that since Article 310 has been established to protect the tenant, it should be considered as a mandatory provision. Thus, this study adopts the aforementioned opinion, it means that any provision in the tenancy agreement which states otherwise would be null and void.

<sup>6</sup> ÇABRİ, Sezer; Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirilmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi (Effect of Passing of the Ownership on the Rented Property or Third Parties Acquiring Right-In-Rem on the Rented Property on the Lease Agreement), Marmara University Law Research Journal, Vol. 18, No. 3, Istanbul, 2012, p.173

<sup>7</sup> GÜMÜŞ, Mustafa Alper; p.149

<sup>8</sup> ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu (Transfer of the Rented Property and the Status of the Lease Agreement), Ankara University Law Faculty Journal, Vol. 62, No. 1, Ankara, 2013, p.158

<sup>9</sup> YAVUZ, ACAR and ÖZEN believe that seizure responsibility of the landlord shall be arise in such cases and Article 309 of the TCO shall apply. (YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak; p.250)

<sup>10</sup> ERTUĞRUL, Meltem; p.552

<sup>11</sup> ÇABRİ, Sezer; p.185

<sup>12</sup> ALTINOK ORMANCI, Pınar; p.130  
*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

Article 310 of the TCO shall not apply if the tenancy agreement is executed for a definite term.<sup>13</sup> As the new owner of a real property which is subject to a housing and workplace tenancy agreement, the new owner has the right to terminate the tenancy agreement.<sup>14</sup> Article 311 of the TCO states that if a third party acquires a right-in-rem<sup>15</sup> after the execution of the tenancy agreement, Article 310/1 shall be applied by analogy (*kıyasen uygulama*). This is why annotation is very important for housing and workplace leases as it prevents the new owner to cancel the agreement and to evict the tenant from the immovable pursuant to Article 351 of the TCO.<sup>16</sup>

## II. ANNOTATION TO THE LAND REGISTRY

### A. DEFINITION AND CHARACTERISTICS OF ANNOTATION

Annotation is a system which provides to assert the personal right to third parties. However, the scope of the annotated right does not include asserting the right to every third party. A third party who becomes the new party to the relevant agreement (even if a new agreement is not executed between the right owner and the new party) shall be obliged to put up with the rightholder's personal right. Which personal rights may be annotated, as per principle of *numerus clauses*, is determined in Articles 1009 – 1011 of the Turkish Civil Code no. 4721 and various other legislations, therefore it is not possible to annotate any kind of rights if they are not written herein. As per Article 312 of the Turkish Obligations Code “*with an agreement, it may be decided that the tenant's right to rent may be annotated to the land registry regarding real property.*” If there is an agreement regarding annotation and it has been registered to the land registry, the tenant may be able to assert its tenancy right to people or legal entities who will own the real property after the annotation. Even though this is not written in Article 312 which regulates tenancy agreements, Article 1009/2 of the Turkish Civil Code states that “*with annotation, the rights may be asserted to people or legal entities who will own the real property after the annotation.*” unanimous opinion in the

---

<sup>13</sup> YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) [Turkish Code of Obligations Lessons (Special Provisions)], 10<sup>th</sup> Edition, Istanbul, 2012, p.214

<sup>14</sup> ERTUĞRUL, Meltem; Üçüncü Kişilerin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması (Third Parties Having Paramount Rights on the Rented Property After the Execution of the Lease Agreement), Ankara Bar Association Journal, No.2014/4, Ankara, 2014, p.555

<sup>15</sup> These rights are rights which may asserted to the contracting party as well as third parties.

<sup>16</sup> YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak; p.251

doctrine's is that annotation of the tenancy right is "annotation of personal rights" which is regulated in Article 1009 of the Turkish Civil Code.<sup>17</sup>

The annotation has a constituent characteristic, therefore, if the agreement for annotation is executed but it is not registered to the land registry, protection of the annotation shall not enter into force. Thus, the new owner of the real property, even if he is malicious and knew about the agreement, shall be able to file an eviction action.<sup>18</sup>

Annotation obliges each new owner of the real property or people who have a right in rem on the real property to allow the tenant to use the real property in accordance with the tenancy agreement.<sup>19</sup> As annotation may only be registered to a land registry, it is necessary for the subject of the tenancy agreement to be a real property. Annotation of a right is not obligatory, it is up to the parties' will. Rules and conditions to create an annotation agreement and to register are mandatory, therefore, when parties agree to annotate a right they have to satisfy all such conditions.<sup>20</sup>

There are two effects of annotation. First effect of annotation is that after annotation, anyone who obtains new in rem rights on the immovable has the obligation to respect the personal right which has been annotated.<sup>21</sup> Such *eşyaya bağlı borç* effect is important as with annotation, the new owner is bound by such annotated right due to the fact that such right is now bound by the immovable until the expiry of the annotation. Another effect of annotation (*munzam etki*) is that the tenant has the right to assert its right to the new owner or the right-in-rem holder of the real property.<sup>22</sup> This means that, the new owner or the right-in-rem holder who acquired this right after the annotation of the tenant's tenancy right shall be averted to the degree where it adversely affects such right of the tenant.<sup>23</sup>

<sup>17</sup> ACAR, Faruk; Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-312), Commentary of Lease Law (Turkish Code of Obligations Articles 299-312), 1<sup>st</sup> Edition, Istanbul, 2013, p.339

<sup>18</sup> ACAR, Faruk; p.340

<sup>19</sup> YAVUZ, Nihat; Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemesi Kanunu'na Göre Kira (Leasing as per the New Turkish Code of Obligations and Code of Civil Procedure), 2<sup>nd</sup> Edition, Ankara, 2013, p.117

<sup>20</sup> ACAR, Faruk; p.339

<sup>21</sup> OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (General Provisions of Obligations Law), Vol. 1, 11th Edition, Istanbul, 2013, p.29

<sup>22</sup> ERTAŞ, Şeref; Eşya Hukuku (Property Law), 11th Edition, İzmir, 2014, p.170

<sup>23</sup> YAVUZ, Nihat; p.122

## B. CONDITIONS OF ANNOTATION

The annotation must be executed for a legal reason i.e. the agreement of annotation. In principle, the agreement of annotation is executed between the owner of the real property and the tenant. However, if the owner does not have the power of disposition or is not fully competent, the annotation shall not be duly executed and thus is invalid. Furthermore, the tenant also shall have legal capacity in case he is undertaking an obligation in agreement of annotation.<sup>24</sup> In any case, it is important that this agreement is executed between the persons or legal entities which has the power of disposition to rent the real property (i.e. the landlord) or has a *usufruct* regarding the immovable.

The tenant and sub-tenant may also execute the agreement regarding annotation however the tenant needs special authority granted by the owner to do so or the landlord shall grant such authority. Furthermore, as per one of the opinion in the doctrine we agree with as the law does not state that the landlord does not have to be the owner of the rented immovable, Article 310 of the Turkish Obligations Code shall still apply as the sub-tenant shall not be affected by the new owner as he is not the contracting party of the tenancy agreement due to the fact that the new owner becomes a party to the tenancy agreement between the owner and the landlord, however the sub-tenant is a party to the sub-lease agreement executed between himself and the landlord and the new owner is a party to such sub-lease agreement.<sup>25</sup> Moreover, the new owner must put up with the sub-tenants right due to the tenancy agreement the sub-lease right is subject to.<sup>26</sup> However, the owner of the real property's consent to sub-lease the real property does not automatically mean he has given consent to the annotation of the sub-lease agreement.<sup>27</sup> This is particularly important as the tenant may execute this agreement as a promissory transaction but cannot fulfill the obligation of annotation due to the fact that he does not have the power of disposition.<sup>28</sup>

The annotation may be written as a clause in the tenancy agreement or given with a separate agreement. Even though, in principle, the Turkish tenancy legislation does not state a requirement regarding form of the

---

<sup>24</sup> ACAR, Faruk; p.340

<sup>25</sup> YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak; p.214

<sup>26</sup> ÖZEN, Burak; Kira Konusunun Devri (Transfer of the Lease Subject), Marmara University Law Research Journal, Vol. 16, No. 1&2, Istanbul, 2010, p.152

<sup>27</sup> YAVUZ, Nihat; p.123

<sup>28</sup> ACAR, Faruk; p.340

agreement<sup>29</sup>, Article 54/d of the Land Registry Regulation states indirectly that this annotation agreement shall be written. Thus, an opinion in the doctrine states that when any special form is stated in the Code regarding the annotation agreement, it shall be made in accordance with the form of the relevant personal right arises.<sup>30</sup> In practice, the land registry of the real property or the statement of the owner, the tenancy agreement, the tenant's or landlord's request (the former if the tenancy agreement has been notarized or if there is authority for annotation) shall be in writing and the ID's of the Parties and their photographs. Furthermore, if there is a mortgage on the real property, the right owner shall also give consent to the annotation; otherwise, in case the mortgaged property is realised without taking tenancy agreement into consideration, the tenant may request compensation for the landlord for not executing the annotation and revoke the agreement for this reason.<sup>31</sup>

If the owner does not make a request to land registry to annotate the tenancy right with respect to the clause or agreement, the tenant may bring a case as per Article 716 of the Turkish Civil Code for annotation. In such case, the court may award execution of the annotation to the land registry. However, this lawsuit will not be necessary if the power of representation has been given to the tenant in the annotation agreement.<sup>32</sup>

### C. EFFECTS OF ANNOTATION OF THE TENANCY RIGHT

As Article 310/1 of the Turkish Obligations Code states that the new owner shall become the party of the tenancy agreement when he acquires the ownership of the real property, the personal right will be able to be asserted to the new owner of the rented immovable. In this case, the new owner shall not terminate the tenancy agreement extraordinarily and thus, shall not request eviction.<sup>33</sup> As per the *munzam* effect of annotation, if the tenancy agreement has been annotated to the land registry, the ownership right of the third party (the new owner) shall not be asserted to the extent where it harms the tenant's tenancy right.<sup>34</sup>

<sup>29</sup> Supreme Court 4th Civil Division decision dated 25/02/1974 and numbered 1974/14636 E., 1974/894 K.

<sup>30</sup> ERTAŞ, Şeref; p.171

<sup>31</sup> YAVUZ, Nihat; p.118

<sup>32</sup> ERTUĞRUL, Meltem; p.569

<sup>33</sup> ACAR, Faruk; p.344

<sup>34</sup> GÜLER, Zeynep; Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Dava Yoluyla Sona Ermesi (The Termination of the Lease Contracts Regarding Dwelling and Workplace Through Litigation due to the Reasons Concerning the Leaser); İstanbul Kültür University Law Faculty Journal, No. 2-1, 2016, p. 728

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*



The annotation shall be made for a specific period of time. Hence, Article 59/1 of the Land Registry Regulation clearly states that the parties to the annotation agreement must clearly state the term of the annotation. There is a debate in the Turkish doctrine regarding the maximum term of the annotation. According to an opinion in the Turkish doctrine, an annotation on the land registry regarding a real property shall be valid for maximum 10 years.<sup>35</sup> However, the majority of the doctrine states that since there is no provision which limits the term of annotation, the annotation may be valid for an indefinite time period.<sup>36</sup> We argue that the term of annotation shall be subject to the term of rent as the annotation shall be *ex officio* abolished when the lease term expires.

An annotation is void if it is not executed as per the provisions of the relevant law and, in this case, everyone related may request its annulment or the land registry office may execute this annulment *ex officio*. However, the cancellation of the annotation before its term is expired may be only executed with the tenant's request.<sup>37</sup>

Even though the tenancy agreement is not terminated with the bankruptcy of the landlord, annotation of the tenancy agreement by the tenant shall not be requested after bankruptcy because this request is deemed as a personal right of the debtor. This means that even though the debtor had already requested the annotation of the tenancy right to the land registry, as it was not executed before the bankruptcy and thus has not become a right which may be asserted to third parties, the annotation may not be requested from the bankrupt's estate.<sup>38</sup>

### III. REMEDIES OF THE TENANT AS PER CONTRACT LAW DUE TO THE SALE OF THE SUBJECT OF RENT

Pursuant to the principle of "Freedom of Contract" which is the general rule of the Turkish Obligations Law, the contracting parties are free to choose the subject of the contract as long as it falls within the scope of what the law permits.<sup>39</sup> For example, the subject may not be contrary to public order or immoral, otherwise the contract will be null and void. According to the

---

<sup>35</sup> KIRMIZI, Mustafa; p.129

<sup>36</sup> YAVUZ, Nihat; p.118; ERTUĞRUL, Meltem; p.570, GÜMÜŞ, Alper; p.154

<sup>37</sup> ACAR, Faruk; p.346; ERTUĞRUL, Meltem; p.570; GÜMÜŞ, Alper; p.154; Ertaş, Şeref; p.171

<sup>38</sup> YAVUZ, Nihat; p.119

<sup>39</sup> KORKUSUZ, Refik, İPEKEL KAYALI, Ferna; Introduction to Turkish Law, 1st Edition, Ankara, 2016, p.182

“relativity of agreements” principle, the relationship between contracting parties only affects these parties and in principle, third parties are not affected by this relationship.<sup>40</sup> However, even though Article 310 of the Turkish Obligations Code, which states that the situation of the new owner/right-in-rent holder on the rented immovable, is an exception to this principle, the new owner who becomes the new party to the tenancy agreement may freely decide to terminate the tenancy agreement if it is subject to housing and workplace lease provisions and thus the tenant will be adversely affected by such case.<sup>41</sup>

The landlord may not want to annotate the tenant’s right to the land registry as it may subjectively devalue the real property, as it is needed to go to the land registry to execute annotation and as taxes and charges will apply for the annotation process. In such case, the tenant’s tenancy right will still be a personal right and thus can only be asserted towards the landlord. Furthermore, as the ownership right are the most powerful and extensive right in Turkish law, the tenant whose personal right has a limited effect, cannot *de facto* limit the owner’s ownership rights. If such a clause is written in the tenancy agreement, i.e. stating that the landlord who is also the owner of the rented immovable cannot transfer the rented immovable to a third party, it is null and void. However, in practice, especially in commercial leases or where the annotation is not possible according to the applicable state law, the tenant may request to write a clause in the tenancy agreement where the landlord will compensate the tenant’s damages in the event if the rented real property is sold to a third party. In such case, if the provision burdens the landlord grave financial obligations, the tenant may ensure that the landlord protects its rights monetarily even if it does not directly protect its tenancy right or the validity of such right.

One of the most common provisions written in tenancy agreements regarding protection of the tenant’s right is that the landlord shall notify the new owner regarding such tenancy agreement, that the new owner shall continue to perform the tenancy agreement with the same terms and conditions and does not vacate the tenant until the expiration date of the tenancy agreement and if the new owner does terminate the said tenancy agreement, the landlord must pay a hefty penalty. In such case, (if the landlord is also the owner of the subject of the rent) the landlord’s ownership right is

---

<sup>40</sup> ERTUĞRUL, Meltem; p.549

<sup>41</sup> OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (General Provisions of Obligations Law), Vol. 1, 11th Edition, Istanbul, 2013. p.24  
*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

not *de facto* limited, however, the landlord will not take the risk of adversely affecting the tenant's right as the landlord will undertake to pay a substantial penalty to the tenant.

Another provision that may be determined in the tenancy agreement, which is less powerful than the provision explained above, is that the tenant requests from the landlord all its damages and losses arising from termination of the tenancy agreement by the new owner. In such case, the landlord will again undertake to compensate monetary obligations towards the tenant.

## CONCLUSION

The current Turkish Obligations Code has adopted the principle of protecting the tenant and the principle that the sale of the rented immovable shall not affect the tenancy agreement. However, as explained above, since the tenancy right of the tenant is a personal right it cannot be asserted to third parties and therefore the tenant's right is in jeopardy when the real property subject to the rent is sold to a third party. Furthermore, if the tenancy agreement regarding the real property falls within the scope of provisions of housing and workplaces, the new owner may terminate the tenancy agreement and the tenant will not be able to use its tenancy right. This means that the principle of protecting the tenant adopted by the Turkish lawmaker is not enough to protect the tenant's right in such case. However, with the annotation of its right to the land registry, the tenant's scope of asserting its right to others expands and in such a case, the new owner or the right-in-rem holder on the rented real property shall have to recognize this right of the tenant.

Annotation is an expensive process as taxes and expenses regarding the execution of annotation must be paid. Moreover, the landlord may not want to execute the annotation of the tenant's right to the land registry as it will subjectively devalue the real property. Also, as explained above, the tenant cannot annotate its tenancy right, and thus expand the scope of its right, without the written consent of the landlord. However, even if the annotation is not registered to the land registry, the tenant may request a clause in the tenancy agreement for compensation of not being to assert such right as a remedy to the fact that the tenancy right cannot be asserted to the new owner of the real property. In such case, the landlord will protect the tenant in such a way where it will not be adversely affected by its non-acknowledgment of its tenancy right by the new owner. Therefore, the safest way for the tenant to be protected towards third parties is to have a clause in the tenancy agreement

stating that the landlord will be responsible if the new owner or right-in-rem holder terminates the tenancy agreement.

### **BIBLIOGRAPHY**

ACAR, Faruk; Kira Hukuku Şerhi (TBK m.299-312), Commentary of Lease Law (Turkish Code of Obligations Articles 299-312), 1<sup>st</sup> Edition, Istanbul, 2013.

ALTINOK ORMANCI, Pınar; Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananın El Değiştirmesi: “Satım Kirayı Bozmaz” İlkesinin Sonuçları (The Passing of the Lease After Execution of the Lease Agreement: The Consequences of the Principle “Sale will not Abolish the Lease”), İstanbul Ticaret University Social Sciences Journal, Vol.12, No. 24, Istanbul, 2013.

ARAL, Fahrettin; AYRANCI, Hasan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (Obligations Law Special Obligato), 9th Edition, Ankara, 2012.

ÇABRİ, Sezer; Kira Sözleşmesinde Kiralananın Mülkiyetinin El Değiştirilmesinin veya Üçüncü Kişinin Kiralanan Üzerinde Sınırlı Ayni Hak Sahibi Olmasının Sözleşmeye Etkisi (Effect of Passing of the Ownership on the Rented Property or Third Parties Acquiring Right-In-Rem on the Rented Property on the Lease Agreement), Marmara University Law Research Journal, Vol. 18, No. 3, Istanbul, 2012.

ERTAŞ, Şeref; Eşya Hukuku (Property Law), 11th Edition, Izmir, 2014.

ERTUĞRUL, Meltem; Üçüncü Kişilerin Kira Sözleşmesinin Kurulmasından Sonra Kiralananda Üstün Hak Sahibi Olması (Third Parties Having Paramount Rights on the Rented Property After the Execution of the Lease Agreement), Ankara Bar Association Journal, No. 2014/4, Ankara, 2014.

GÜLER, Zeynep; Konut ve Çatılı İşyeri Kiralarında Sözleşmenin Kiraya Verenden Kaynaklanan Sebeplerle Dava Yoluyla Sona Ermesi (The Termination of the Lease Contracts Regarding Dwelling and Workplace Through Litigation due to the Reasons Concerning the Leaser); İstanbul Kültür University Law Faculty Journal, No. 2-1, Istanbul, 2016.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper; Yeni 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’na Göre Kira Sözleşmesi (TBK 299-356) [Lease Agreement as per the New Turkish Code of Obligations no. 6098 (Turkish Code of Obligations Articles 299-356)], 2nd Edition, Istanbul, 2012.

İKİZLER, Metin; Kiralananın Satılması Durumunda Alıcının Satıcıya Karşı Hakları (The Rights of the Buyer Towards the Seller during the Sale of the Rented Property, Gazi University Law Faculty Journal, Vol. 20, No.2, Ankara, 2016.

KIRMIZI, Mustafa; Kira Hukuku (Lease Law), 1st Edition, Ankara, 2013.

KORKUSUZ, Refik; İPEKEL KAYALI, Fena; Introduction to Turkish Law, 1st Edition, Ankara, 2016.

OĞUZMAN, Kemal, ÖZ, M. Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler (General Provisions of Obligations Law), Vol. 1, 11th Edition, Istanbul, 2013.

ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Kiralananın Devri ve Kira Sözleşmesinin Durumu (Transfer of the Rented Property and the Status of the Lease Agreement), Ankara University Law Faculty Journal, Vol. 62, No. 1, Ankara, 2013.

ÖZEN, Burak; Kira Konusunun Devri (Transfer of the Lease Subject), Marmara University Law Research Journal, Vol. 16, No. 1&2, Istanbul, 2010.

YAVUZ, Cevdet, ACAR, Faruk, ÖZEN, Burak; Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler) [Turkish Code of Obligations Lessons (Special Provisions)], 10th Edition, Istanbul, 2014.

YAVUZ, Nihat; Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Hukuk Muhakemesi Kanunu'na göre Kira (Lease as per the New Turkish Code of Obligations and Turkish Code of Civil Procedure), 2<sup>nd</sup> Edition, Ankara, 2013.



# **\*KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HAKKI ÇERÇEVESİNDE KAMUYA AÇIK ALANLARIN KAMU TÜZEL KİŞİLERİ TARAFINDAN VİDEO KAMERA ARACILIĞI İLE ÖNLEYİCİ AMAÇLA İZLENMESİ**

(VIDEO CAMERA SURVEILLANCE BY PUBLIC LEGAL ENTITIES IN PUBLIC SPACE FOR PREVENTIVE PURPOSE WITHIN THE SCOPE OF THE RIGHT TO PROTECTION PERSONAL DATA)

**Dr. Öğretim Üyesi Tevfik Sönmez KÜÇÜK\* \*\***

## **ÖZ**

*Çalışmada öncelikle kişisel veri kavramı incelenecektir. Söz konusu kavram açıklandıktan sonra kamuya açık alanlarda gerçekleştirilen video kamera izlemesi konusu üzerinde durulacaktır. Bu çalışmada sadece suç işlenmesini önlemek amacı ile yapılan video kamera izlemesi ele alınacaktır. Kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde kamuya açık alanlardaki video kamera izlemesinin hangi esaslara uygun olması gerektiği sorusu incelemenin konusunu teşkil edecektir. Nihayet, bu çalışma, Türk hukuku ekseninde bir karşılaştırmalı hukuk incelemesini hedeflemektedir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Kamuya Açık Alanlar, Kamu Tüzel Kişileri, Önleyici Amaçlı Video Kamera İzlemesi.*

## **ABSTRACT**

*In this study, the term of “personal data” is to be treated firstly. Upon the explanation of this term, the issue video camera surveillance in public space will be elaborated. This work will be limited to video camera surveillance that are made in order to prevent commission of crime. The subject of study is the matter regarding which fundamentals are to be conformed in the scope of the right to protection of personal data concerning video camera surveillance in public space. Finally, this study aims for a comparative law analysis that revolves around Turkish law.*

**Keywords:** *The Right to Personal Data Protection, Public Space, Public Legal Entities, Video Camera Surveillance For Preventive Purpose.*

---

<sup>†</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 29.03.2018. İlk hakem raporu tarihi: 03.04.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 07.05.2018. Editör raporuyla onaylanma tarihi: 17.05.2018.

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0003-3876-9985

**Esere Atıf Şekli:** Tevfik Sönmez KÜÇÜK, “Kişisel Verilerin Korunması Hakkı Çerçevesinde Kamuya Açık Alanların Kamu Tüzel Kişileri Tarafından Video Kamera Aracılığı İle Önleyici Amaçla İzlenmesi”, YÜHFD, C.XV, 2018/1, s.49-87

## I. Giriş

Günümüzde başta devlet tüzel kişiliği olmak üzere, kamu tüzel kişilerinin üstlendikleri görevlerin yerine getirilebilmesi, kişilere ait verilerin düzenli bir biçimde elde edilmesine bağlıdır. Gerçekten de sosyal devlet ilkesi uyarınca kişilerin sosyal ve ekonomik refahını artırmak için belirli kamu hizmetlerine ve bu hizmetler bakımından planlamaya ihtiyaç duyulur. Sosyal devlet ilkesini gerçekleştirmeye yarayan araçlardan<sup>1</sup> biri olan planlama ise kamu hizmetlerinden yararlanacaklara ait belirli verilerin devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından bilinmesi ile mümkün olur. Ayrıca, kamu hizmetleri kadar kamu düzeninin sağlanması, korunması ya da bozulduğunda iadesi amacıyla yürütülen kolluk faaliyetleri de kişisel verilerin toplanmasını gerekli kılar<sup>2</sup>. Bu bağlamda modern çağda iletişim araçlarının hızlı gelişiminin kişisel verilerin toplanmasını, depolanmasını ve paylaşılmasını kolaylaştırdığı da ifade edilmelidir. Fakat bu durum, kişisel verileri toplayıp elinde bulunduranlar ile verilerin ilgili oldukları kişiler arasındaki menfaat dengesini orantısız bir şekilde bozmuştur. Kişisel verilerin elde edilme gerekliliği ve verilere erişimin artması veri sahiplerinin maddi ve manevi varlığına zarar vermiş, bu kişilerin menfaatlerinin korunması ihtiyacını beraberinde getirmiştir<sup>3</sup>. Bu nedenle, kamu tüzel kişilerinin kişisel verilere gereksiniminin sınırsız biçimde değil, hukuk devleti ilkesi ve kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde karşılanması gerektiği esas kabul edilmiştir. Diğer bir ifade ile kamu tüzel kişilerinin veri işleme faaliyetleri karşısında kişiler basit birer veri objesi olmaktan çıkarılmış ve hak süjesi hâline gelmiştir. Bu çalışmada da kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde kamuya açık alanlarda kamu tüzel kişilerinince kamu düzeninin bozulmasını önlemek için gerçekleştirilen video kamera izlemesi ele alınacaktır. Bu noktada öncelikle kişisel veri kavramı tanımlanarak kişisel verilerin korunmasının hukuki niteliği incelenecektir. Kişisel verilerin korunmasının hukuki dayanağı öğretide bu konuda ileri sürülen görüşler doğrultusunda açıklandıktan sonra

<sup>1</sup> Sosyal devleti gerçekleştiren araçlarla ilgili olarak bkz. Ergun Özbudun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Ankara, 2017, s. 147–156; Bülent Tanör / Necmi Yüzbaşıoğlu, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 17. Baskı, İstanbul, Şubat 2018, s. 112–113.

<sup>2</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2008, s. 4–5; ayrıca bkz. Aydın Akgül, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014, s. 1.

<sup>3</sup> Çiğdem Ayözger, **Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2016, s. 1.  
*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*



karşılaştırmalı hukukta yer alan düzenlemeler ışığında kamuya açık alanların kamu tüzel kişileri tarafından suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla video kamera ile izlenmesi ve bu izlemede uyulması gereken esaslar mercek altına alınacaktır.

## II. Kişisel Veri Kavramı

Kişisel verilerin korunmasının hukuki niteliğini açıklamadan önce kişisel verilerden ne anlaşılması gerektiği ortaya konulmalıdır. Kişisel veri kavramı ortada belirli ya da belirlenebilir bir kişiye ait verinin bulunmasını şart koşar. Bu çerçevede veri, “olgu, kavram veya komutların, iletişim, yorum ve işlem için elverişli biçimli gösterimi” şeklinde, bilgi ise, “kurallardan yararlanarak kişinin veriye yönelttiği anlam” olarak tanımlanmıştır<sup>4</sup>. Böylece, veri kavramının bilginin hammadde olduğu<sup>5</sup>, verinin işlenmesi durumunda bilgiye dönüşeceği ileri sürülebilir<sup>6</sup>. Fakat bu verilerin kişisel verilerin korunması hakkı ekseninde güvence altına alınabilmesi için kişiselleşmesi gerekir. Bu durum, ancak verilerin belirli veya belirlenebilir bir kimseye ait olması hâlinde gerçekleşir. Şöyle ki, bir kişiyi tanımlayan ve başka bir işleme tabi tutmaksızın doğrudan doğruya ya da basit bir bağlantı ile kişinin kimliğini açığa çıkarabilen veriler (örneğin kişinin kimlik numarası, ismi, adresi vb.) belirli bir kişiye ait olarak kabul edilir. Bununla birlikte, kişinin kimliğini doğrudan doğruya ortaya çıkarmasa da diğer verilerle desteklenerek kişinin tespit edilmesini sağlayan veriler (örneğin kişilerin doğum yeri, doğum tarihi, telefon numarası, fotoğrafı vb.) belirlenebilir bir kişiye ait olarak ifade edilir<sup>7</sup>. Başka bir ifade ile kişisel veriler, kişinin kimliğini tespit ederek kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılan, onu karakterize eden verilerdir<sup>8</sup>. Toplanan verilerin kişisel bir niteliği haiz olması, veri sahibinin kimliğinin ya

<sup>4</sup> Tanımlara Türk Dil Kurumu'nun sözlüğünden ulaşılabilir. [www.tdk.gov.tr/](http://www.tdk.gov.tr/), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>5</sup> Çiğdem Ayözger, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 7.

<sup>6</sup> Çiğdem Ayözger, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 7; Aydın Akgül, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, s. 10.

<sup>7</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 122; Çiğdem Ayözger, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 11; ayrıca bkz. Hans H. Schild, § 3 BDSG, in Heinrich Amadeus Wolf / Stefan Brink (Hrsg.), **BeckOK Datenschutzrecht**, Verlag C.H. Beck, München, 2017, Rdnr. 18–22.

<sup>8</sup> Aydın Akgül, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı 92, Nisan 2014, s. 73. Ancak kişinin soyut olarak belirlenme ihtimali yeterli değildir. Somut olayda yer alan veriler çerçevesinde kişi belirlenebilir olmalıdır. Hans H. Schild, § 3 BDSG, Rdnr. 20.

doğrudan doğruya ya da azimli bir kişi tarafından bu konuda yürütülen makul bir araştırma sonucunda ulaşılan ek bilgilerle ortaya çıkmasına bağlıdır<sup>9</sup>.

Nitekim öğretide ifade edilen bu görüşler ışığında Türkiye'nin de taraf olduğu, Avrupa Konseyi'nin 28 Ocak 1981 tarihli 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi md. 2/a'da kişisel verilerin, "kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi ("ilgili kişi") hakkındaki tüm bilgiler<sup>10</sup>" olarak tanımlandığı görülür. Türk hukukunda 12.09.2010'da gerçekleştirilen referandum ile Anayasa md. 20/3'e eklenen kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde kabul edilen 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 3/d ise Avrupa Konseyi'nin 108 nolu Sözleşmesi'nde yapılan kişisel veri tanımını aynen almış ve kişisel veriyi, "kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi" şeklinde tanımlamıştır. Bu bağlamda karşılaştırmalı hukukta yapılan tanımların da aynı yönde olduğu belirtilmelidir. Örneğin Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 3/1, kişisel verileri, belirli ya da belirlenebilir bir gerçek kişinin kişisel ve maddi ilişkilerine ait münferit veriler olarak tanımlamaktayken<sup>11</sup>, Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 4/1'de kişisel veriler, kimliği belirli

<sup>9</sup> Ian J. Lloyd, **Information Technology Law**, Oxford University Press, 6th Edition, Oxford, 2011, s. 49–50. Öğretide, kişisel verilerin hassas ve hassas olmayan veriler şeklinde ayrıma tabi tutulduğu görülür. Hassas kişisel veriler açıklanmaları hâlinde ilgiliye zarar verebilecek ve kişi aleyhinde ayrımcılığa yol açabilecek niteliğe sahip verilerdir. Bu veriler arasında kişinin dini inancına, siyasi görüşüne, etnik kökenine, cinsel yaşamına ilişkin veriler gibi bireyin tespit ettiği bazı kişilerle paylaştığı dar yaşam alanına ait veriler bulunur. Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 121; Aydın Akgül, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, s. 20; Çiğdem Ayözger, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 17; ayrıca bkz. Ian J. Lloyd, **Information Technology Law**, s. 41–42. Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 4/2'de ise hassas kişisel veriler şu şekilde tanımlanmıştır: "Hassas veriler (özellikle korunması gereken): Gerçek kişilerin ırkına ve etnik kökenine, siyasal görüşüne, sendika üyeliğine, dini ve felsefi görüşüne, sağlığına ve cinsel tercihlerine ilişkin verilerdir.". Bkz. <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018. Daha kapsayıcı nitelikte bir tanım için bkz. İtalya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 4/d. Bu yönde bkz. <http://www.italtrade.com/personalDataProtectionCode.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018. Fakat Federal Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre veri işlem alanındaki çok yönlü bağlantı olanakları sayesinde kişiler için ilk bakışta önemsiz gibi görünen veriler, kişilerin özel yaşamları ve kişilikleri hakkında başka bilgilere ulaşılmasına yol açabilir. Bu nedenle, kişisel veriler arasında önemli-önemsiz ayrımı yapılmamalıdır. BVerfGE 120, 378, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120378.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 66.

<sup>10</sup> <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>11</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/BDSG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BDSG.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

ya da belirlenebilir ilgili hakkındaki bilgiler<sup>12</sup>, İtalya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 4/b’de gerçek ya da tüzel kişiye, bir kurula veya derneğe ait olduğu dolaylı şekilde de olsa belirli veya belirlenebilir her türlü bilgi şeklinde tarif edilmiştir<sup>13</sup>.

Bu çerçevede incelenmesi gereken bir diğer husus, tüzel kişilerin de gerçek kişiler gibi kişisel veri sahibi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Evvela belirtilmelidir ki, kişi kavramı gerçek ve tüzel kişileri kapsar. Dolayısıyla, kişisel veriden bahsedildiğinde, tüzel kişilerin de bu kapsamda görülmesi gerektiği düşünülebilir. Ancak, bu konudaki düzenlemeler incelendiğinde farklı uygulamaların söz konusu olduğu görülür. Örneğin 28 Ocak 1981 tarihli ve 108 sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, kişisel verilerin korunmasına ilişkin güvencelerden esas itibariyle gerçek kişilerin yararlanacağını kabul etmiş, fakat tüzel kişilerin de bu kapsama dâhil edilmesi konusunda Sözleşmeciler devletlere bir seçimlik yetki tanımıştır<sup>14</sup>. Yukarıda ifade edildiği gibi, Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 4/1, “ilgili” hakkındaki veri ifadesini kullanarak, tüzel kişilerin de kişisel veri sahibi olabileceğini dolaylı bir şekilde kabul etmiştir. İtalya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 4/b de tüzel kişilerin kişisel verilerin korunmasından yararlanabileceğini açık bir biçimde düzenlemiştir. Bununla birlikte, Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 3/1 ve 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 3/d’de sadece gerçek kişiler anılmıştır.

Öğretide, tüzel kişilerin kişisel verilerle sahip olması ile ilgili olarak farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre kişisel verilerin korunması hakkının temel hak bağlamında insan kişiliğini ve kişilerin özel alanlarını koruduğu göz önünde bulundurulursa, tüzel kişilerin kişisel verilerinin olmadığı savunulabilir<sup>15</sup>. Bu noktada bir diğer görüş ise meseleye gerçek kişiler üzerinden yaklaşmaktadır. Şöyle ki, tüzel kişilerle ilgili veriler söz konusu veriler kullanılarak bir gerçek kişiye ulaşılmadıkça kişisel veri olarak değerlendirilmez<sup>16</sup>. Diğer bir ifade ile tüzel kişiye ilişkin veriler,

<sup>12</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>13</sup> <http://www.italtrade.com/personalDataProtectionCode.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>14</sup> Durmuş Tezcan, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 8, 1991, s. 389.

<sup>15</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 123.

<sup>16</sup> Nilgün Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 35; bu yönde ayrıca bkz. Sedat Erdem Aydın, (**AİHM İçtihatları Bağlamında**) **Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2015, s. 8–9.

gerçek kişiye ilişkin kişisel verileri de içeriyor ve gerçek kişiyi belirli ya da belirlenebilir kılıyorsa, bu veriler de bir kişisel veri olarak kabul edilir<sup>17</sup>. Buna karşılık öğretilerde, tüzel kişilerin gerçek kişilerden ayrı hukuki varlık ve kimliklerinin bulunduğu ve kendi yapılarına özgü kişisel verilerinin (örneğin ticari sırlar) bulunabileceği iddia edilmiştir<sup>18</sup>. Türk hukukunda bu noktada önem arz eden düzenlemeyi, 12.09.2010 tarihinde gerçekleştirilen halk oylaması ile Anayasa md. 20/3'e eklenen kişisel verilerin korunması hakkı oluşturur. Anayasa'nın 20. maddesinin 3. fıkrasının 1. cümlesi gereğince "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.". Görüldüğü gibi, Anayasa koyucu açıkça "herkes" ifadesini kullanmıştır. Hâl böyle olunca, 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kişisel verilerin sadece gerçek kişilere yöneltilerek, tüzel kişilerin kapsam dışı bırakılmasının Anayasaya aykırı olduğu öne sürülebilir. Bu nedenle, Federal Alman Anayasası md. 19/3'te<sup>19</sup> de ifade edildiği gibi, yapılarına aykırı olmamak şartıyla tüzel kişilerin de tıpkı gerçek kişiler gibi temel haklardan yararlanabilmesi esası kabul edilerek, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 3/d'nin değiştirilmesi ve kişisel verilerin korunmasının kapsamına tüzel kişilerin de dâhil edilmesi önerilebilir.

### III. Kişisel Verilerin Korunmasının Hukuki Niteliği

Devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin teknolojik gelişmelerin de katkısı sonucunda kişisel verilere ulaşma ve toplanan verileri işleme olanağının artması kişisel verilerin korunması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir. Kişisel verilerin korunmasının kökeninde verilerin değil, verilerin ilgili olduğu kişilerin korunması yatmaktadır<sup>20</sup>. Zira kişilerin, kendilerini ilgilendiren verilerin kim tarafından, ne zaman, hangi sebeple toplandığını, toplama amacı dışında başkaca bir işleme tabi tutulup tutulmadığını ya da ne kadar süre için saklandığını öngörmesi mümkün değilse, o toplumda yaşayanların serbestçe karar verebildiğinden ve özgür iradeleri ile

<sup>17</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 123.

<sup>18</sup> Ersan Şen, "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı'nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi", **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 83, Sayı 3, 2009, s. 1202; Tüzel kişilerin de kişisel verilerinin korunması gerektiği görüşü için ayrıca bkz. Aydın Akgül, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, s. 15.

<sup>19</sup> <http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>20</sup> Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, Aralık 2010, s. 13; Aydın Akgül, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, s. 165.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

yaşamlarını şekillendirdiğinden bahsedilemez<sup>21</sup>. Özgür bireylerden meydana gelen çoğulcu bir toplumun temel şartını kişisel verilerin korunması oluşturur. Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi, toplumun genelinden ayrılan davranışlar sergileyenlerin her zaman not edildiğinin ve kişisel verilerin sürekli kaydedildiğinin, kullanıldığının ve başka kişilere devredildiğinin bilinmesi, bu davranışlardan kaçınılmasına yol açar. Örneğin toplantıya katılanların resmi makamlar tarafından kayıt altına alınması ve söz konusu eylemin kişiler açısından riskli olduğu fikri uygulamada toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmaması sonucunu doğurur. Bu durum sadece kişilerin haklarını ihlal etmekle kalmaz ve ayrıca, bireylerin yaşamını serbestçe belirleyebildiği çoğulcu ve demokratik esaslara dayanan bir toplumun oluşmasını da önler<sup>22</sup>. İşte, burada üzerinde durulması gereken, kişilerin hak ve özgürlüklerini kullanabilmeleri için bu derece önemli olan kişisel verilerin korunmasının hangi anayasal hak ve özgürlüklerle bağlantılı olduğunu belirlemektir. Bu çalışmada da öğretilerde ileri sürülen fikirler ve mahkeme kararları ışığında kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği hakkı ve müstakil bir anayasal hak olarak kapsamlı bir şekilde tahlil edilecektir.

## 1. Özel Hayatın Gizliliği Hakkı Bağlamında Kişisel Verilerin Korunması

Kişisel verilerin korunmasının hukuki niteliğine ilişkin olarak öğretilerde ifade edilen en temel görüşü özel hayatın gizliliği hakkı oluşturur<sup>23</sup>. Kişisel verilerin korunmasının bir anayasal hak olarak düzenlenmemesi hâlinde kişisel verilerin özel hayatın gizliliği bağlamında güvence altına alındığı

<sup>21</sup> Peter Gola / Christoph Klug / Barbara Körffer, § 1 BDSG, in Peter Gola / Rudolf Schomerus (Hrsg.), **BDSG– Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 12. überarbeitete Auflage, München, 2015, Rdnr. 9; ayrıca bkz. Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 112.

<sup>22</sup> BVerfGE 65, 1, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 154; aynı yönde ayrıca bkz. Peter Gola / Christoph Klug / Barbara Körffer, **§ 1 BDSG**, Rdnr. 9.

<sup>23</sup> Öğretilerde özel hayat, kişilerin başkalarından mutlak bir şekilde gizli tuttuğu hayat parçaları ile herkesin bilmesini uygun görmediği, kendisinin seçtiği kişiler ile belirlediği biçimde paylaşacağı hayat parçalarının oluşturduğu hayat alanı olarak tanımlanmıştır. Oya Araslı, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979, s. 4; ayrıca bkz. Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004, s. 2 vd.

görülür<sup>24</sup>. Nitekim Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) kişisel verilerin korunmasına yönelik açık bir ifade yer almasa da kişisel verileri Sözleşme'nin özel ve aile hayatına saygı hakkını hükme bağlayan 8. maddesi kapsamında değerlendirmektedir<sup>25</sup>. Bu husus çalışmanın konusunu oluşturan kamuya açık alanların video kamera aracılığı ile izlenmesi bakımından da geçerlidir<sup>26</sup>. Hâl böyle olunca, kamuya açık alanlarda bir gizlilik hâli söz konusu olamayacağından, bu alanlarda kişilerin hareketlerinin belirli araçlarla takip edilmesinden ilgililerin rahatsızlık duymayacağı, kamusal yaşama adım atılmasıyla kamusal yaşamın şeffaflığının da kabul edileceği düşüncesi eleştiriye açıktır<sup>27</sup>. Diğer bir ifade

<sup>24</sup> Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 75; Songül Atak, “Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, **TBB Dergisi**, Sayı 87, 2010, s. 102; Türkey Henkoğlu, **Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015, s. 71; Aydın Akgül, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, s. 83. Türk Anayasa Mahkemesi de kişisel verilerin Anayasa md. 20'de düzenlenen özel hayatın gizliliği hakkı ile doğrudan ilişkisine dikkat çekmiştir. AYMK, E. 1996/68, 1999/1, k.t. 6.1.1999, Resmî Gazete Tarihi-Sayısı: 19.1.2001–24292. Buna karşılık, özel hayatın gizliliğinin sağladığı koruma ile kişisel verilerin korunmasının kapsamı karşılaştırıldığında, özel hayatın gizliliğinin sadece bilgilerin gizliliğini sağladığı ifade edilmelidir. Kişisel veriler bir kez ifşa olduktan sonra artık özel hayatın gizliliği hakkının sağladığı güvenceden yararlanamaz. Hüseyin Can Aksoy, “The Right to Personality and Its Different Manifestations as the Core of Personal Data”, **Ankara Law Review**, Vol. 5, No. 2, Winter 2008, s. 241; aynı yönde ayrıca bkz. Çiğdem Ayözger, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 14.

<sup>25</sup> Ian J. Lloyd, **Information Technology Law**, s. 13; ayrıca bkz. Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 74–75; Çiğdem Ayözger, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 35–36. AİHS'in 8. maddesi, özel yaşamın gizliliği konusunda taraf devletlere sadece keyfi müdahalelerde bulunmamayı yüklemesiz. Gerçekten de md. 8'de yer alan “saygı gösterilmesi” ifadesi devleti sadece negatif bir yükümlülük altına sokmaz ve ayrıca, hakkın kullanılmasını sağlayacak önlemlerin alınması konusunda pozitif yükümlülük yükler. Kişisel veriler açısından konuya yaklaşıldığında, taraf devletlerin negatif yükümlülüğü kişisel verileri hukuka aykırı bir biçimde işleme ve depolama gibi fiillerden kaçınılması şeklinde ortaya çıkar. Devletin bu noktada ortaya çıkan pozitif yükümlülüğü ise özel hayata saygı gösterilmesi için gerekli tedbirlerin alınmasıdır. Bkz. Songül Atak, “Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, s. 102–103. AİHM kararlarında devletin pozitif yükümlülüğüne üç farklı kategoride yer verildiği görülür. Bunlar, hukuku ve idari uygulamayı değiştirme, finansal olarak yardım ve AİHS ile sağlanan hakların uygulamada ihlal edilmesine engel olma yükümlülüğüdür. Sultan Üzeltürk, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, s. 162.

<sup>26</sup> Ian J. Lloyd, **Information Technology Law**, s. 13.

<sup>27</sup> Nilgün Başalp, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, dipnot 13, s. 101–102; benzer yönde ayrıca bkz. R. Cengiz Derdiman / Nihal Tataroğlu, “Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 258.

ile kamuya açık alanlardaki video kameraların özel hayatın gizliliği hakkına müdahale teşkil etmeyeceği, zira hareketleri izlenen kişilerin kamuya açık alanlarda bilerek ve isteyerek buldukları görüşü<sup>28</sup> kabul edilemez. AİHM, 16.12.1992 tarihli Niemietz–Almanya’ya Karşı Kararı’nda kişilerin kamuya açık alanlarda da özel hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu şu şekilde ifade etmiştir: “Özel hayat kavramını bireyin kendi seçtiği kişisel hayatı olan iç çevresi ile kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı ayırmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, belirli bir dereceye kadar diğer insanlar ile ilişki kurma ve bu ilişkileri geliştirme hakkını da içerir.”<sup>29</sup>. Dolayısıyla, video kamera aracılığı ile izlemenin kamuya açık alanlarda gerçekleştirilmesi özel hayatın gizliliği hakkının ortadan kalktığı ve bu kamusal alanlarda kişisel verilerin korunmadığı anlamına gelmez<sup>30</sup>. Kaldı ki, kişilerin video kamera aracılığı ile izlenen kamuya açık alanlara girmeleri, izlemeye rıza gösterdikleri şeklinde yorumlanamaz. Kişilerin video kamera ile izlenmeleri bu alanlarda bulunmalarının zorunlu bir sonucu olup izleme faaliyetinin kamuya açık alanda gerçekleşmesi nedeniyle özel hayatın gizliliğine yönelik bir müdahalenin gündeme gelmeyeceğinin savunulması, bireysel özerkliğin hiçe sayılarak, farklılıkların göz ardı edilmesine ve bireylerin kamusal bir figüre dönüşmesine yol açar<sup>31</sup>.

Bu bağlamda üzerinde durulması gereken bir diğer husus, kamuya açık alanların video kamera aracılığı ile kayıt altına alınmaksızın sadece görüntülenmesinin AİHS md. 8’e bir müdahale niteliği taşıyıp taşımadığıdır. AİHM, Peck–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı’nda kamuya açık alanlarda kişilerin görüntülerinin kayıt altına alınmadan izlenmesinin özel hayatın gizliliği hakkına müdahale oluşturmayacağını, bu hakka yönelik müdahalenin görüntülerin sistematik ve kalıcı bir şekilde kaydedilmesi hâlinde söz konusu

<sup>28</sup> Sandra Marshall, “Private Lives and Public Rules”, in Erik Claes / Antony Duff / Serge Gutwirth (Ed.), **Privacy and the Criminal Law**, Intersentia Press, Antwerpen–Oxford, 2006, s. 39.

<sup>29</sup> Niemietz–Almanya’ya Karşı Kararı, b.n. 13710/88, k.t. 16 Aralık 1992, § 29. Kamusal yaşamda gerçekleştirilen eylemlerin özel yaşama alanına dahil olduğu ile ilgili bkz. Antovic ve Mirkovic–Karadağ’a Karşı Kararı, b.n. 70838/13, k.t. 28 Kasım 2017, § 42. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de özel hayatın gizliliğine saygı hakkının sadece kişisel alanları değil ve ayrıca sosyal ve ticari ilişkileri de kapsadığını belirtmiştir. BVerfGE 120, 180, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120180.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 53.

<sup>30</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 142.

<sup>31</sup> R. Cengiz Derdiman / Nihal Tataroğlu, “Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, s. 258–259.

olacağını belirtmiştir<sup>32</sup>. Mahkeme'ye göre kamuya açık alanlarda alınan önlemlerin, kişilerin özel hayatlarına dâhil olup olmadığını tespit etmek için belirli unsurlar dikkate alınmalıdır. Nasıl ki, caddede yürüyen bir kişi, o anda orada bulunan başka kişiler için görünür durumdaysa ve bu görünür olma hâline katlanıyorsa, kamuya açık mekânın belirli teknolojik yöntemler (örneğin kapalı devre televizyon sistemi ile izleme<sup>33</sup>) kullanılarak görüntülenmesinde de benzer bir durum vardır ve özel hayatın gizliliği hakkına müdahaleden bahsedilmez. Fakat kamusal alanlardaki verilerin sistematik ve devamlı bir şekilde kaydedilmesiyle özel hayatın gizliliği hakkına müdahalede bulunulur. Bu nedenle, kolluk kuvvetleri tarafından toplanan kişisel veriler bu verilere izinsiz ve gizli bir şekilde ulaşılmamış da olsa AİHS md. 8 ekseninde değerlendirilmelidir<sup>34</sup>. AİHM, burada bir adım daha ileriye gitmiş ve kaydedilen kişisel veriler daha sonra imha edilmiş ve hiç kullanılmamış olsalar bile AİHS md. 8'e yönelik bir müdahalenin bulunacağını tespit etmiştir<sup>35</sup>. Görüldüğü gibi, Mahkeme açısından önemli olan kişisel verilerin sürekli ve sistematik olarak kaydedilmesidir. Buna karşılık, görüntüler anonim olarak bırakılıyor, görüntülerle kişilerin kimlikleri özdeşleştirilmiyor ve görüntüleri kaydedilenleri ortaya çıkarmak için girişimde bulunulmuyorsa, AİHS md. 8 kapsamında bir müdahale söz konusu olmayacaktır<sup>36</sup>.

Kişilerin izlenmesi işlevini yerine getiremeyen, onlarda gözetlendikleri hissi uyandırarak bir baskı aracı olarak kullanılan yanıltıcı nitelikli video kameraların<sup>37</sup> da özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında kişisel verilerin korunması üzerindeki sonuçlarının incelenmesi gerekir. Şu zamana kadar aldatıcı video kameraların, AİHS md. 8'i ihlal ettiğine yönelik olarak bir

<sup>32</sup> Peck–Birleşik Krallık'a Karşı Kararı, b.n. 44647/98, k.t. 28 Ocak 2003, § 59; Lopez Ribalda ve Diğerleri–İspanya'ya Karşı Kararı, b.n. 1874/13 ve 8567/13, k.t. 9 Ocak 2018, § 56. Alman Anayasa Mahkemesi, kişilerin kayıt altına alınmaksızın izlenmesini, temel hakların kullanımını önleyeceğinden, hakka müdahale oluşturacağını kabul etmiştir. Sebastian Söllner, "Videotechnik für die öffentliche Sicherheit", *LKV*, Heft 7, 2016, s. 305.

<sup>33</sup> Bu sistemde izlemenin yapıldığı alanlara yerleştirilen video kameralardan elde edilen görüntüler geniş kitlelere iletilmeyip, belirli bir merkezde toplanmakta ve sadece yetkili kişilerin erişimine açılmaktadır.

<sup>34</sup> P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık'a Karşı Kararı, b.n. 44787/98, k.t. 25 Eylül 2001, § 57.

<sup>35</sup> Kopp–İsviçre'ye Karşı Kararı, b.n. 23224/94, k.t. 25 Mart 1998, § 51–53.

<sup>36</sup> Friedl–Avusturya'ya Karşı Kararı, b.n. 15225/89, k.t. 19 Mayıs 1994, § 50.

<sup>37</sup> Yanıltıcı video kameraları kayıt ve izlemeye işlevlerini yerine getirmesi ya baştan itibaren fiilen olanaksızdır ya da kameralar bu niteliklerini sonradan geçici veya sürekli bir biçimde kaybetmişlerdir. Ancak, iki durumda da üçüncü kişilerce kameraların bu işlevlerinin bulunmadığı bilinmez. Stefan Brink, § 6b BDSG, in Heinrich Amadeus Wolf / Stefan Brink (Hrsg.), **BeckOK Datenschutzrecht**, Verlag C.H. Beck, München, 2017, Rdnr. 26.



başvuruda bulunulmamış olsa da bu konu hakkında AİHM'in yaklaşımını tahmin etmenin güç olmadığı ileri sürülebilir. Zira yukarıda belirtildiği gibi, AİHM'e göre kayıt gerçekleştirilmeksizin video kamera ile izleme yapılması dahi AİHS'in ihlaline neden olmuyorsa, izleme fonksiyonunun bulunmadığı video kameraların, özel hayatın gizliliği hakkını evleviyetle ihlal etmeyeceği savunulabilir. Ne var ki, karşılaştırmalı hukukta yanıltıcı video kameraların da istisnai olarak bu kameralarla izleme yapılmış gibi kurallara tabi tutulduğu örnekler bulunmaktadır. Kamuya açık alanların video kameralar da dâhil optik–elektronik araçlarla görüntülenmesi hususunu hükme bağlayan Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b'de<sup>38</sup> düzenlenmesi de<sup>39</sup> federe düzeyinde Rheinland–Pfalz Veri Koruma Kanunu md. 34/6'da<sup>40</sup> ve Hamburg Veri Korunma Kanunu md. 30/9'da<sup>41</sup> yanıltıcı nitelikli video kameralar hakkında bu araçlarla sanki izleme yapılmış gibi ilgili

---

<sup>38</sup> Federal Veri Koruma Kanunu md. 6b- Kamuya açık alanların optik-elektronik araçlarla izlenmesi: “(1) Kamuya açık alanların optik–elektronik araçlarla izlenmesi, ancak 1. Kamusal görevlerin yerine getirilmesi, 2. Bir yere kimin girebileceğini belirleyebilme hakkının icrası, 3. Somut amacı tespit edilen meşru menfaatin gerçekleştirilmesi için gerekli olması ve ilgililerin güvence altına alınan menfaatlerinin üstün olması hâlinde söz konusu olur. Şu kadar ki, spor, toplantı, eğlence ve alışveriş merkezleri ile park alanları gibi büyük yapıların veya taşıtların ve kamuya tahsis edilen demir, deniz ve kara yolu ulaşımında kullanılan büyük binaların video kamera aracılığı ile izlenmesinde buralarda bulunan kişilerin yaşamının, sağlığının ve özgürlüğünün korunmasına yönelik menfaatler özel önem taşır. (2) Video kamera aracılığı ile izlemenin koşullarının ve sorumlu organın uygun bir tedbir aracılığıyla açık bir şekilde belirlenmesi gerekir. (3) 1. fıkrada belirtilen yöntemlere uygun olarak elde edilen verilerin işlenmesi ve bu verilerden yararlanılması, ancak öngörülen amaca ulaşmak için gerekliyse ve ilgililerin güvence altına alınan menfaatlerinin üstün olması durumunda söz konusu olur. Fıkra 1 cümle 2 benzer şekilde geçerlidir. Kişisel veriler kamuya veya devlet güvenliğine yönelik olan bir tehlikenin önlenmesi ya da suçun soruşturulması için gerekli olması hâlinde kayıt altına alındıkları amaç dışında da kullanılabilir. (4) Belli bir kişi hakkında video kamera aracılığı ile kişisel veri elde edilmesi hâlinde bu verilerin işlendiği veya verilerden yararlandığı ile ilgili bilgilendirme yapılmalıdır. (5) Öngörülen amaca ulaşıldıktan sonra daha fazla gerekli değilse veya verilerin kayıt altında tutulması ilgilinin menfaatine aykırıysa elde edilen kişisel verilerin derhâl imha edilmeleri gerekir.” Bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>39</sup> Peter Gola / Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, in Peter Gola / Rudolf Schomerus (Hrsg.), **BDSG– Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 12. überarbeitete Auflage, München, 2015, Rdnr. 7; Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 26.

<sup>40</sup> [http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal\\_nrw.cgi?xid=187407,1](http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=187407,1), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>41</sup> [https://www.umwelt-online.de/recht/allgemei/laender/hh/dsg\\_ges.htm](https://www.umwelt-online.de/recht/allgemei/laender/hh/dsg_ges.htm), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

kuralların uygulanması gerektiği kabul edilmiştir. Öğretide de video kamera aracılığı ile izleme yapılmadığının anlaşılması mümkün değilse, bu araçların varlığının kişilerin yaşamını şekillendirmesine etki edebileceği ve kişiler üzerinde izlendiklerine dair baskı yaratabileceği savunulmuştur<sup>42</sup>.

## 2. Bir Anayasal Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması

Bir anayasal hak olarak kişisel verilerin korunması iki başlık altında incelenecektir. Bu çerçevede, öncelikle Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 15 Aralık 1983'te verilen "Nüfus Sayımı Kararı" ve söz konusu kararda insan onuru ve genel kişilik hakkı ile bağlantılı olarak türetilen verilerin geleceğini belirleme hakkı<sup>43</sup> mercek altına alınacak, daha sonra, kişisel verilerin korunmasının ayrı bir anayasal hak olarak düzenlenmesi hususunda karşılaştırmalı hukukta ortaya çıkan çağdaş anayasal eğilimler tahlil edilecektir.

### a. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Tarafından Türetilen Anayasal Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması: Verilerin Geleceğini Belirleme Hakkı

Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından verilen "Nüfus Sayımı Kararı", kişisel verilerin korunması bakımından bir dönüm noktası niteliğini taşımaktadır. Öyle ki, bu kararda ulaşılan belirli sonuçlar Alman hukukunun dahi sınırlarını aşmış ve birçok ülkede kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak köklü değişikliklere gidilmesine yol açmıştır<sup>44</sup>. Kararın konusunu oluşturan maddi olay şu şekilde gerçekleşmiştir: Federal Almanya'da 1983 yılında yapılan Kanun ile hem vatandaşların sayılması hem de meslekleri, özel yaşamları gibi birçok konuda veri toplanması amaçlanmıştı. Kanun, verilerin açıklanması hususunda Alman vatandaşlarını yükümlülük altına sokuyor ve yükümlüğünü yerine getirmeyenler hakkında yaptırımlar öngörüyordu. Fakat bu Nüfus Sayımı Kanunu, o dönem kamuoyunda kişilik hakkını ihlal ederek, "şeffaf insan" tipi yaratacağı gerekçesiyle eleştirilmiş<sup>45</sup>, binden fazla vatandaşın başvurusu ile kanuna karşı anayasa şikâyeti yoluna

<sup>42</sup> Alman hukukunda bu konuda ileri sürülen görüşlere örnek olarak bkz. Thomas Fetzer / Mark A. Zöller, "Verfassungswidrige Videoüberwachung", *NVwZ*, Heft 7, 2007, s. 776–777.

<sup>43</sup> BVerfGE 65, 1, Rdnr. 156 vd.

<sup>44</sup> Bkz. Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 67–68.

<sup>45</sup> Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 115. *YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

gidilmiştir<sup>46</sup>. Başvurular sonucunda Federal Anayasa Mahkemesi, Anayasa md. 1/1'de<sup>47</sup> düzenlenen insan onuru ve md. 2/1'de güvence altına alınan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı<sup>48</sup> arasında bağ kurarak, verilerin geleceğini belirleme hakkı olarak isimlendirilen yeni bir anayasal hak türetmiştir<sup>49</sup>.

Federal Mahkeme'ye göre anayasal düzenin merkezinde özgür bir toplumun üyesi olarak kendi yaşamını şekillendirme olanağına sahip olan insanın onuru bulunur. Teknolojik gelişmeler ve buna bağlı olarak ortaya çıkan tehlikeler karşısında günümüzde kişiliğin korunmasının özel bir önem kazandığı ileri sürülebilir. Nitekim kişilerin kendileri ile ilgili karar verme özgürlüğü, bireylerin kendi kişisel verilerini toplumun diğer üyeleri ile ne zaman ve ne ölçüde paylaşacağı hususunda yetkilendirmesini gerekli kılar<sup>50</sup>. Otomatik veri işleme araçlarının kişisel verileri sınırsız bir biçimde kaydedebilmesi ve elde edilen verilerin depolanarak istenildiği zaman izlenebilmesi bu yetkinin özellikle güvence altına alınmasını gerektirir. Bu araçlar ilgililer hakkında toplanan verilerle doğruluğunun ve kullanımının veri sahipleri tarafından denetlenemediği bir kişilik profilinin oluşturulmasını sağlar. Bu durum, kişiler üzerinde sosyal yaşama katılmamaları konusunda psikolojik bir baskı yaratabilir<sup>51</sup>. Kaldı ki, kişi kendisi hakkındaki verilerin

<sup>46</sup> Hansjürgen Garstka, "Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz", in Christiane Schulzki-Haddouti (Hrsg.), **Bürgerrechte im Netz**, Leske+Budrich Verlag, Opladen, 2003, s. 49-50.

<sup>47</sup> Md. 1/1: "İnsan onuru dokunulmazdır. Tüm devlet erki, ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür." <http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>48</sup> Md. 2/1: "Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir." <http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>49</sup> Karşılaştırmalı hukukta benzer yönde bir kararın, İsviçre Federal Mahkemesi tarafından verildiği ifade edilmelidir. Gerçekten de Federal Mahkeme, devlet erkinin kişisel verilere sınırsız ve mutlak müdahale yasağını, yazılı olmayan bir anayasal ölçü olan kişi özgürlüğünden çıkarmak suretiyle kişisel verilerin korunması hakkının güvence altına alınması gerektiğini belirtmiştir. Doğan Kılınc, "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", **AÜHFĐ**, Cilt 61, Sayı 3, 2012, s. 1098-1099. Öğretide Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa md. 2/1'i esas alarak yeni bir anayasal hak türetmesi eleştirilmiştir. Bu görüşe göre md. 2/1'de düzenlenen kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı genel davranış özgürlüğünü kapsasa da bu hak dikkate alınarak, verilerin geleceğini belirleme hakkı gibi Anayasa'da yer almayan yeni bir temel hak türetilmez. Michael Kloepfer, **Datenschutz als Grundrecht**, Athenäum Verlag, Königstein im Taunus, 1980, s. 40.

<sup>50</sup> BVerfGE 65, 1, Rdnr. 152.

<sup>51</sup> BVerfGE 65, 1, Rdnr. 153.

üyesi olduğu toplum tarafından ne oranda bilindiğini önceden tahmin edebilmelidir. Kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkına sahip olan bir kişi, öz iradesi ile yaşamını şekillendirme ve karar verme özgürlüğünü kullanma imkânına sahip olur. Yukarıda da ifade edildiği gibi, aykırı davranışların sistematik olarak kayıt altına alındığının ve kişisel verilerin sürekli kaydedilerek işlendiğinin bilinmesi bu tür davranışlardan uygulamada kaçınılmasına neden olur. Bu husus ise sadece kişiliğin serbestçe geliştirilmesini olumsuz şekilde etkilemekle kalmaz ve aynı zamanda kişilerin hareket ve katılım özgürlüğüne sahip olduğu çoğulcu demokratik bir toplumun oluşmasını da engeller<sup>52</sup>. Bu açıklamalar çerçevesinde Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre şu sonuca ulaşılabilir: Kişiliğin gelişebilmesi, kişisel verilerin toplanılması, kaydedilmesi, kullanılması ve devredilmesi faaliyetleri karşısında bireyin korunmasına bağlıdır. Bu noktada sağlanan korumanın hukuki dayanağını, Anayasa md. 1/1 ile bağlantılı olarak md. 2/1'de güvence altına alınan kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkından<sup>53</sup> türetilen verilerin geleceğini belirleme hakkı oluşturur. Bu temel hak bireylerin kendi kişisel verilerinin açıklanması ve kullanılması hakkında söz sahibi olmasının bir güvencesidir<sup>54</sup>.

Verilerin geleceğini belirleme hakkının insan onuru ile ilişkilendirilmesinin de ayrı bir önem arz ettiğinin ifade edilmesi gerekir. Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre bir kişinin sırf insan olması sebebiyle sahip olduğu toplumsal değer ile kendisine saygı gösterilmesini isteme hakkı olarak nitelendirilen insan onuru kavramı<sup>55</sup> Federal Alman Anayasası'nın en üstün anayasal değeri<sup>56</sup> olarak kabul edilir. Kişisel verilerin korunması ile ilişkili olarak insan onurunun ise Federal Anayasa Mahkemesi tarafından oluşturulan “obje formülü” çerçevesinde açıklanması mümkündür. Bu formüle göre kişiler kamusal organların faaliyetleri neticesinde basit bir obje

<sup>52</sup> BVerfGE 65, 1, Rdnr. 154.

<sup>53</sup> Kişiliğin serbestçe geliştirilmesi hakkı, gelişime açık bir temel hak olduğundan Anayasa Mahkemesi, bu hakkın koruma alanını kesin olarak ortaya koymak yerine, her somut olay için ayrı ayrı incelemiştir. Bu hak ve insan onuru, içinde kişiliğin geliştirilip sürdürülebileceği kişiye özgü ve özerk bir yaşam alanı oluşturur. BVerfGE 79, 256, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079256.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 52–53.

<sup>54</sup> BVerfGE 65, 1, Rdnr. 155.

<sup>55</sup> Hans D. Jarass, Artikel 1, in Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.), **Kommentar–Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, Rdnr. 6, s. 41.

<sup>56</sup> BVerfGE 6, 32, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv006032.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 32.

ya da araç hâline getiriliyorsa insan onurunun ihlalinden bahsedilir<sup>57</sup>. Sürekli gözetlenen, kişisel verileri kapsamlı bir şekilde kayıt altına alınan, verileri üzerinde tasarruf edebilme yetkisi kaldırılarak, kişisel yaşamı bütünüyle şeffaflaşan kişiler, insan onuruna aykırı muameleye tabi tutulmuş olur. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından istenildiği zaman ve biçimde ulaşılabilen ve bu örgütlerin veri işlem faaliyetleri karşısında basit bir veri nesnesi hâline gelen kişilerin, insan olmaları nedeniyle sahip oldukları öz değer hiçe sayılmış olur ki, bu tür bir uygulamanın insan onuruna aykırı olacağı açıktır<sup>58</sup>.

### **b. Anayasada Düzenlenen Müstakil Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması**

Kişisel verilerin korunması konusunda karşılaştırmalı hukuktaki çağdaş eğilimler tahlil edildiğinde, kişisel verilerin korunması hakkının temel bir insan hakkı olarak anayasal düzeyde güvence altına alınmaya başlandığı görülür<sup>59</sup>. Gerçekten, örneğin, 2 Nisan 1976 tarihli Portekiz Anayasası md. 35 bu noktada kapsamlı bir düzenleme niteliği taşır. Şöyle ki, md. 35/1'e göre her yurttaşın, kanunda belirlenmesi kaydıyla kendisiyle ilgili bilgisayar verilerine erişme, düzeltilmesini ve güncellenmesini isteme ve hangi amaçlarla toplandığı konusunda bilgilendirilme hakkı vardır. Anayasa md.

<sup>57</sup> BVerfGE 27, 1, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027001.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 33.

<sup>58</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 131.

<sup>59</sup> Aydın Akgül, “**Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı**”, s. 73. Kişisel verilerin korunmasının anayasalarda bağımsız bir temel hak olarak düzenlenmesinin esas itibarıyla iki gerekçeye dayandığı ileri sürülebilir. Bunlardan ilki, 1970’li yıllardan itibaren teknolojinin hızla gelişmesi ve bu hususun, kişisel verilerin özel olarak korunması ihtiyacını ortaya çıkarmasıyken, diğer gerekçeyi, kişisel verilerin korunması ile ilgili olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 15 Aralık 1983 tarihinde verilen Nüfus Sayımı Kararı oluşturur. Federal Anayasa Mahkemesi’nce söz konusu kararda türetilen verilerin geleceğini belirleme hakkının, diğer anayasal düzenlemelere örnek olduğu ileri sürülebilir. Bu durum en azından Almanya federe devletleri için geçerlidir. Federal Alman Anayasası’nda kişisel verilerin korunması ile ilgili bir hüküm bulunmasa da Federal Anayasa Mahkemesi’nin söz konusu kararı sonucunda kişisel verilerin korunmasının bir anayasal hak olarak federe devlet anayasalarında yer aldığı görülür. Anayasalarında kişisel verilerin korunması hakkını düzenleyen federe devletler şu şekilde sıralanabilir: Berlin Anayasası md. 33, Brandenburg Anayasası md. 11/1, Bremen Anayasası 12/3, Kuzey Ren–Vestfalya Anayasası md. 4/2, Mecklenburg–Vorpormen Anayasası md. 6/1, Saarland Anayasası md. 2 cümle 2, Saksonya Anayasası md. 33, Saksonya–Anhalt Anayasası md. 6, Tübingiya Anayasası md. 6/2. Bkz. <http://www.verfassungen.de/de/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

35/2, kanun ile otomatik veri işlem bağlantısının kullanım ve devir koşullarının tanımlanacağını ve kişisel verilerin korunmasının bağımsız bir idari kuruluş aracılığıyla güvence altına alınacağını tespit etmiştir. Anayasa md. 35/3 uyarınca bilgisayarlar kanunun verdiği yetki ve ayrımcılık yapmama güvencesiyle veri sahiplerinin açık rızası dışında bu kişilerin felsefi veya siyasal kanaatlerini, parti ya da sendika üyeliklerini, dini inançlarını, özel yaşamını veya bireysel olarak tanımlanamayan istatistikleri işlemek için kullanılamaz. Ayrıca, kanunun belirlediği istisnai durumlar hariç olmak üzere kişisel verilere ulaşmak yasak olduğu gibi, otomatik veri işlem faaliyeti dışındaki usullerle elde edilen veriler için de bu güvenceler uygulanır<sup>60</sup>. Benzer nitelikli bir hüküm, 22 Aralık 1990 tarihli Hırvatistan Anayasası md. 37’de yer alır. Bu maddeye göre kişisel verilerin güvenliği ve gizli tutulması esastır. İlgili veri sahibinin rızası bulunmaması durumunda kişisel veriler ancak kanun izin verirse işlenebilir. Kişisel verilerle ilgili olarak kanuni düzenleme yapılması zorunlu olup, kişisel veriler toplanma amacı dışında kullanılamaz<sup>61</sup>. Kişisel verilerin korunmasını bir temel hak olarak anayasal düzeyde benzer ifadelerle güvence altına alan diğer bir düzenleme, 28 Haziran 1992 tarihli Estonya Anayasası md. 42’dir. Söz konusu madde, kamusal makamların, yerel idari örgütlerin ve bunların personellerinin, yurttaşların rızası bulunmadıkça onların kanaatleri ile ilgili olarak veri toplayıp kaydedemeyeceğini düzenlemektedir<sup>62</sup>. 12 Kasım 1995 tarihli Azerbaycan Anayasası md. 32/3 de kişilerin rızaları alınmadan özel hayatları ile ilgili bilgi toplanamayacağını, saklanamayacağını, kullanılamayacağını ya da yayımlanamayacağını hükme bağlamaktadır<sup>63</sup>. 2 Nisan 1997 tarihli Polonya Anayasası md. 51’de de bir kişi hakkındaki bilgilerin ancak kanuni temeli olması hâlinde açıklanabileceği; kamusal organların yurttaşlarla ilgili verileri demokratik hukuk devleti için kaçınılmaz olması durumunda toplayıp, erişime açabileceği; herkesin kişisel verilere erişim ve kendileri hakkında tutulan yanlış ve eksik verilerin düzeltilmesini ve değiştirilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir<sup>64</sup>. Bu çerçevede Türk hukuku incelendiğinde, kişisel verilerin korunmasının 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla anayasal düzeyde kabul edildiği görülür. Anayasa md. 20/3 uyarınca herkes kişisel verilerin korunması hakkına sahip olup, bu hak, kişisel verilerle ilgili bilgilenme, verilere erişme, verilerin düzeltilmesini ve

<sup>60</sup> <http://www.verfassungen.eu/p/>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>61</sup> <http://www.verfassungen.eu/hr/verf90-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>62</sup> <http://www.verfassungen.eu/ee/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>63</sup> <http://www.anayasa.gen.tr/azerbaycan-aleskerli.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>64</sup> <http://www.verfassungen.eu/pl/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

silinmesini talep etme ve toplanan verilerin amaçları çerçevesinde kullanılıp kullanılmadığı hakkında bilgi edinmeyi içerir. Kişisel veriler ancak kanunda öngörülen hâllerde ya da kişinin açık rızasının bulunması durumunda işlenebilir.

Öğretide, bir anayasal hak olarak kişisel verilerin korunmasının hukuki niteliğinin esas itibarıyla negatif statü hakkı olduğu ileri sürülmüştür<sup>65</sup>. Ancak, kişisel verilerin korunmasının, devlete, negatif bir tutum, karışmama ve gölge etmeme ödevi yüklediğine ilişkin negatif statü görüşünün eleştiriye açık olduğu savunulabilir. Çünkü hukuka aykırı bir şekilde kişisel verileri toplama, saklama veya işleme gibi faaliyetlerden kaçınılmasını ifade eden negatif yükümlülük, kişisel verilerin korunmasında yeterli bir güvence oluşturmaz. Ayrıca, pozitif yükümlülük uyarınca devletin, kişisel verilerin gizliliğini sağlamak amacıyla belirli önlemlere başvurması ve kişisel verileri koruyan esas ve ilkeleri kabul etmesi beklenir<sup>66</sup>. Bu bağlamda kişisel verilerin korunmasının bağımsız bir hak olarak anayasal düzeyde güvence altına alınmasının sağladığı katkılar ise şu şekilde ifade edilebilir: Bir kere, temel haklar sadece kişilere devlet örgütü karşısında bir savunma hakkı vermekle kalmayıp, aynı zamanda tüm devlet erkinin de uyması gerektiği bir objektif hukuk düzeni yarattığından, kişisel verilerin korunması, kişiler açısından bir hak, kamusal organlar için ise bir yükümlülük hâlini alır<sup>67</sup>. Ayrıca, kişisel verilerin anayasada hükme bağlanması, kişisel verilerin korunması konusunda hükümlerin tesis edilmesi için kanun koyucuyu yönlendirerek, anayasal yükümlülük altına sokacaktır<sup>68</sup>. Bu durumun, kişisel verilerin korunması ile ilgili kapsamlı bir mevzuatın ortaya çıkmasını sağlayacağı ileri sürülebilir. Anayasal düzenlemenin bir diğer olumlu katkısını, kişisel verilerin hukuka aykırı şekilde işlendiğine yönelik olarak idareye veya yargıya intikal eden bir uyuşmazlıkta, ulusal mevzuatta bir hüküm bulunmaması hâlinde, kişisel verilerin korunmasına ilişkin anayasal hükümlerin, kamusal makamlara ve yargıçlara yön gösterici niteliğe sahip olması oluşturur. Nihayet, kişisel verilerin korunması hakkının toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkının kullanılmasında işlevsel bir özelliğe sahip olduğu

<sup>65</sup> Örnek olarak bkz. Doğan Kılınç, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, s. 1099.

<sup>66</sup> Songül Atak, “Avrupa Konseyi’nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, s. 102–103.

<sup>67</sup> Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 113.

<sup>68</sup> Michael Kloepfer, *Datenschutz als Grundrecht*, s. 47.

dikkate alındığında, anayasal düzenlemenin bu hakkın korunması ve geliştirilmesi için önemli bir güvence teşkil edeceği savunulabilir.

#### **IV. Kamuya Açık Alanlarda Kamu Tüzel Kişilerince Önleyici Amaçla Gerçekleştirilen Video Kamera İzlemesinin Hukuki Açidan Değerlendirilmesi**

Kişisel veri kavramı ve öğretide ileri sürülen görüşler bağlamında kişisel verilerin korunmasının hukuki niteliği açıklandıktan sonra çalışmanın bu kısmında, kamu tüzel kişilerince kamuya açık alanlarda gerçekleştirilen önleyici nitelikli video kamera izlemesi<sup>69</sup> ve bu izleme sırasında uyulması gereken esaslar mercek altına alınacaktır.

##### **1. Kamuya Açık Alanlarda Kamu Tüzel Kişilerinin Gerçekleştiği Önleyici Video Kamera İzlemesi**

Kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde kamuya açık alanlarda kamu tüzel kişilerince gerçekleştirilen önleyici nitelikli video kamera izlemesi başlıklı çalışmada incelenmesi gereken ilk hususu, ortada bir video kamera aracılığı ile yapılan izleme faaliyetinin bulunması oluşturur. Öncelikle ifade edilmelidir ki, görüntülerin tek bir merkezde toplandığı ve yetkililer dışında üçüncü kişiler tarafından bu görüntülere erişimin mümkün olmadığı, kapalı devre sistemi olarak anılan video kamera sistemi söz konusu olmalıdır<sup>70</sup>. Bu video kameralar, kamuya açık alanlarda belirli yerlere konumlandırılabilir gibi, mobil niteliğini de taşıyabilir<sup>71</sup>. Her ne kadar, AİHM, video kamera ile izlemenin, görüntülerin kayıt altına alınmaksızın

<sup>69</sup> 2016 yılı verilerine göre Birleşik Krallık'ta kamuya açık alanlarda bulunan video kamera sayısı 5,9 milyondur. Video kamera başına düşen kişi sayısı 11 olup, bir kişinin günde en az 70 defa video kameraya yakalandığı tahmin edilmektedir. <https://www.thesun.co.uk/news/1743110>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018. Federal Almanya'da ise kamera sayısı toplam 5,2 milyondur. Nüfusun 80 milyon olduğu düşünüldüğünde, kamera başına düşen kişi sayısının 16 olduğu görülür. <https://technology.ihs.com/583518>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>70</sup> European Commission For Democracy Through Law, **Opinion – On Video Surveillance in Public Places by Public Authorities and the Protection of Human Rights**, Adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session, Venice, 16–17 March 2007, s. 5. Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 50a uyarınca video kamera ile izleme, belirli bir nesne ya da kişi ile ilgili görüntülerin sistematik ve sürekli olarak video aktarımına uygun cihazlarla tespit edilmesidir. <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>71</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 25; benzer yönde bkz. Marie–Theres Tinnefeld / Benedikt Buchner / Thomas Petri, **Einführung in das Datenschutzrecht**, Oldenbourg Verlag, 5. Auflage, München, 2012, s. 244.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*



izlenmesi hâlinde temel hakka müdahale niteliğini göstermeyeceğini, görüntülerin, ancak sistematik ve devamlı bir şekilde kaydedilmesi durumunda temel hakka müdahale edilmiş sayılacağını belirtse de<sup>72</sup>, Federal Alman Anayasa Mahkemesi<sup>73</sup> ve öğretisi<sup>74</sup>, bu noktada önem arz eden hususun izleme faaliyeti olduğunu savunmuştur. Diğer bir ifade ile video kamera aracılığı ile izlemenin koşullarını düzenleyen Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b bakımından video kameralarla gözlem yapılması yeterli olup, gözetleme kayıt altına almayı gerektirmez. Ancak, izleme faaliyeti kişilerin belirli bir süre takip edilmesini gerektirir. Kişinin görüntüsünün anlık kayıt altına alınması bu anlık kayıtlar arka arkaya tekrarlanmadığı müddetçe izleme içerisinde değerlendirilmez<sup>75</sup>. Ayrıca, Federal Alman hukukunda, kişilerde gözetlendiklerine dair bir his uyandırarak ilgilileri baskı altına almaya yarayan ve fakat izleme işlevi dahi olmayan yanıltıcı nitelikli video kameraların da bu durum aynı zamanda kişilerin yaşamlarını şekillendirmesine etki edebileceğinden, yanıltıcı özelliğe sahip bu

<sup>72</sup> Peck–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı, b.n. 44647/98, k.t. 28 Ocak 2003, § 59; Pierre Herbecq–Belçika’ya Karşı Kararı, b.n. 32200/96, k.t. 14 Ocak 1998, s. 92–98. AİHM, P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı’nda caddede yürüten bir kişi, o an orada bulunan diğer kişilerce nasıl görünür durumda bulunmaktaysa, aynı hususun, söz konusu kişinin teknolojik yöntemler kullanılarak kayıt altına alınmaksızın izlenmesi hâlinde de geçerli olduğunu belirtmiştir. P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı, b.n. 44787/98, k.t. 25 Eylül 2001, § 57. Ancak, Venedik Komisyonu, bu görüşü, video kamera aracılığı ile yapılan izleme ile çıplak gözle gerçekleştirilen izleme arasında farklar olduğu gerekçesiyle eleştirmiştir. Nitekim Venedik Komisyonu’na göre video kameraların odaklanma, gece görüşü ve otomatik takip fonksiyonuna sahip olması, izlenen görüntülerin aynı zamanda kayıt altına alınma olanağının bulunması ve bu şekilde tekrar izlenebilmesi, video kamera sistemi ile büyük ölçekli alanların daha düşük maliyete izlenebilmesi video kameraların çıplak gözle gerçekleştirilen izlemeye kıyasla daha işlevsel bir araç olduğunu kanıtlar. European Commission For Democracy Through Law, **Opinion – On Video Surveillance in Public Places by Public Authorities and the Protection of Human Rights**, s. 5–6.

<sup>73</sup> Sebastian Söllner, “**Videotechnik für die öffentliche Sicherheit**”, s. 305.

<sup>74</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 24; Marie–Theres Tinnefeld / Benedikt Buchner / Thomas Petri, **Einführung in das Datenschutzrecht**, s. 243; Constantin Abate, “Präventive und repressive Videoüberwachung öffentlicher Plätze”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 7, 2011, s. 451–452; Bruno Schierbaum, “Videoüberwachung– Was sagt das neue BDSG”, **Computer–Fachwissen**, Heft 5, 2002, s. 25. Federal Alman hukuk öğretisinde uzun bir dönem kişilerin görüntülerinin kayıt altına alınmaksızın izlenmesi durumunda bu kişilerin kimliklerinin tespit edilmesi de söz konusu olamayacağından temel hakka müdahalenin gündeme gelmeyeceği ifade edilmiştir. Bkz. Christoph Schnabel, “Die polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Orte in Niedersachsen”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 12, 2012, s. 880.

<sup>75</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 34; Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 12.

kameralarla izleme yapıyormuş gibi kurallara tabi tutulması gerektiği öne sürülmüştür<sup>76</sup>.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer husus, izlemenin kamuya açık alanda gerçekleştirilmesi gerektiğidir. Kamuya açık alan, kamunun erişimine tahsis edilen ya da ilgili gayrimenkul üzerindeki hak sahibinin isteği yönünde herkesin kullanılmasına veya yararlanmasına açık olan yer olarak tanımlanmıştır<sup>77</sup>. Kamuya açık alanın fiziki olarak açık ya da kapalı bir mekân olup olmadığı önem arz etmediği gibi, bu alanın mülkiyeti bir kamu tüzel kişisine veya özel hukuk kişisine ait olabilir<sup>78</sup>. Kamuya açık alan için ayırıcı unsur, bu alanın içerisine ek bir şart aranmaksızın herkesin girme olanağına sahip olmasıdır<sup>79</sup>. Bu çerçevede, kamuya açık alanlara; restoran, müze, sinema, istasyonlar, parklar, yollar, caddeler gibi herkesin ulaşmasının mümkün olduğu alanlar ve hatta herkesin erişimi olanaklıysa bir bina ya da konutun giriş kapısının önü dahi örnek gösterilebilir<sup>80</sup>. Bununla birlikte, ilgili alana girebilmek için genel nitelikli belirli şartların öngörülmesi (örneğin giriş parası verilerek ya da kayıt yapılarak girilebilen yerler) şayet anılan şartlar herkes için geçerli ise bu yeri kamuya kapalı alan hâline

<sup>76</sup> Thomas Fetzer / Mark. A. Zöllner, “**Verfassungswidrige Videoüberwachung**”, s. 776–777; ayrıca bkz. Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 7; Constantin Abate, “**Präventive und repressive Videoüberwachung öffentlicher Plätze**”, s. 452; aksi yönde fikir için bkz. Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 28; Alexander Bergfink, “**Videoüberwachung in Fahrzeugen des öffentlichen Personenverkehrs**”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 3, 2015, s. 147. Buna karşılık, ilgililer, video kameraların çalışmadıklarını biliyor veya bilmeleri gerekiyorsa, temel hakka müdahale edildiğinden bahsedilemez. Thomas Gaul, **Untersuchung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Videoüberwachungsmaßnahmen des Staates im öffentlichen Raum mit und ohne biometrische Erkennungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der hermeneutischen Erkenntnismethoden im Verfassungsrecht**, Julius–Maximilians–Universität, Dissertation, Würzburg, 2007, s. 144.

<sup>77</sup> Martin Zilkens, “**Videoüberwachung– Eine rechtliche Bestandsaufnahme**”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 31, 2007, s. 281; Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 28; Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 8; ayrıca bkz. Alexander Bergfink, “**Videoüberwachung in Fahrzeugen des öffentlichen Personenverkehrs**”, s. 148.

<sup>78</sup> Bruno Schierbaum, “**Videoüberwachung–Was sagt das neue BDSG**”, s. 25–26; Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 28; Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 8; Martin Zilkens, “**Videoüberwachung – Eine rechtliche Bestandsaufnahme**”, s. 281; Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 164–165.

<sup>79</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 164.

<sup>80</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 28; Bruno Schierbaum, “**Videoüberwachung–Was sagt das neue BDSG**”, s. 25; Martin Zilkens, “**Videoüberwachung– Eine rechtliche Bestandsaufnahme**”, s. 281.

dönüştürmez<sup>81</sup>. Fakat yalnızca belirli kişilere açık olan alanların, bu alanlar herkesin erişimine açık olmadığından, kamuya açık alan olarak kabul edilemeyeceği belirtilmelidir. Üçüncü kişilerin giremediği bir işletmeye ait sosyal tesis, sadece işletme çalışanlarının girebileceği alanlar ve anahtar, kart vb. belirli araçlarla girilebilen mekânlar bu kapsamda değerlendirilir<sup>82</sup>.

Kamuya açık alanlardaki video kamera izlemesi önleyici amaçla ve kamu tüzel kişileri tarafından gerçekleştirilmelidir. Öncelikle belirtilmelidir ki, video kamera aracılığı ile izlemenin farklı amaçlarla yapılması mümkündür. Kamuya açık alanlarda yapılan bu gözetleme türlerinden ilkinin gözlemleyici izleme oluşturur. Bu izlemede caddeler, binalar gibi belirli nesnelere gözetlenmesi amaçlanmış olup, bu izlemenin diğer izleme türlerinden farklılaştığı nokta, doğrudan kişilere yönelmemiş olmasıdır. Gözlemleyici izleme, trafik akışının ya da bir taşınmazın güvenliğinin sağlanması gibi nesnelere kontrolü ve yönetilmesi ile ilgilidir. Bu izleme, optik odaklanma veya görüntülerin yüksek düzeyde çözünürlüğü gibi yeni teknolojik araçlarla desteklenmedikçe kişilerin belirlenmesine ilişkin bir niteliğe sahip olmayacağından, temel hak ve özgürlükler açısından da bir müdahale niteliği taşımaz<sup>83</sup>. Video kamera aracılığı ile gerçekleştirilen bir diğer izleme usulü müdahaleci izlemedir. Bu izleme modelinde belirli bir şüphelinin takip edilmesi söz konusudur. Bu izleme, suç işlediği iddia edilen kişinin yakalanmasını veya suçun ispat edilmesini amaçlamakta olup, bu tedbire ancak atılı suçun belirli bir ağırlıkta olması, kuvvetli suç şüphesi ve hâkimin karar vermesi hâlinde başvurulabilir<sup>84</sup>. Bu çalışmanın da konusunu oluşturan üçüncü izleme modeli ise önleyici izlemedir. Günümüzde tren istasyonu, meydanlar, spor alanları vb. geniş ölçekli kamuya açık alanlarda kullanılan

<sup>81</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 28; Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 8; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 165.

<sup>82</sup> Martin Zilkens, “Videoüberwachung – Eine rechtliche Bestandsaufnahme”, s. 281; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 165.

<sup>83</sup> Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, *Videoüberwachung durch öffentliche Organe – Grundlagen*, [https://www.videotech.ch/wp-content/uploads/2015/10/2002\\_bericht\\_videoueberwachung.pdf](https://www.videotech.ch/wp-content/uploads/2015/10/2002_bericht_videoueberwachung.pdf), Son Erişim Tarihi:

20 Şubat 2018, s. 7; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 162–163. Karlsruhe İdare Mahkemesi’ne göre, kişilerin kimliğini belirlemeyen izlemeler, kişisel veri toplamaya elverişli olmadığından, temel hakları ihlal etmez. VG Karlsruhe, Urteil vom 10.10.2001– 11 K 191/01, *NVwZ*, Heft 1, s. 118.

<sup>84</sup> Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, *Videoüberwachung durch öffentliche Organe – Grundlagen*, s. 7; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 163.

bu izleme türü belirsiz sayıda insana yönelmekte ve kamu güvenliğine hizmet etmektedir. Önleyici izleme ile kişilerin kimlikleri de belirlenebilir kılındığından, bu izlemenin, temel hak ve özgürlüklere bir müdahalede bulunduğu kabul edilir<sup>85</sup>. Nihayet, suç işlenmesinin ve kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi amacıyla gerçekleştirilen video kamera izlemesinin devlet ve diğer kamu tüzel kişileri tarafından yapılması gerekir. Özel hukuk kişilerince yapılan video kamera izlemesi kamu düzeninin bozulmasını engellemeyi amaçlasa ve kamuya açık alanlarda gerçekleştirilse bile bu çalışma kapsamında inceleme konusu yapılmamıştır.

## 2. Kişisel Verilerin Korunması Çerçevesinde Kamuya Açık Alanlardaki Önleyici Nitelikli Video Kamera İzlemesinin Tabi Olduğu Hukuki Esaslar

Kişisel verilerin korunması çerçevesinde kamuya açık alanlarda gerçekleştirilen önleyici amaçlı izlemenin hukuka uygun olmasından bahsedebilmek için anılan bu izlemenin belli esaslara uygun olması gerekmektedir. Bu esaslar, konu hakkında verilmiş mahkeme içtihatları ve 24.3.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 6 başta olmak üzere karşılaştırmalı hukukta yer alan diğer düzenlemelerden türetilmiş olan, kişisel verilerin işlenmesi sırasında göz önünde bulundurulması gereken hususlardır. Kişilerin görüntülerinin alınması kişisel veri işlemesi olarak değerlendirilebileceğinden, söz konusu izleme faaliyeti de bu esaslara uygun olmalıdır. Çalışmada bu durum dikkate alınarak, kamu tüzel kişileri tarafından kamuya açık alanlarda yapılan izlemenin kanuna dayanıp dayanmadığı, ölçülü bir nitelik taşıyıp taşımadığı, hak ve özgürlükler denkleminde menfaatler tartımına uygun düşüp düşmediği, şeffaflık ve amaca uygunluk esaslarına uygun olup olmadığı incelenecektir.

**a. Kanunilik:** Kişisel verilerin korunması çerçevesinde kamuya açık alanlarda kamu tüzel kişilerince gerçekleştirilen önleyici video kamera izlemesi evvela kanuni bir temele dayanmalıdır. 1982 Anayasası'nın 13.

<sup>85</sup> Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, **Videoüberwachung durch öffentliche Organe – Grundlagen**, s. 7; Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 163. Önleyici nitelikli video kamera sisteminin suç işlenmesinin önlenmesi üzerindeki etkisi konusunda öğretilerde görüş birliği yoktur. Bu konuda bazı yazarlar video kamera izlemesinin suç oranlarını azalttığını savunurken, diğerleri söz konusu sistemin suç işlenmesinin önlenmesi hususunda hiçbir etkisinin olmadığını ifade etmektedir. Öyle ki, bir görüşe göre video kamera ile gözetim, suçu önlemek yerine suç mahallini değiştirmektedir. Selim Çapar, **Birleşik Krallık'ta CCTV, Türkiye'de Mobese**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011, s. 71.

maddesi, 3.10.2001 tarihli Anayasa değişikliği ile hak ve özgürlüklerin, ancak kanunla sınırlandırılabilceğini hükme bağlamıştır. Kişilerin video kamera aracılığı ile izlenmesi, yukarıda ifade edildiği gibi, onların kişisel verilerinin korunması haklarına bir müdahale oluşturacağından, bu müdahalenin kanunla yapılması gerektiği konusunda şüphe yoktur. Nitekim kanunla sınırlama yapılması gerektiği görüşünün Federal Alman hukuk öğretisinde de kabul edildiği görülür<sup>86</sup>. Hak ve özgürlüklerin kanunla sınırlandırılması gerektiği ilkesi AİHS sisteminde kendine yer bulan bir güvencedir. Bu noktada, AİHM'e göre bir kanunun ancak ulaşılabilir ve öngörülebilir olması durumunda, hak ve özgürlüklere ilişkin müdahalenin kanuna dayandığı ileri sürülebilir. Kanunun ulaşılabilirliği, vatandaşların, hukuk kuralının varlığı konusunda yeterli ölçüde bilgiye sahip olmasını; öngörülebilirliği, ilgili kuralın açıklığını zorunlu kılar. Kanun, şayet gerekli ise, bir uzmana danışılarak ilgili kişinin somut olaydaki davranışının ne gibi sonuçlar doğurabileceğini makul düzeyde kavrayabilmesini sağlamalıdır<sup>87</sup>. Bu sebeptendir ki, video kamera ile izleme gerçekleştirilmeden, izlemenin amacının somut olay için açık ve kesin olarak belirlenmesi gerekir<sup>88</sup>. Diğer bir anlatım ile kişisel verilerle ilgili düzenlemelerde belirsiz ifadelerin kullanılmasından kaçınılmalı ve video kamera ile izleme gerçekleştirilirken, belirli bir amaca yönelmeden “Belki bir gün lazım olur.” düşüncesiyle kişilerin görüntüleri kayıt altına alınarak veri depoları oluşturulmamalıdır<sup>89</sup>. Kişilerin veri objesi hâline dönüşmesine neden olan bu düzenlemeler hukuka aykırıdır.

AİHM, kamu tüzel kişilerince önleyici amaçla gerçekleştirilen video kamera izlemesi ile ilgili 28 Kasım 2017 tarihinde verdiği Antovic ve Mirkovic–Sırbistan’a Karşı Kararı’nda, kanunilik kavramı üzerinde özellikle

<sup>86</sup> Martin Kutscha, “Überwachungsmaßnahmen von Sicherheitsbehörden im Fokus der Grundrechte”, LKV, Heft 11, 2008, s. 482; Thomas Fetzer / Mark. A. Zöllner, “Verfassungswidrige Videoüberwachung”, s. 777; Thomas Gaul, *Untersuchung der verfassungsrechtlichen...*, s. 183.

<sup>87</sup> Sunday Times–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı, b.n. 6538/74, 26 Nisan 1979, § 49; bu konuda ayrıca bkz. Antovic ve Mirkovic–Karadağ’a Karşı Kararı, b.n. 70838/13, k.t. 28 Kasım 2017, § 40–45.

<sup>88</sup> Martin Kutscha, “Überwachungsmaßnahmen von Sicherheitsbehörden im Fokus der Grundrechte”, s. 482; Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, *Videoüberwachung durch öffentliche Organe – Grundlagen*, s. 11; Christoph Schnabel, “Die polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Orte in Niedersachsen”, s. 880–881; Thomas Fetzer / Mark. A. Zöllner, “Verfassungswidrige Videoüberwachung”, s. 777.

<sup>89</sup> Elif Küzeci, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 198.

durmuştur. Sırbistan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 35 uyarınca kamusal kurumlar kamusal binalara ulaşım yolunda video kamera aracılığı ile izleme yapabilir. AİHM bu hüküm esas alınarak ve geniş yorumlanarak üniversite amfilerinde video kameralar aracılığı ile suç işlenmesinin önlenmesi için izleme yapılamayacağını tespit etmiştir. Zira Mahkeme'ye göre Kanun'da, kamu binalarının içerisinde bir izleme yapılabileceği ifade edilmemiş, yalnızca kamu binalarına giden yol üzerinde izlemenin gerçekleştirilebileceğinden bahsedilmiştir<sup>90</sup>. Böylece, AİHM'in, video kamera izlemesi konusunda kanunilik kavramını dar yorumladığı tespit edilebilir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi de 23 Şubat 2007 tarihinde verdiği bir kararında kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi meselesini düzenleyen Bavyera Veri Koruma Kanunu md. 16/1 ve md. 17/1'in video kamera ile izleme yapılmasına imkân sağlayacak biçimde açık ve kesin ifadeler içermediğini ortaya koymuştur. Federal Mahkeme'ye göre temel haklara ilişkin müdahalelerin, bunların nedenini, amacını ve sınırını açıkça tayin etmiş olması gerekir. Bu husus, kanun koyucu tarafından öncelikle dikkate alınması gereken bir esastır. Federal Mahkeme'ye göre, Bavyera Veri Koruma Kanunu md. 16'da ve md. 17'de bu açıklık sağlanmadığından kanunilik gerçekleşmemiştir<sup>91</sup>.

Kanunilik ilkesi açısından Türk hukukundaki sorun da tam bu aşamada ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki, Türkiye'de önleyici amaçlı video kamera izlemesi eski adı ile "Mobil Elektronik Sistem Entegrasyonu (MOBESE)", yeni ismiyle "Kent Güvenlik Yönetim Sistemi" olarak anılan ve başta İstanbul olmak üzere kent güvenliği açısından önem taşıyan noktalara yerleştirilen video kameralar ile kamuya açık alanların izlenmesi ve görüntülerin kayda alınması şeklinde gerçekleşmektedir. Ağustos 2017 itibariyle sadece İstanbul'da, 1674 farklı noktada 6696 adet kent güvenlik kamerası bulunmaktadır<sup>92</sup>. Söz konusu kamera sistemlerine erişim yetkisi belirli protokol ve standartlar doğrultusunda daha önceden belirlenmiş bilgisayar ve kullanıcılara açılmaktadır. Kullanıcılar tarafından elde edilen görüntüler üzerinde yapılan işlemler saklanmakta ve özel mülke dâhil alanlarda kayıt yapılması durumunda yazılım marifetiyle görüntülerde

<sup>90</sup> Antovic ve Mirkovic–Karadağ'a Karşı Kararı, b.n. 70838/13, k.t. 28 Kasım 2017, § 35.

<sup>91</sup> Bu konuda bkz. BVerfGE – 1 BvR 2368/06, [http://www.bverfg.de/erkr20070223\\_1bvr236806.html](http://www.bverfg.de/erkr20070223_1bvr236806.html), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 43–48.

<sup>92</sup> Bu verilere T. C. Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER)'ne yapılan 1701197024 sayılı başvuruya Bilgi Teknolojileri Şube Müdürlüğü tarafından 22.08.2017 tarihinde verilen cevapla ulaşılmıştır.

buğulandırma (karartma) işlemi uygulanmaktadır. Bu kameralar yalnızca görüntüleme yapmamakta ve ayrıca toplanan veriler, orijinal kayıt formatında sayısal olarak özel kod imzalarıyla kaydedilmektedir. Kamu hizmetlerini iyileştirerek, kamu yararını gerçekleştiren ve suç işlenmesinin önlenmesini sağlayan bu kamera sistemi, kapalı devre, yani internet genel kullanımına kapalı biçimde özel emniyet hatları üzerinden çalışmaktadır<sup>93</sup>. Bu sistemde, kameranın görüş alanına giren bütün görüntüler izlenebilmektedir<sup>94</sup>.

Görüldüğü gibi, kent güvenliğini sağlamak için kurulan bu kapalı devre kamera sistemi kişisel verilerin korunması hakkına bir müdahalede bulunur. Buna karşılık kişiler hakkında bu şekilde önleyici video kamera izlemesi yapılabileceğinin ne 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda ne de diğer bir kanunda kabul edildiğinin belirtilmesi gerekir. Hatta bu noktada bir adım daha ileriye giderek Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 28/1-ç'ye göre kamu tüzel kişilerince gerçekleştirilen önleyici nitelikli video kamera izlemesinde bu Kanun uygulama alanı bulmaz. Çünkü Md. 28/1-ç uyarınca kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilen kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici faaliyetler kapsamında işlenmesi hâlinde Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uygulanmaz. Gerçi, Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu ek md. 7'de emniyet güçlerine ve Jandarma Teşkilat Görev ve Yetkileri Kanunu ek md. 5'te jandarmaya, maddelerde sayılmış suçların işlenmesini önlemek için ve hâkim kararı ile kamuya açık alanlarda video kamera ile izleme yapabilme yetkisi tanınmıştır. Fakat bu yetki, sadece ilgili kanun maddelerinde anılan suçların işlenmesinin önlenmesi amacıyla yönelik

<sup>93</sup> Bu verilere T. C. Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER)'ne yapılan 1701197024 sayılı başvuruya Bilgi Teknolojileri Şube Müdürlüğü tarafından 22.08.2017 tarihinde verilen cevapla ulaşılmıştır. Bu konuda benzer yönde ayrıca bkz. Selim Çapar, **Birleşik Krallık'ta CCTV, Türkiye'de Mobese**, s. 81–82.

<sup>94</sup> Günümüzde anılan bu kamera sisteminin farklı modüllerle desteklenerek teknolojik yapısının geliştirilmesi söz konusudur. Üzerinde hâlâ çalışılan bu modüller ekseninde sistemin şu niteliklere sahip olacağı öngörülmektedir: Video kamera üzerinden tanımlanan kişisel özelliklere göre ayırım yaparak, kişiyi bulma ve eşkal saptama, bir ya da daha fazla kamerada işaretlenen kişilerin eş zamanlı olarak başka görüntülerde aranması, canlı görüntü üzerinden işaretlenen kişilerin kamera ile otomatik bir biçimde takip edilmesi, bir kameranın görüş alanında belli bir alanda toplanan insan sayısının belirlenmesi ve belirli bir sayıyı aşması hâlinde alarm oluşturulması ve belirtilen özelliklerin başta motorlu taşıtlar olmak üzere diğer objeler hakkında uygulanması. Bkz. Civan Başar, "Devletin Kitlemel Gözetleme Araçlarının Özgürlükler ve Hukuk Güvenliği Üzerindeki Etkileri İle Bunların Yasal Dayanakları Üzerine Bir İnceleme", **TBB Dergisi**, Sayı 133, 2017, s. 108.

olup, adı geçen suçlarla ilgili istihbarat toplayabilmek için verilmiştir. Dolayısıyla, bu kanun hükümlerinin kamuya açık alanların genel olarak gözetlenmesi bakımından yeterli bir gerekçe oluşturmadığı ileri sürülebilir.

Benzer bir durum, 5442 sayılı İl İdare Kanunu md. 11/A ve md. 32/B için geçerlidir. Bu maddeler uyarınca illerde vali, ilçelerde ise kaymakamlar suç işlenmesini önlemek için her türlü tedbiri almaya yetkilidir. Ne var ki, vali ve kaymakamlara tanınan bu yetkilere dayanılarak kamuya açık alanların video kamera aracılığı ile izlenmesi mümkün değildir. Bu bağlamda, Türk hukuk öğretisinde şu gerekçelerin ifade edildiği görülür: Bir kere, maddelerde anılan mülki idari amirlerin kamu düzenini sağlama, koruma ve kollama yetkileri süreklilik arz eden bir husus olmayıp kamu düzeninin gerekli kıldığı konularda “o an için” kullanılabilen bir yetkidir. Bu yetki, tehlikenin varlığı durumunda müdahaleyi haklı kılacak oranda kullanılır ve bu ihtiyaç ortadan kalktıktan sonra yetkinin kullanılmasına son verilir. Hâl böyle olunca, yetkinin kamuya açık alanda sürekli olarak video kamera ile izleme yapılmasının gerekçesini oluşturmayacağı ileri sürülebilir. Ayrıca, video kamera ile izleme faaliyetinin gerçekleştirilme amacı, konusu, sebebi, teknik takip yetkisinin kime ait olacağı, toplanan verilerin ne kadar süre arşivleneceği veya ne zaman imha edileceği gibi hususlar İl İdaresi Kanunu’nun yeterli ölçüde açık ve kesin ifadeler içermediğini ortaya koymaktadır<sup>95</sup>.

Bu noktada üzerinde durulması gereken bir diğer düzenlemeyi 1 Eylül 2016 tarihli 674 sayılı Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamesi’nin 22. maddesi ile değiştirilen İl İdare Kanunu’nun 11. maddesinin (H) fıkrası teşkil eder. Anılan hüküm uyarınca valiler, kamu düzeni ve güvenliği ile kişilerin can ve mal emniyetinin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, trafik güvenliği ve kontrolünün sağlanabilmesi amacıyla meydan, karayolları, cadde, sokak ve park gibi kamuya açık alanlarda kurulacak sistemlerin yerlerinin tespiti, kurulumu ve altyapı faaliyetlerini koordine eder. Bu sistemlerin altyapı, kurulumu ve işletilmesi hususunda il özel idaresi, belediye, köy ve diğer kamu tüzelkişilikleri, valiliğin talebini 7 gün içinde sonuçlandırır. Bu süre içerisinde ilgili kurumlarca sonuçlandırılmayan iş ve işlemler vali tarafından resen tamamlattırılır. Madde incelendiğinde yasa

<sup>95</sup> Bu konuda ileri sürülen görüşler için bkz. R. Cengiz Derdiman / Nihal Tataroğlu, “Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, s. 262–263; Güçlü Akyürek, **Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014, s. 273; öğretide benzer yönde ifade edilen görüşlerle ilgili bkz. Civan Başar, “Devletin Kitleli Gözetleme Araçlarının Özgürlükler ve Hukuk Güvenliği Üzerindeki Etkileri İle Bunların Yasal Dayanakları Üzerine Bir İnceleme”, s. 118 vd.



koyucu tarafından gözlemleyici ve önleyici olmak üzere iki farklı izleme türünün düzenlendiği görülür. Yukarıda işaret edildiği gibi, söz konusu çalışmanın konusunu oluşturan, suç işlenmesini önlemek için gerçekleştirilen izlemedir. Fakat bu düzenlemenin eleştiriye açık olduğu belirtilmelidir. Bu konuda dikkat çeken ilk nokta, değişikliğin olağanüstü hâl kanun hükmünde kararname ile gerçekleştirilmesidir. Bilindiği gibi bu kararname hukuki yapıları itibarıyla geçici olması gereken ve yalnızca olağanüstü hâlin gerekli kıldığı konularda düzenleme yapılmasını gerektiren bir niteliğe sahiptir. Oysaki genel, soyut, nesnel ve sürekli bir yapıya sahip olan kanunlarda olağanüstü hâlin ilan edilme amacını aşan kararname ile değişiklik yapılması bu koşulları karşılamaz. Bu kararnamelerin daha sonra yasa koyucu tarafından aynen kabulü de sonucu değiştirmez. Kaldı ki, madde, kamera kayıtlarının arşivlenme veya imha şartlarına ilişkin açık ibareler içermemektedir. Başka bir ifade ile hükmün, kişisel verilerin korunması hakkının sınırlandırılması açısından kanunilik ilkesine uygun olduğu savunulamaz. Bu nedenle, kamuya açık alanlarda belirtilen amaca uygun izleme yapabilmek için Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b, Avusturya Verilerin Korunması Kanunu md. 50a ve İtalya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 134 gibi açık ifadeler kullanılarak kaleme alınan bir yasal düzenlemenin yapılması önerilebilir.

**b. Ölçülü Olma:** Kamu tüzel kişilerince kamuya açık alanlarda gerçekleştirilen önleyici video kamera izlemesinin hukuka uygunluğu konusunda göz önünde bulundurulması gereken bir diğer hususu, tedbirin, sınırlandırma amacı olan suç işlenmesinin önlenmesi açısından elverişli ve gerekli olması teşkil eder. Federal Alman Anayasa Mahkemesi tarafından da ifade edildiği gibi, şayet sınırlandırma aracı istenilen amaca ulaşmaya yardımcı oluyorsa veya amaca erişmeye katkıda bulunuyorsa, aracın elverişli olduğundan bahsedilir. Bununla birlikte, kanun koyucu, somut olayda arzu edilen sonuca ulaşmada aynı derece etkili, fakat ilgili temel hak üzerindeki sınırlayıcı etkisi daha az olan başka bir araç bulamıyorsa, bu aracın hedeflenen amaç için gerekli olduğundan söz edilir<sup>96</sup>. Suç işlenmesinin önlenmesi amacına yönelik video kamera izlemesi faaliyetine kıyasla kişisel verilerin korunması hakkını daha hafif şekilde sınırlandıran araçlara yapısal

<sup>96</sup> BVerfGE 30, 292, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 70; bu yönde bkz. Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 60; Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 18a; Alexander Bergfink, “**Videoüberwachung in Fahrzeugen des öffentlichen Personenverkehrs**”, s. 149; Datenschutzbeauftragter des Kantons Zürich, **Videoüberwachung durch öffentliche Organe – Grundlagen**, s. 12.

(örneğin kapalı alanlarda kilit sisteminin kurulması, ışıklandırmanın iyileştirilmesi vb.) ve beşerî (güvenlik personelinin istihdamı) tedbirler örnek gösterilebilir<sup>97</sup>. Şu kadar ki, alternatif önlemlerin maliyetinin video kamera ile izlemeye göre daha fazla olması bu tedbirlerin uygulanmaması konusunda başlı başına haklı bir gerekçe teşkil etmez<sup>98</sup>. Baden–Württemberg Federe Devleti Mannheim İdare Mahkemesi<sup>99</sup> ve Alman hukuk öğretisinin bir kısmı<sup>100</sup> tarafından kamusal organların, makul alternatif tedbirleri dikkate alması gerektiği, kapalı devre kamera sisteminin daha düşük maliyetli olmasının önlemin tercih edilmesi için yeterli bir dayanak oluşturmayacağı öne sürülmüştür<sup>101</sup>. Bu çerçevede, Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 50a/2’de kamuya açık alanların video kamera ile izlenmesinde, sınırlandırma aracı ile amacı arasındaki bağlantının ölçülülük ilkesi de dikkate alınarak tahlil edilmesi gerektiğinin hükme bağlandığı görülür<sup>102</sup>.

**c. Menfaatler tartımı:** Kamuya açık alanlardaki video kamera izlemesinde menfaatler tartımının da söz konusu olduğunun altının çizilmesi gerekmektedir. Bir yandan video kamera ile izleme sonucunda görüntülenenlerin kişisel verilerinin korunması haklarına bir müdahalede bulunulurken, diğer yandan bu izleme faaliyeti ile suç işlenmesi önlenerek, başka kişilerin hak ve özgürlükleri güvence altına alınmaktadır. Kapalı devre kamera sisteminin amacı kamu düzeninin bozulmasını önlemektir. Ancak, bu menfaatin karşısında kişilerin gözetlendiklerine ilişkin üzerlerinde baskı hissetmeksizin kamuya açık alanlarda korkusuzca bulunabilmesi yer alır<sup>103</sup>. Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b/1’in, video kameralarla yapılan izlemelerde menfaatler dengesi konusunda yön gösterici bir niteliğe sahip olduğu belirtilmelidir. Bu hüküm gereğince kamuya açık alanların optik–elektronik araçlarla izlenmesi yalnızca kamusal bir görevin yerine getirilmesi; bir yere kimin girebileceğini belirleme hakkının icrası veya somut amacı tespit edilmiş meşru bir menfaatin gerçekleştirilmesi için

<sup>97</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 62; Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 18b.

<sup>98</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 62.

<sup>99</sup> “VGH Mannheim: Videüberwachung öffentlicher Räume”, **MultiMedia und Recht**, Heft 3, 2004, s. 200.

<sup>100</sup> Bu konuda bkz. Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 62.

<sup>101</sup> Kamuya açık alanların her noktasının video kamera ile gözetlenmesi ve bireylere bu tür alanlarda kendileri ile baş başa kalabilecekleri ve kişiliklerini geliştirebilecekleri herhangi bir yaşam alanının bırakılmaması, kişiler için katlanamaz bir yükümlülük oluşturacağından, ölçülü bir tedbir olarak değerlendirilemez.

<sup>102</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>103</sup> Marie–Theres Tinnfeld / Benedikt Buchner / Thomas Petri, **Einführung in das Datenschutzrecht**, s. 245.

gerekli olması ve ilgililerin güvence altına alınan menfaatinin üstün olması hâlinde mümkündür. 28.04.2017'te md. 6b'de yapılan değişiklikte spor, toplantı, eğlence ve alışveriş merkezleri ile park alanları gibi büyük ölçekli yapıların ya da taşıtların ve kamuya tahsis edilen demir, deniz ve kara yolu ulaşımında kullanılan büyük binaların video kamera ile izlenmesinde buralarda bulunan kişilerin yaşamlarının, sağlıklarının ve özgürlüklerinin korunması menfaatinin ayrı bir önem taşıdığı ve öncelikle korunması gerektiği kabul edilmiştir<sup>104</sup>. Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 50a/4'te de benzer bir menfaatler dengesi düzenlenmiştir. Bu hükme göre belli başlı olaylar video kamera ile izlenen kişilerin ve nesnelerin saldırının hedefi olabileceğini haklı kılmaktaysa ya da kişiler, görüntüleri kaydedilmeden izlenmekteyse kişisel verilerin korunması hakkının ihlal edildiği görüşü savunulamaz<sup>105</sup>. Bu koşullarda kamu düzeninin korunması, görüntülenenlerin kişisel verilerinin korunmasına tercih edilerek, kamuya açık alanların önleyici amaçla izlenmesi mümkün hâle gelir.

**d. Şeffaflık:** Kamu düzeninin bozulmasında önleyici bir rol oynayan video kamera izlemesi ile ilgili olarak incelenmesi gereken bir diğer nokta, şeffaflık ilkesidir. Bu ilke uyarınca, kamuya açık alanın video kamera ile izlendiğinin kişilere bildirilmesi gerekir<sup>106</sup>. Bu husus, Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b/2'de de ifade edilmiştir. Anılan hükme göre, video kamera aracılığı ile izlemenin şartlarının ve sorumlu organın uygun bir tedbir aracılığı ile açık bir şekilde duyurulması gerekir<sup>107</sup>. Bildirim yükümlülüğü konusunda benzer bir düzenleme Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 50c/1'de yer alır<sup>108</sup>. AİHM de 9 Ocak 2018'te verdiği Lopez Ribalda ve Diğerleri-İspanya'ya Karşı Kararı'nda video kamera ile

<sup>104</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/BDSG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BDSG.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>105</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>106</sup> Kamuya açık alanların kapalı devre kamera sistemi ile gözetlendiğinin kişilere bildirilmemesi, izlemenin gizli yapıldığı anlamına gelir ki, bu durum hukuka aykırıdır. Hukuka aykırı yöntem kullanılarak toplanan kişisel verilerin ise hukuka aykırı delil yasağı uyarınca kullanılamayacağı açıktır. Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 90–91.

<sup>107</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/BDSG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BDSG.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>108</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018. Fransa'da uygulanan 21.01.1995 tarihli Kanunu'na göre kamuya açık alanlarda video kamera ile izleme yapılmadan evvel bu konuda kişilerin bilgilendirilmesi gerekir. Benzer nitelikli bir düzenleme Belçika'da yer alır. Buna göre video kamera aracılığı ile görüntüleme kişilere bir levha asılarak bildirilmelidir. Güçlü Akyürek, **Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, s. 274–275.

izleme yapılması durumunda bu izleme hakkında kişilerin haberdar edilmesi gerektiğini, aksi hâlde hak ihlalinin söz konusu olacağına altını çizmiştir<sup>109</sup>. Video kamera ile izlemenin kişilere duyurulması, gözetleme ile ilgili ayrıntıların, kamera sayısının ve kameraların nerede konumlandırıldığına vb. teknik bilgilerin kişilerle paylaşılması gerektiği anlamına gelmez<sup>110</sup>. Kişiler tarafından görülmesine yönelik bir çaba gösterilmesine gerek kalmaksızın fark edilebilir nitelikte olan bildirimlerin açık bir biçimde duyurulduğu kabul edilir<sup>111</sup>. Bilgilendirmenin yazılı şekilde veya kameranın resmini içeren bir tabela ile yapılması mümkün olmakla birlikte, burada dikkat edilmesi gereken husus, kamera ile izleme faaliyetini yapan kamu tüzel kişinin açıklanması gerektiğidir. Çünkü bu durumda kişiler, kişisel verilerinin korunması hakkına ilişkin taleplerini ilgili organa karşı ileri sürebilirler<sup>112</sup>. Ayrıca, bilgilendirme, kamuya açık alana girmeden yapılmalı ve ilgili alana girdikten sonra kameranın altına bilgilendirme tabelasının asılarak duyurunun yapılmamasına özen gösterilmelidir. Böylelikle, bildirimün öngördüğü amaca ulaşılır ve kişiler, bu alanın izlendiğinin farkında olarak, alana girip girmeme konusunda bir tercihte bulunabilir<sup>113</sup>. Ne var ki, kamuya açık alanlarda

<sup>109</sup> Lopez Ribalda ve Diğerleri–İspanya’ya Karşı Kararı, b.n. 1874/13 ve 8567/13, k.t. 9 Ocak 2018, § 65–69. Ne var ki, AİHM, 5 Ekim 2010 tarihinde verdiği Köpke–Almanya’ya Karşı Kararı’nda, gizli kamera ile gerçekleştirilen izlemeyi açıkça dayanaktan yoksun bulunduğu için kabul edilemez bulmuştur. Gerçi, anılan bu karar, kamuya açık alanlarda özel hukuk kişileri tarafından yapılan önleyici izlemelere ilişkindir. Fakat Mahkeme’nin kararında gizli kamera ile yapılan izleme karşısında takındığı tavır önem arz eder. Gerçekten de Mahkeme’ye göre işyerinde yapılan gizli kamera izlemesinde, işçilerin özel hayatlarına saygı gösterilmesini talep etme hakkı ile işverenin mülkiyet hakkı ve adaletin gerektiği şekilde tesis edilmesindeki kamu menfaati arasında adil bir denge kurulduğu söylenebilir. Mahkeme, bu kararında, işveren tarafından uygulanan gizli kamera izleme tedbirinin sınırlı bir süre için uygulandığını ve sadece işyeri kasasının etrafında kalan alanı kapsadığını ileri sürmüştür. AİHM’e göre elde edilen veriler, dedektiflik ajansında çalışan çok az sayıda kişi ve işverenin personeli tarafından işleme alınmıştır. Böylece, AİHM, başvuranın özel hayatına ilişkin bir müdahalenin, kamerayla izleme ile ulaşılacak istenen amaçların yerine getirilmesi için gerekli olan sınırdan kaldığını belirleyerek başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Buna karşılık, Mahkeme, yeni teknolojilerin ortaya çıkması ile birlikte özel hayata yönelik müdahalenin niteliğinin değişebileceğini ve çatışan menfaat dengesinin gelecekte yeniden değerlendirilmesi gerekebileceğini belirtmiştir. Bu konuda bkz. Köpke–Almanya’ya Karşı Kararı, b.n. 420/07, k.t. 5 Ekim 2010.

<sup>110</sup> Oğuz Şimşek, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, s. 172.

<sup>111</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 83.

<sup>112</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 87; Rudolf Schomerus, § 6b BDSG, Rdnr. 24–25; Bruno Schierbaum, “**Videoüberwachung–Was sagt das neue BDSG**”, s. 25; Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, s. 212.

<sup>113</sup> Stefan Brink, § 6b BDSG, Rdnr. 86.

bulunanlar alanın gözetlendiğini görebiliyor veya zaten biliyorsa<sup>114</sup>, Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 50c/2'ye göre görüntüler kaydedilmeksizin izleniyor veya kamera kaydı analog usulle gerçekleştiriliyorsa<sup>115</sup>, bildirim yükümlülüğünün bulunmadığı varsayılır.

**e. Amaca Uygunluk:** Video kamera ile izlemenin kişisel verilerin korunması hakkını ihlal etmemesi için elde edilen verilerin amaca uygun kullanılması gerekir. Amaca uygunluk, kişisel verilerin önceden tespit edilmiş ya da tespit edilebilen amaçlar için toplanmasını ve bu amaçlarla bağlantılı olarak işlenmesini şart koşar<sup>116</sup>. Video kamera ile gözetlemenin kanuna dayanması ve görüntülerin toplanma amacının belirli ve açık olması gerektiği belirtilmişti. Bu yollarla elde edilen kişisel verilerin elde edilme amaçları dışında başka amaçlar için kullanılabilmesi kabul edilemez<sup>117</sup>. Nitekim AİHM Perry–Birleşik Krallık Kararı'nda amaca uygunluk ilkesini savunmuştur. Gerçekten Mahkeme'ye göre polis veya alışveriş merkezleri gibi kamusal kullanıma açık olan alanlarda yapılan olağan nitelikli kamera izlemeleri kural olarak AİHS md. 8'i ihlal etmez. Buna karşılık, Mahkeme, bu kararında, farklı bir durumun olduğunu ifade etmiştir. Video kameralardan daha net görüntü alınabilmesi amacıyla kameraların ayarı değiştirilmiş ve görüntüler üzerinde değişiklik yapılarak şüphelinin teşhis edilmesi için kullanılmıştır. Bu ihtimalde kameralar, öngörülen amacı dışında kullanıldığından değişiklikle ilgili olarak başvuruçunun bilgilendirilerek, izninin alınması gerektiği ileri sürülmüştür<sup>118</sup>. Karşılaştırmalı hukukta video kamera aracılığı ile elde edilen görüntülerin amaca uygun bir şekilde kullanılması gerektiği fikri, Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

<sup>114</sup> Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 172.

<sup>115</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>116</sup> Çiğdem Ayözger, *Kişisel Verilerin Korunması*, s. 28; Oğuz Şimşek, *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, s. 83; Hansjürgen Garstka, “*Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz*”, s. 52.

<sup>117</sup> Karşılaştırmalı hukukta bu konudaki önemli bir istisnayı, Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b/3 oluşturur. Bu hükme göre, kişisel veriler, kamu ya da devlet güvenliğine yönelik bir tehlikenin engellenmesi veya bir suçun soruşturulması için gerekli olması hâlinde kayıt altına alındıkları amaç dışında da kullanılabilir. [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/BDSG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BDSG.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>118</sup> Perry–Birleşik Krallık'a Karşı Kararı, b.n. 63737/00, 17 Ekim 2003, § 40–41.

md.6/1'de<sup>119</sup> ve Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b/3'te<sup>120</sup> düzenlenmiştir.

Amaca uygunluk ilkesinin en önemli sonucunu video kameralarla elde edilen görüntülerin öngörülen amaç hâsıl olduktan sonra imha edilmesi oluşturur<sup>121</sup>. Kişiler kendi görüntülerinin üzerinde kişisel verilerin korunması hakkı ekseninde söz sahibidir. Kişiler, bu hakkından ister kendi rızalarıyla ister kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi gerekçesiyle rızalarına aykırı olarak vazgeçmek durumunda kalsın, kişisel verilerin nitelikleri de dikkate alınarak, bu vazgeçme hâlinin belirli bir süre ile sınırlandırılması gerekir. Karşılaştırmalı hukuktaki düzenlemelerin de bu yönde hükümler içerdikleri görülür. Örneğin Belçika'da uygulama alanı bulan kişisel verilerin korunması ile ilgili 21.03.2007 tarihli Kanun'da önleyici nitelikli video kamera kayıtlarının bir aydan fazla muhafaza edilmeyeceği hükme bağlanmıştır<sup>122</sup>. Avusturya Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 50b/2'de de video kameralar vasıtasıyla elde edilen kişisel görüntülerin, hedeflenen amaca ulaşılmamasından sonra kural olarak en geç 72 saat içerisinde silinmesi gerektiği, fakat gerekçelendirilmesi ve ilgilinin bu konuda bilgilendirilmesi kaydıyla alınan görüntülerin daha uzun süre saklanabileceği güvence altına alınmıştır<sup>123</sup>. Almanya Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b/5'te de amaca ulaşıldıktan sonra daha fazla gerekli değilse ya da verilerin kayıt altında tutulması ilgilinin menfaatine aykırıysa, görüntülerin derhal silinmesi gerektiği düzenlenmiştir<sup>124</sup>. Bu noktada Türk hukukunda ise 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 7/1 ve 29.10.2017 tarihli Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hâle Getirilmesi Hakkında Yönetmeliğin 11. maddesi uyarınca kişisel verilerin öngörülen amaca ulaşılmamasından sonra en geç altı aylık periyodlarla imha edilmesi gerekir. Fakat yukarıda işaret edildiği gibi, Türk hukukunda video kamera aracılığı ile izleme faaliyeti ile ilgili açık bir yasal düzenleme bulunmadığından, hatta Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 28/1-ç gereğince önleyici video kamera izlemesinde Kişisel Verilerin Korunması

<sup>119</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>120</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/BDSG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BDSG.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>121</sup> Bruno Schierbaum, “**Videoüberwachung–Was sagt das neue BDSG**”, s. 28.

<sup>122</sup> Güçlü Akyürek, **Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, s. 275.

<sup>123</sup> <https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<sup>124</sup> [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/BDSG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BDSG.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018. Federal Alman hukuk öğretisine göre Federal Verilerin Korunması Kanunu md. 6b/5'te zikredilen “derhâl” kelimesinin, 48 saat içerisinde olarak anlaşılması gerekir. Bkz. Stefan Brink, **§ 6b BDSG**, Rdnr. 113.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

Kanunu uygulanamayacağından kayıtların ne kadar saklanacağına ilişkin bir kural yoktur. Uygulamada idari ve adli bir vakıya ilişkin talep edilen görüntülerin beş yıl, diğer kamera kayıtlarının otuz gün saklandığı bilgisine ulaşılmıştır<sup>125</sup>.

## V. Sonuç Yerine Bir Öneri

Günümüzde yaşanan teknolojik gelişmeler, devlet ve diğer kamu tüzel kişilerinin kişisel verilere erişimini kolaylaştırmıştır. Öyle ki, evinden çıkıp işine giden bir kişi, bu rutin faaliyetinin sonucunda bile onlarca video kameranın takibine yakalanmakta ve toplanan görüntüler belli bir süre arşivlenmektedir. Teknolojinin yaşamımızın bu şekilde ayrılmaz bir parçasını oluşturması kişisel verilerin özel olarak korunması ihtiyacını beraberinde getirmiştir. Karşılaştırmalı hukukta kişisel verilerin ayrı bir anayasal hak olarak güvence altına alınması konusundaki çağdaş eğilim ise devletlerin bu ihtiyacı göz ardı etmediğinin bir göstergesi olarak değerlendirilebilir. Türk hukukunda da bu konuda önemli adımlar atıldığı savunulabilir. 12.09.2010 tarihinde kabul edilen Anayasa değişikliğine ilişkin referandum ile Anayasa md. 20/3'e kişisel verilerin korunması hakkının eklenmesi, hakkın kapsam ve şartlarının belirlenerek ayrıntıların kanunla düzenleneceğinin belirtilmesi ve konunun 6698 sayılı Kanunla ayrıntılı olarak hükme bağlanması bu alanda yaşanan olumlu gelişmelere birer örnektir.

Türk hukukunda kişisel verilerin korunması çerçevesinde ileri sürülebilecek en önemli eleştirilerden birini ise kamuya açık alanların video kameralarla izlenmesi konusunda herhangi bir yasal düzenlenmenin bulunmaması oluşturur. Oysa yukarıda belirtildiği gibi, kamerayla izleme yapılmak suretiyle görüntülerin kaydedilmesi, kişisel verilerin korunması hakkına müdahalede bulunur ve bu müdahalenin kanuna dayanması gerekir. Kanunilik ilkesi sınırlamanın sadece kanunda anılması ile gerçekleşmez ve ayrıca ilgili düzenlemede video kamera aracılığı ile izlemenin amaç ve şartları açık bir şekilde belirlenmelidir. Diğer bir anlatımla kanunda yer alan

<sup>125</sup> Bu verilere T. C. Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER)'ne yapılan 1701197024 sayılı başvuruya Bilgi Teknolojileri Şube Müdürlüğü tarafından 22.08.2017 tarihinde verilen cevapla ulaşılmıştır. Kolluk güçleri tarafından belirtilen 30 günlük sürenin doğru olduğu varsayılmaktadır. Ancak, kanuna dayanmayan bu takdir yetkisi, kolluk kuvvetlerine keyfi işlem yapma olanağı tanıyabilir. Örneğin öğretide Küzeci de 22.02.2010'da benzer bir başvuru yapmış ve başvurusu sonucunda kolluk kuvvetleri, kamera kayıtlarının 10 gün saklandığı bildiriminde bulunmuştur. Elif Küzeci, **Kişisel Verilerin Korunması**, dipnot 151, s. 310.

ifadelerden kamuya açık alanlarda video kameraların kurulum esasları, izlemenin gerçekleştirilme gerekçesi, toplanan görüntülerin nasıl saklanacağı, görüntülerin ne zaman imha edilebileceği ve hukuki süreçte delil olarak kullanıp kullanılmayacağı hususu açıkça anlaşılmalıdır<sup>126</sup>. Bu tür bir düzenleme başta kolluk kuvvetleri olmak üzere idari makamların keyfi hareket etmesini önleyerek, kişisel verilerin korunması hakkını güvence altına alacaktır. Bu gerekçeler çerçevesinde 24.3.2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na bir hüküm eklenerek, kamuya açık alanların kamu tüzel kişilerince video kameralar aracılığıyla izlenmesi usulünün ve menfaatler tartımı, ölçülülük, şeffaflık ve amaca uygunluk gibi esasların kapsamlı bir şekilde düzenlenmesi önerilebilir.

### KAYNAKÇA

ABATE Constantin, “Präventive und repressive Videoüberwachung öffentlicher Plätze”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 7, 2011, s. 451–454.

AKGÜL Aydın, “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı”, **Terazi Hukuk Dergisi**, Sayı 92, Nisan 2014, s. 72–81.

AKGÜL Aydın, **Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2014.

AKSOY Hüseyin Can, “The Right to Personality and Its Different Manifestations as the Core of Personal Data”, **Ankara Law Review**, Vol. 5, No. 2, Winter 2008, s. 235–249.

AKYÜREK Güçlü, **Özel hayatın Gizliliğini İhlal Suçu**, Seçkin Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2014.

ARASLI Oya, **Özel Yaşamın Gizliliği Hakkı ve T.C. Anayasasında Düzenlenişi**, Yayınlanmamış Doçentlik Tezi, Ankara, 1979.

ATAK Songül, “Avrupa Konseyi'nin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler”, **TBB Dergisi**, Sayı 87, 2010, s. 90–120.

AYDIN Sedat Erdem, **(AİHM İçtihatları Bağlamında) Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu**, XII Levha Yayınları, İstanbul, Aralık 2015.

AYÖZGER Çiğdem, **Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, 2016.

<sup>126</sup> Bu konuda ifade edilen görüşler için bkz. R. Cengiz Derdiman / Nihal Tataroğlu, “Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, s. 273, 277.



BAŞALP Nilgün, **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009.

BAŞAR Civan, “Devletin Kitlemel Gözetleme Araçlarının Özgürlükler ve Hukuk Güvenliği Üzerindeki Etkileri İle Bunların Yasal Dayanakları Üzerine Bir İnceleme”, **TBB Dergisi**, Sayı 133, 2017, s. 97–132.

BERGFINK Alexander, “Videoüberwachung in Fahrzeugen des öffentlichen Personenverkehrs”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 3, 2015, s. 145–150.

BRINK Stefan, § 6b BDSG, in Heinrich Amadeus Wolf / Stefan Brink (Hrsg.), **BeckOK Datenschutzrecht**, Verlag C.H. Beck, München, 2017, Rdnr. 1–122.

ÇAPAR Selim, **Birleşik Krallık’ta CCTV, Türkiye’de Mobese**, Turhan Kitabevi, Ankara, 2011.

DATENSCHUTZBEAUFTRAGER DES KANTONS ZÜRICH, **Videoüberwachung durch öffentliche Organe – Grundlagen**, [https://www.videotech.ch/wp-content/uploads/2015/10/2002\\_bericht\\_videoueberwachung.pdf](https://www.videotech.ch/wp-content/uploads/2015/10/2002_bericht_videoueberwachung.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

DERDİMAN R. Cengiz / TATAROĞLU Nihal, “Devlet Gözetimi ile İnsan Haklarının Uyumlaştırılması Sorunu ve Çözüm Önerileri”, **İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi**, Cilt 7, Sayı 1, 2016, s. 247–293.

European Commission For Democracy Through Law, **Opinion – On Video Surveillance in Public Places by Public Authorities and the Protection of Human Rights**, Adopted by the Venice Commission at its 70th Plenary Session, Venice, 16–17 March 2007.

FETZER Thomas / ZÖLLER Mark A., “Verfassungswidrige Videoüberwachung”, **NVwZ**, Heft 7, 2007, s. 775–777.

GARSTKA Hansjürgen, “Informationelle Selbstbestimmung und Datenschutz”, in Christiane Schulzki–Haddouti (Hrsg.), **Bürgerrechte im Netz**, Leske+Budrich Verlag, Opladen, 2003, s. 48–70.

GAUL Thomas, **Untersuchung der verfassungsrechtlichen Anforderungen an Videoüberwachungsmaßnahmen des Staates im öffentlichen Raum mit und ohne biometrische Erkennungsverfahren unter besonderer Berücksichtigung der hermeneutischen Erkenntnismethoden im Verfassungsrecht**, Julius–Maximilians–Universität, Dissertation, Würzburg, 2007 [Metinde, eserin adı Thomas Gaul, **Untersuchung der verfassungsrechtlichen... olarak kısaltılmıştır.**].

GOLA Peter / KLUG Christoph / KÖRFFER Barbara, § 1 BDSG, in Peter Gola / Rudolf Schomerus (Hrsg.), **BDSG– Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 12. überarbeitete Auflage, München, 2015, Rdnr. 1–33.

GOLA Peter / SCHMOMERUS Rudolf, § 6b BDSG, in Peter Gola / Rudolf Schomerus (Hrsg.), **BDSG– Kommentar**, C. H. Beck Verlag, 12. überarbeitete Auflage, München, 2015, Rdnr. 1–33.

HENKOĞLU Türkay, **Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması**, Yetkin Yayınları, Ankara, 2015.

JARASS Hans D., Artikel 1, in Hans D. Jarass / Bodo Pieroth (Hrsg.), **Kommentar– Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland**, C. H. Beck Verlag, 10. Auflage, München, 2009, s. 1–57.

KILINÇ Doğan, “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, **AÜHFD**, Cilt 61, Sayı 3, 2012, s. 1089–1169.

KLOEPFER Michael, **Datenschutz als Grundrecht**, Athenäum Verlag, Königstein im Taunus, 1980.

KUTSCHA Martin, “Überwachungsmaßnahmen von Sicherheitsbehörden im Fokus der Grundrechte”, **LKV**, Heft 11, 2008, s. 481–486.

KÜZECİ Elif, **Kişisel Verilerin Korunması**, Turhan Kitabevi, Ankara, Aralık 2010.

LYOLD Ian J., **Information Technology Law**, Oxford University Press, 6th Edition, Oxford, 2011.

MARSHALL Sandra, “Private Lives and Public Rules”, in Erik Claes / Antony Duff / Serge Gutwirth (Ed.), **Privacy and the Criminal Law**, Intersentia Press, Antwerpen–Oxford, 2006, s. 33–42.

ÖZBUDUN Ergun, **Türk Anayasa Hukuku**, Yetkin Yayınları, Gözden Geçirilmiş 17. Baskı, Ankara, 2017.

SCHIERBAUM Bruno, “Videoüberwachung–Was sagt das neue BDSG”, **Computer–Fachwissen**, Heft 5, 2002, s. 24–28.

SCHILD Hans H., § 3 BDSG, in Heinrich Amadeus Wolf / Stefan Brink (Hrsg.), **BeckOK Datenschutzrecht**, Verlag C.H. Beck, München, 2017, Rdnr. 1–206.

SCHNABEL Christoph, “Die polizeiliche Videoüberwachung öffentlicher Orte in Niedersachsen”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 12, 2012, s. 879–881.

SÖLLNER Sebastian, “Videotechnik für die öffentliche Sicherheit”, **LKV**, Heft 7, 2016, s. 304–307.

ŞEN Ersan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı’nın Anayasa ve Türk Ceza Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Değerlendirilmesi”, **İstanbul Barosu Dergisi**, Cilt 83, Sayı 3, 2009, s. 1197–1214.

ŞİMŞEK Oğuz, **Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması**, Beta Yayınları, İstanbul, Şubat 2008.

TANÖR Bülent / YÜZBAŞIOĞLU Necmi, **1982 Anayasasına Göre Türk Anayasa Hukuku**, Beta Yayınları, 17. Baskı, İstanbul, Şubat 2018.

TEZCAN Durmuş, “Bilgisayar Karşısında Özel Hayatın Korunması”, **Anayasa Yargısı**, Cilt 8, 1991, s. 385–392.

TINNEFELD THERES–Marie / BUCHNER Benedikt / PETRI Thomas, **Einführung in das Datenschutzrecht**, Oldenbourg Verlag, 5. Auflage, München, 2012.

ÜZELTÜRK Sultan, **1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı**, Beta Yayınları, İstanbul, 2004.

ZILKENS Martin, “Videoüberwachung– Eine rechtliche Bestandsaufnahme”, **Datenschutz und Datensicherheit**, Heft 31, 2007, s. 279–283.

## DİĞER KAYNAKLAR

Antovic ve Mirkovic–Karadağ’a Karşı Kararı, b.n. 70838/13, k.t. 28 Kasım 2017, § 1–68.

AYMK, E. 1996/68, 1999/1, k.t. 6.1.1999, Resmî Gazete Tarihi–Sayısı: 19.1.2001–24292.

BVerfGE 6, 32, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv006032.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–40.

BVerfGE 27, 1, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv027001.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–45.

BVerfGE 30, 292, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv030292>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–125.

BVerfGE 65, 1, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv065001.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–223.

BVerfGE 79, 256, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv079256.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–69.

BVerfGE 120, 180, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120180.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–109.

BVerfGE 120, 378, <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv120378.html>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–185.

BVerfGE – 1 BvR 2368/06, [http://www.bverfg.de/e/rk20070223\\_1bvr236806.html](http://www.bverfg.de/e/rk20070223_1bvr236806.html), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018, Rdnr. 1–58.

Friedl–Avusturya’ya Karşı Kararı, b.n. 15225/89, k.t. 19 Mayıs 1994, § 1–17.

<https://technology.ihs.com/583518>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www.anayasa.gen.tr/azerbaycan-aleskerli.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

[https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_1990/BDSG.pdf](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_1990/BDSG.pdf), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www.italtrade.com/personalDataProtectionCode.pdf>, Son Erişim Tarihi: 20 K Şubat 2018.

<https://www.jusline.at/gesetz/dsg>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

[http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal\\_nrw.cgi?xid=187407,1](http://www.lexsoft.de/cgi-bin/lexsoft/justizportal_nrw.cgi?xid=187407,1), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<https://www.thesun.co.uk/news/1743110>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

[https://www.umwelt-online.de/recht/allgemei/laender/hh/dsg\\_ges.htm](https://www.umwelt-online.de/recht/allgemei/laender/hh/dsg_ges.htm), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www.verfassungen.de/de/gg49-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www.verfassungen.de/de/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www.verfassungen.eu/ee/index.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www.verfassungen.eu/hr/verf90-i.htm>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

<http://www.verfassungen.eu/p/>, Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.

Kopp–İsviçre’ye Karşı Kararı, b.n. 23224/94, k.t. 25 Mart 1998, § 1–88.

Köpke–Almanya’ya Karşı Kararı, b.n. 420/07, k.t. 5 Ekim 2010.

Lopez Ribalda ve Diğerleri–İspanya’ya Karşı Kararı, b.n. 1874/13 ve 8567/13, k.t. 9 Ocak 2018, § 1–110.

Niemietz–Almanya’ya Karşı Kararı, b.n. 13710/88, k.t. 16 Aralık 1992, § 1–43.

Peck–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı, b.n. 44647/98, k.t. 28 Ocak 2003, § 1–133.

P.G. ve J.H.–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı, b.n. 44787/98, k.t. 25 Eylül 2001, § 1–96.

Pierre Herbecq–Belçika’ya Karşı Kararı, b.n. 32200/96, k.t. 14 Ocak 1998, s. 92–98.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

Sunday Times–Birleşik Krallık’a Karşı Kararı, b.n. 6538/74, 26 Nisan 1979, § 1–16.

T. C. Başbakanlık İletişim Merkezi (BİMER)’ne yapılan 1701197024 sayılı başvuruya Bilgi Teknolojileri Şube Müdürlüğü tarafından 22.08.2017 tarihinde verilen cevap.

“VGH Mannheim: Videoüberwachung öffentlicher Räume”, **MultiMedia und Recht**, Heft 3, 2004, s. 198–202.

VG Karlsruhe, Urteil vom 10.10.2001– 11 K 191/01, **NVwZ**, Heft 1, s. 117–119.

[www.tdk.gov.tr/](http://www.tdk.gov.tr/), Son Erişim Tarihi: 20 Şubat 2018.



# #GENETİK AYRIMCILIK YASAĞI (PROHIBITION OF GENETIC DISCRIMINATION)

Dr. Öğretim Üyesi Elif KÜZECİ\* \*\*

## ÖZ

Genetik alanında özellikle 20. yüzyılın başından itibaren muazzam bir gelişme görülmüştür. Hızı her geçen gün artan bu gelişmeler insanın doğasına ilişkin önemli soruların yanıtlanmasına katkı sağladığı gibi, daha uzun ve sağlıklı bir yaşam için de pek çok yeni olanak sunmaktadır. Öte yandan kişilerin gelecekteki sağlık durumlarına ilişkin öngörü sunan testler, bireyin bunlara dayalı olarak ayrımcılığa maruz kalma tehlikesini beraberinde getirmektedir. Bu noktada bir insan hakkı olarak genetik ayrımcılık yasağının değerlendirilmesi gereksinimi hissedilmektedir. Bu çalışmada konuya ilişkin uluslararası hukuksal düzenlemeler ışığında genetik ayrımcılık yasağının, kapsamı ve gerekliliği tartışılacaktır. Bu kapsamda öncelikle genetiğin alanındaki araştırmaların sunduğu bilginin niteliği değerlendirilecektir. Başta İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi olmak üzere genetik ayrımcılığı yasaklayan uluslararası sözleşmeler de inceleme kapsamındadır. Ayrıca genetik ayrımcılığın söz konusu olabileceği alanların belirlenmesi çalışmanın önemli bir parçasını oluşturur. Bu bilgiler ve değerlendirmeler ışığında günümüzde ve gelecekte genetik ayrımcılık yasağının insan hakları öğretisinde ve uygulamasındaki yerinin belirlenmesi ve çözüm yollarına yönelik bir bakış açısının geliştirilmesi hedeflenmektedir.

**Anahtar kelimeler:** Ayrımcılık yasağı, genetik ayrımcılık yasağı, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi, genetik testler, genom ve hukuk, genetik müstesnalık

## ABSTRACT

A significant progress has been made in genetic research in the 20<sup>th</sup> century. These rapidly evolved developments have brought not just some key answers on the nature of human beings, but also new opportunities for a long and healthy life. On the other hand, predictive genetic tests pose a new threat

---

<sup>#</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 25.05.2018. İlk hakem raporu tarihi: 31.05.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 20.06.2018.

\* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı

\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-3723-8421

*to human rights and freedoms. Indeed, individuals have concerns to face with genetic discrimination. In this respect, there is a necessity to investigate prohibition of genetic discrimination as a human right. In this research, from the perspective international legal documents, foremost Convention on Human Rights and Biomedicine, the concept and necessity of prohibition of genetic discrimination will be analysed. To distinguish genetic information from the other types and to define the most problematic areas will be the core topics of the research. In the light of these information the main objective of the article is to ascertain the status of prohibition of genetic discrimination in theory and practice and to develop a fresh perspective to solve related problems.*

**Keywords:** Prohibition of discrimination, prohibition of genetic discrimination, Convention on Human Rights and Biomedicine, genetic tests, genome and law, genetic exceptionalism

\*\*\*

## GİRİŞ

20. yüzyılın ilk yarısı dünya savaşlarına, toplu ölümlere, ekonomik buhrana, nükleer bombaya, ırk ıslahı ve öjenik uygulamalara sahne oldu. 1950'lere yaklaşırken yakın tarihte yaşanan bu büyük acıların bir daha yaşanmaması isteği ise insan haklarını koruyucu mekanizmaların güçlendirilmesinin, uluslararası örgütlerin kurulmasının ve hukuksal metinlerin kabul edilmesinin temel nedenlerinden biriydi. Ardından uzay keşifleri, sağlık ve genetik alanındaki yeni buluşlar, İnternet'in ortaya çıkması ve yaygınlaşması, yapay zekâ gibi teknolojik ve bilimsel gelişmelerin yalnızca tartışıldığı ve araştırıldığı değil, yaşandığı ve hızla ilerleyip yaygınlaştığı bir döneme girildi. Elbette bu çalışmaların temelleri önceki dönemlerde atılmıştı. Ancak bilim insanlarının zihinlerini kurcalayan pek çok soruya bu dönemde yanıt bulunduğu söylenebilir. Genetik alanındaki gelişmeler de bu kapsamdadır. Dikkat çekici bir örnek olarak 1953 yılında DNA yapısının belirlenmesi, yalnızca biyoloji ve fizik alanındaki sorulara değil, insanın kim olduğuna, neden yapıldığına ilişkin felsefe tarihinin eski bir sorusuna da bilimsel katkı sunmuştur.

Bütün bu gelişmeler ile ilişkili olarak, 20. yüzyılın sonlarına doğru bilim ve teknoloji ile insan hakları kesişimindeki konuları kapsayan uluslararası metinler yayınlanmıştır. Bunlardan biri 1997 yılında kabul edilen ve alanında bağlayıcı ilk uluslararası sözleşme olan Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Onurunun Korunması Sözleşmesi: İnsan



Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir<sup>1</sup>. Oviedo Sözleşmesi olarak da anılan bu metin, geçmişte yaşanan acıları dikkate alarak geleceği hayal eden bir bakış açısının ürünüdür. Avrupa Konseyi tarafından hazırlanan Sözleşmenin 11. maddesi bir kimseye genetik kalıtımı nedeniyle ayrımcılık uygulanmasını yasaklar. Sonraki dönemde kabul edilen pek çok başka hukuksal metinde de benzer bir korumanın kabul edildiği görülür.

Ayrımcılığın kaldırılması ve önlenmesi insan hakları mücadelesinin bileşenidir. Ayrımcılığın, özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra kabul edilen, pek çok hukuksal metinde dil, renk, cinsiyet, ırk, etnik köken, din gibi temellerde tanımlandığı görülür. Kalıtımsal özelliklerden kaynaklı ayrımcılığın hukuksal metinlere yansması ise, genetik alanındaki gelişmeler ile ilişkili olarak, daha sonra gündeme gelmiştir. Kalıtım bilimi olarak da adlandırılan genetik kısaca, *“genlerin yapısını, görevini ve bir dölden diğerine nasıl aktarıldığını inceleyen biyolojik bilim dalı”* olarak tanımlanabilir<sup>2</sup>. Kalıtımın sözcük anlamı ise *“(ç)evre etkileriyle köklü olarak değiştirelemeyen özelliklerin, döllenme sırasında, dişi ve erkeğin kromozomları aracılığıyla bir kuşaktan ötekine geçmesi, soya çekim, irs, irsiyet, veraset”*tir<sup>3</sup>. Genetik bilimindeki gelişmeler, insanların kalıtımsal özelliklerine ilişkin her geçen gün daha fazla bilgi edinilmesini, bunlardan çeşitli sonuçlar çıkarılmasını ve hatta bunlara müdahale edilebilmesini olanaklı kılmaktadır. Bu durum, yeni bir ayrımcılık temelinin ortaya çıkması endişesini arttırmaktadır.

Bu çalışmada genetiğin sunduğu olanaklar sayesinde sağlıklı ilgili ortaya çıkan öngörülerin yeni bir ayrımcılık ortaya çıkarıp çıkarmayacağı sorusuna yoğunlaşılacaktır. Hemen belirtmek gerekir ki gen analizi testleri, ayrımcılık yasağına ilişkin hükümlerde önceki zamanlardan beri yer bulan ırk, etnik köken, cinsiyet gibi bazı bilgileri sunmaktadır. Ancak bu makale kapsamında bu bilgilerden kaynaklı ayrımcılığa sınırlı olarak, yalnızca genetik alanındaki gelişmelerin mevcut tartışmada bir farklılık yarattığı noktalarda, değinilecektir. Bu çalışmada kullanıldığı şekliyle genetik ayrımcılık özellikle

<sup>1</sup>Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Council of Europe, ETS No. 164, Oviedo, 4 Nisan 1997 (Bundan böyle Biyotıp Sözleşmesi olarak anılacaktır).

<sup>2</sup>Genetik Terimler Sözlüğü, Türk Hematoloji Derneği, Sürüm: 1 Eylül 2013, s. 3, <http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf>, (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

<sup>3</sup>Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

genetik testler neticesinde sağlık durumuna ilişkin ulaşılan sonuçlara odaklanmaktadır. Bu noktada çalışmanın bir sınırını daha belirlemek gerekir: Burada kullanılan şekliyle genetik ayrımcılık, genetik başkalaşım dolayısıyla ortaya çıkan sağlık engellerinden ayrılmalıdır. Bu kapsamda örneğin kalıtsal olmayan kanser genetik ayrımcılık kapsamında değerlendirilmezken, hatalı bir şekilde kalıtsal olduğu düşünülerek bu kişinin yakınlarına sigorta yapılmaması genetik ayrımcılık olacaktır<sup>4</sup>.

Makalede konuya ilişkin uluslararası hukuksal düzenlemeler ışığında genetik ayrımcılık yasağının, kapsamı ve gerekliliği tartışılacaktır. Bu doğrultuda öncelikle genetik alanındaki gelişmelere ilişkin genel bir çerçeve sunulmaya çalışılacaktır. İnsan genetiğine ilişkin bilgilerin, testlerin ve diğer uygulamaların niteliğinin belirlenmesi kanımızca farklı bir ayrımcılık temeli olarak genetiğin mevcut ve olası hukuksal güvencelerinin değerlendirilmesine yardımcı olacaktır. Bu noktada başta İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi olmak üzere genetik ayrımcılığı yasaklayan uluslararası sözleşmeler inceleme kapsamındadır. Ayrıca genetik ayrımcılığın söz konusu olabileceği alanların belirlenmesi de çalışmanın önemli bir parçasını oluşturur. Bu bilgiler ve değerlendirmeler ışığında günümüzde ve gelecekte genetik ayrımcılık yasağının insan hakları öğretisinde ve uygulamasındaki yerinin belirlenmesi ve çözüm yollarına yönelik bir bakış açısının geliştirilmesi hedeflenmektedir.

## I. Kişisel Bilgi Hazinesi: Gen, Genom ve Genetik

### A. Hücrelerin Dili Olsa...

Kalıtıma yönelik ilgi yontma taş devrine kadar götürülebilir. Özellikle mağara resimleri, eski dönemlerde insanların üremenin temellerini kavradıklarını ve böylelikle bazı genetik ilkelerin anlaşılmasına başladığını ortaya koymaktadır<sup>5</sup>. İnsan genetiğine ilişkin canlı tartışmaların izini ise Antik Yunan'da bulmak olanaklıdır. Nitekim Aristoteles'in *Hayvanların Hareketleri Üzerine* adlı eseri<sup>6</sup> kimi yazarlarca insan genetiğinin kurucu

<sup>4</sup> Benzer bir sınırlama için bkz. Marvin R. Natowicz, Jane K. Alper, Joseph S. Alper, "Genetic Discrimination and the Law", *American Journal of Human Genetics*, C. 50, S. 3, Y. 1992, s. 466.

<sup>5</sup> Burton Guttman, Anthony Griffiths, David Suzuki, Tara Cullis, *Genetics, The Code of Life*, Rosen Publishing, ABD 2011, s. 15.

<sup>6</sup> Aristoteles, *Hayvanların Hareketleri Üzerine*, Say, 2. Baskı, çev. Furkan Akderin, İstanbul 2018.

metni olarak kabul edilir<sup>7</sup>. Modern genetik ise genellikle Gregor Mendel'in ayırık kalıtım birimlerini keşfettiği 1865 yılı ile başlatılmaktadır<sup>8</sup>. Mendel'in keşiflerine ilişkin makalesi bir süre yayınlandığı mütevazı derginin sayfaları arasında kalsa da 1900'lerin başında yeniden keşfedilmiştir. 1953 yılında James Watson, Francis Crick, Rosalind Franklin ve Maurice Wilkins'in DNA<sup>9</sup> yapısını çözen çalışmalarının ardından bu gelişmeler hızlanarak devam etti<sup>10</sup>. 20. yüzyılın ikinci yarısında insanı oluşturan yapı taşları artık çok daha bilinirdir. İzleyen yıllar, gen ekspresyonu, genetik mühendisliği gibi alanların gelişmesine sahne oldu. İnsan Genomu Projesi ise 2000'li yılların başında tamamlandı<sup>11</sup>.

Genetikteki gelişmeler pek çok alanda yeni olanaklar yaratmaktadır<sup>12</sup>. Her şeyden önce genetik, insana ilişkin bilinmezleri bilinir kılmaya katkı sağlamıştır. Nitekim bir kalıtım birimi olan gen, DNA<sup>13</sup> üzerinde, belirli bir karakterin kodlanmasından sorumlu olan bölgenin adıdır ve en küçük kalıtsal birime karşılık gelir<sup>14</sup>. Genom ise bir canlının vücudundaki genlerin toplamını ifade eder. Bu kapsamda insan genomu, insan vücudundaki bütün genleri

<sup>7</sup>Siddhartha Mukherjee, Gen: Hayli Kişisel Bir Hikâye, Domingo, çev. Cem Duran, İstanbul 2016, s. 23. Ayrıca bkz. Tom Vinci, Jason Scott Robert, "Aristotle and Modern Genetics", Journal of the History of Ideas, C. 66, S. 2, Y. 2005, s. 201-221; David Henry, "Aristotle on the Mechanism of Inheritance", Journal of History of Biology, C. 39, S. 3, Y. 2006, s. 425-455. Aristoteles, kalıtımın hem anneden hem babadan geçtiğini ve üç kuşak boyunca aktarılabilirdiğini yazmıştı. Aristotle, The History of Animals, çev. D'Arcy Wentworth Thompson, The Internet Classics Archive, [http://classics.mit.edu/Aristotle/history\\_anim.mb.txt](http://classics.mit.edu/Aristotle/history_anim.mb.txt) (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

<sup>8</sup>Gregor Mendel, "Experiments in Plant Hybridization" (8 Şubat ve 8 Mart 1865'te Brünn Doğa Bilimleri Topluluğu'nun toplantısında okunmuştur), <https://tetrad.ucsf.edu/sites/tetrad.ucsf.edu/files/media/Gregor%20Mendel%20Experiments%20in%20Plant%20Hybridization.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

<sup>9</sup>DNA yapısına ilişkin açıklamalar için bkz. Burton Guttman, s.108-126.

<sup>10</sup>Watson ve Crick'in bu alanda çığır açan makalesi için bkz. James D. Watson, Francis H. C. Crick, "Molecular structure of Nucleic Acids", Nature, C. 171, Y. 1953, s. 737-738.

<sup>11</sup>Francis S. Collins, Michael Morgan, Aristides Patrinos, "The Human Genome Project: Lessons from Large-Scale Biology", Science, C. 300, S. 5617. 2003, s. 286-290.

<sup>12</sup>Christine Rosen, "What are the Benefits and Burdens of DNA Databases?", DNA Databases, ABD 2007, s. 11.

<sup>13</sup>Genetik maddenin özü olan DNA (deoksiribonükleik), hücre çekirdeğindeki kromozomları oluşturur. Kromozom ise "DNA ve proteinlerden oluşmuş hücre çekirdeği içinde bulunan yoğun ve belirgin cisimcikler"dir. Ayşe Özer, "DNA, Gen, Protein", Genetik, Bilim ve Teknik (Nisan 2002 sayısı Eki), haz. Beyazıt Çırakoğlu, s. 5.

<sup>14</sup>Genin sözcüksel tanımı şöyledir: "İçinde bulunduğu hücre ve organizmaya özel bir etkisi olan, kuşaktan kuşağa ve hücreden hücreye geçen kalıtsal öge". Bkz. TDK Güncel Türkçe Sözlük, <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

nitelemek üzere kullanılır<sup>15</sup>. DNA kodunun çözülmesi ve insan genom projesinin tamamlanması insan doğasına ilişkin yeni ve önemli bilgiler sunmuştur.

Genetik bilgilerin çok çeşitli alanlarda kullanıldığı görülmektedir. Örneğin, nesep, soybağı ve adli amaçlarla genetik bilgiler artan oranda kullanılmaktadır<sup>16</sup>. Çeşitli yerlerde ise genetik testlerin göçmenlik başvurularında, özellikle yasadışı göçmenliği önlemek amacıyla, kullanıldığı bilinmektedir<sup>17</sup>. Ancak özellikle dikkat çeken alanların sağlıkla ilgili olarak tanı ve öngörü testlerinin kullanımı ile, hekimin hastası için en uygun dozda, en uygun ilacı seçmesini sağlayan, farmakogenetik olduğu söylenebilir<sup>18</sup>. Mevcut ya da olası hastalıklarla mücadele edilmesinde genetik biliminden nasıl yararlanıldığı biri bilişim, diğeri sinema sektöründen tanınmış iki ismin, Steve Jobs ve Angelina Jolie'nin, tecrübeleri üzerinden örneklendirilebilir.

Steve Jobs kanser hastalığı ile mücadelesinde DNA diziliminden yardım almıştır. Jobs dünyada kendi DNA diziliminin tamamına sahip ilk kişilerden biridir. Bu bilgi, özellikle ilaç seçimi açısından yardımcı olmuştur. Nitekim normalde ilaç seçilirken, hastanın DNA'sı ile ilaç test edilirken denek olan hastaların DNA'sının benzer olduğu varsayımından hareket edilir. Jobs'un

<sup>15</sup>Genom, “Bir organizmanın tüm kalıtsal bilgisi, genetik bilgisinin tamamı” anlamına gelir. Genetik Terimler Sözlüğü, s. 20. Genoma ilişkin ayrıntılı açıklamalar sunan, alan dışı okuyucunun da yararlanabileceği kaynak için bkz. Matt Ridley, Genom, Bir Türün Yirmi Üç Bölümlük Otobiyografisi, 8. Baskı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul 2016.

<sup>16</sup>Yann Joly, Ida Ngueng Feze, Lingqiao Song, Bartha M. Knoppers, “Comparative Approaches to Genetic Discrimination: Chasing Shadows?”, Trends in Genetics, Y. 2017, C. 33, S. 5, s. 299. (299-302) Soybağı tespitinde genetik analizin kullanılmasına ilişkin Türk Medeni Kanun hükümlerini değerlendiren bir çalışma için bkz. Özlem Tüzüner, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 64, C. 4, Y. 2013, s. 1139-1166.

<sup>17</sup>Torsten Heinemann, Thomas Lemke, “Biological Citizenship Reconsidered: The Use of DNA Analysis by Immigration Authorities in Germany”, Science, Technology and Human Values, C. 39, S. 4, Y. 2014, s. 488-510. Prüm Antlaşması (Convention between the Kingdom of Belgium, the Federal Republic of Germany, the Kingdom of Spain, the French Republic, the Grand Duchy of Luxembourg, the Kingdom of the Netherlands and the Republic of Austria on the stepping up of cross-border cooperation, particularly in combating terrorism, cross-border crime and illegal migration-2005)uyarınca da DNA profillerinin taraf devletler arasında paylaşımı olanaklıdır. Bkz. m. 3 vd; m. 20/2. Bu konuya ilişkin olarak ayrıca bkz. Carole I. McCartney, Tim J. Wilson, Robin Williams, “Transnational Exchange of Forensic DNA: Viability, Legitimacy, and Acceptability”, European Journal on Criminal Policy and Research, C. 17, S. 4, Y. 2011, s. 305-322.

<sup>18</sup>Farmakogenetiğe ilişkin genel bir değerlendirme için bkz. Candan Hızal, “Farmakogenetik/Farmakogenomik, Postgenomik Çağın Felsefesi”, Bezelye (Popüler Genetik Bilimi Dergisi), Y. 2017, S. 1, s. 11-13.

tedavisi sırasında ise genetik karakterine ilişkin tam bir bilgi olması nedeniyle bireysel olarak ona en uygun ilaçlar seçilebilmiştir. Kanser mutasyonu nedeniyle bir yöntem etkinliğini kaybettiğinde ise başka bir ilaca geçilmiştir. Genetik bilginin yalnızca bir bölümüne değil, tamamına sahip olmanın Jobs'a yıllar kazandırdığı düşünülmektedir<sup>19</sup>. Angelina Jolie ise kendisinde BRCA1 gen mutasyonunun varlığını öğrenmesinin ardından, ileride karşılaşılabileceği meme ve over kanseri riskinden kurtulmak için mastektomi yaptırmıştır. Nitekim BRCA1 mutant genine saptanması kadının göğüs kanserine yakalanma olasılığını önemli ölçüde arttırmaktadır<sup>20</sup>. Bu tür mutasyonları saptamaya yönelik testlerin hızla ucuzladığı ve kullanıcıların erişebilirliğinin arttığı belirtilmelidir<sup>21</sup>. Bu nedenle benzer uygulamaların yakın dönemde artacağı öngörülebilir. Bu türdeki popüler örnekler kamuoyunun da konuya olan ilgisini ve uygulamalara katılım oranlarını arttırmaktadır<sup>22</sup>. Bu açıdan hücrelerde saklı bilginin gittikçe daha iyi okunduğu ve söylediklerine yönelik ilginin de arttığı belirtilebilir.

Genetik alanındaki gelişmeler pek çok örnekte coşkuyla karşılanırsa da özellikle genetik bilgilerin çeşitli ayrımcı uygulamalara neden olma olasılığı kamuoyunda endişe yaratmaktadır<sup>23</sup>. Bu olasılığı değerlendirebilmek için

<sup>19</sup>Viktor Mayer-Schönberger, Kenneth Cukier, Big Data, ABD 2014, s. 25-26.

<sup>20</sup>Konuya ilişkin çeşitli tartışmalar için bkz. "Angelina Jolie reveals she has had a double mastectomy", The Guardian, 29 Aralık 2013; David Kroll, "How The Public and the Media Got Angelina Jolie's Breast Cancer Message Wrong", Forbes, 24 Aralık 2013. Angelina Jolie'nin sürece ilişkin olarak kendisinin kaleme aldığı bir yazı için bkz. Angelina Jolie Pitt, "Diary of a surgery", The New York Times, 24 Mart 2015, <https://www.nytimes.com/2015/03/24/opinion/angelina-jolie-pitt-diary-of-a-surgery.html>, (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

<sup>21</sup>Örneğin Amerikan Yiyecek ve İlaç Kurumu (FDA) 23andME'ye, yakın zamanda BRCA geninin üç mutasyonunu saptamaya yönelik doğrudan tüketiciye yönelik bir test konusunda izin vermiştir. "FDA authorizes, with special controls, direct-to-consumer test that reports three mutations in the BRCA breast cancer genes", 6 Mart 2018, <https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm599560.htm> (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

<sup>22</sup>Angelina Jolie'nin açıklamalarının kamuoyunun belirtilen konuya ilişkin çevirim içi bilgi arayışını büyük oranda arttırdığına ilişkin olarak bkz. Robin H. Juthe, Amber Zaharchuk, Catharine Wang, "Celebrity disclosures and information seeking: the case of Angelina Jolie", Genetics in Medicine, S. 17, Y. 2014, s. 545-553. Aynı açıklamaların BRCA gen testleri ve mastektomi uygulamasını arttırdığına ilişkin olarak bkz. Sunita Desai, Anupam B. Jena, "Do celebrity endorsements matter? Observational study of BRCA gene testing and mastectomy rates after Angelina Jolie's New York Times editorial", British Medical Journal, Y. 2016 S. 355: i6357 <https://bmj.16357> (Erişim tarihi: 28 Nisan 2018).

<sup>23</sup>Örneğin ABD yurttaşlarının genetik bilginin sağlığa yönelik kullanımını desteklerken bu bilgilerinin kendilerine zarar verici şekilde kullanılmasından endişe ettiklerini dile getiren,

öncelikle genetik bilginin kapsamı belirlenmelidir. Bu noktada genomun bireyin kimliğine ilişkin bilgi sunduğu unutulmamalıdır. Bir hücre örneğinden ilgilinin cinsiyeti, rengi, ırkı, etnik kökeni gibi bilgilere ulaşılabilir. Nitekim genetik test için elverişli bir örneklem üzerinden yalnızca kimlik doğrulama değil, kimlik tespiti yapılabilmesi dahi söz konusu olabilir<sup>24</sup>. Bu husus, ayrımcılık ile ilişkili bazı olumsuz uygulamalarda genetik bilgilerin kullanılması sonucunu getirebilir. İlgili kişi ile yüz yüze görüşme yapılmayan bir ortamda tükürük örneğinden kadın olduğunun ya da belli bir ırka mensup olduğunun anlaşılması sonrasında ayrımcılık ile karşılaşması bu duruma örnek olarak gösterilebilir. Belirtmek gerekir ki bu gibi ayrımcılık temellerinin yanlış genetik varsayımlar ile yakın ilişkisi bulunmaktadır. Nitekim bir ırkçı için ırk bir kişinin ahlakı, hareketleri ve yapısı hakkında çok şey söylemektedir. Bu açıdan ırkçının çarpık düşünce sisteminde ırkın genetiği belirlediği kabulü bulunur. Oysaki genom, kişinin ırkı hakkında bilgi sunsa da ırk, kişinin genomu hakkında çok az şey söylemektedir<sup>25</sup>. Benzer bir durum, misojenistler (kadın düşmanları) için de geçerlidir<sup>26</sup>. Her ne kadar ırkçılar genetik alanındaki araştırmaları çarpıtarak kullanma yönünde son derece istekli olsalar da kanımızca bu alandaki bilimsel bilgi, tam tersi yönde etki yaratmaktadır. Nitekim insan genomu üzerindeki çalışmalar, irksal farklılıkların, bir ırkın kendi içinde gösterdiğine kıyasla daha az varyasyon yarattığını ortaya koymaktadır<sup>27</sup>. Bu durumun

---

genetik ayrımcılığı önlemeye yönelik düzenlemeleri ise oldukça önemli bulduklarını gösteren araştırmalar için bkz. Rene Almeling, Shana Kushner Gadarian, “Public opinion on policy issues in genetics and genomics”, *Genetics in Medicine*, S. 16, Y. 2014, s. 491-494; U.S. Public Opinion on Uses of Genetic Information and Genetic Discrimination, *Genetics & Public Policy Center*, 24 Nisan 2007, [http://www.pewtrusts.org/~media/legacy/uploadedfiles/phg/content\\_level\\_pages/reports/ginapublicopiniongeneticinformationdiscriminationpdf.pdf](http://www.pewtrusts.org/~media/legacy/uploadedfiles/phg/content_level_pages/reports/ginapublicopiniongeneticinformationdiscriminationpdf.pdf), (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

<sup>24</sup>Son dönemde araştırma merkezlerinin, kişilerin kimliklerini DNA’ları üzerinden hızlı ve doğru bir şekilde tanımlamayı sağlayan yöntemlerin geliştirildiğine ilişkin duyuruları dikkat çekmektedir. Bkz. “New Software Can Verify Someone’s Identity by Their DNA in Minutes”, 29 Kasım 2017, <http://news.columbia.edu/content/New-Software-Can-Verify-Someones-Identity-by-their-DNA-in-Minutes>, (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

<sup>25</sup>Siddhartha Mukherjee, s. 352.

<sup>26</sup>Toplumsal cinsiyete dayalı ayrımcılığın, cinsiyet rollerinin “doğal” ve değişmez, bir başka anlatımla biyolojik varlığımız ile ilişkili olduğu varsayımına dayalı olduğu yönünde yanlış bir varsayımaya dayandığına ilişkin bir değerlendirme için bkz. Aksu Bora, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 175-188.

<sup>27</sup>Siddhartha Mukherjee, s. 350-351.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

mantıki sonucu, insanların ırk temelinde ayrışmasındansa ortaklıklar nedeniyle birleşmesi olacaktır.

Bu noktada çalışmanın sınırını bir kez daha çizmek gerekir. Bu çalışmada kullanıldığı şekliyle genetik ayrımcılık yasağı yukarıda belirtilen-ırk, cinsiyet ve bunun gibi-temellerden hareketle ortaya çıkan ayrımcı uygulamaları kapsamamaktadır. Nitekim kökleri oldukça eskiye dayanan bu ayrımcılık nedenleri genetik biliminin sunduğu bir veriye dayanmamaktadır. Oysa genetik ayrımcılık, bireylerin ya da yakınlarının mevcut ya da zannedilen genetik karakteristiğine dayalı olarak ayırık muameleye tabi tutulması olarak tanımlanmaktadır<sup>28</sup>. Ayrımcılığın “*normal*” insan genotipinden farklı bir varyasyona sahip olanlara yöneltildiği görülmektedir. Burada genetik alanındaki gelişmeler sonucunda ortaya konan bilginin ayrımcı uygulamalara neden olması ya da neden olma tehlikesi söz konusudur. Bu nedenle çalışmamızda özellikle genetik test sonuçlarınının yaratabileceği ayrımcılık potansiyeline yoğunlaşılmaktadır.

### **B. Genetiğin müstesnalığı**

Genetik testler ile ulaşılan bilgilerin özel bir tür ayrımcılık yaratma potansiyeli değerlendirilirken ilk olarak bu yeni alanın sınırları belirlenmelidir. Ortaya çıkan temel soru, genetik bilginin sağlık bilgisi gibi diğer bilgi türlerinden farklı özellikler taşıyıp taşımadığıdır. Bu değerlendirme önemlidir, çünkü eğer bir farklılık bulunmuyorsa genetik ayrımcılığın özel olarak düzenlenmesi ve değerlendirilmesi gerekmeyecektir. Nitekim genetik bilgi, sağlık bilgisinin kapsadığı, ondan ayrılmayan bir bilgi türü ise genetik ile doğrudan ilişkili değil, genel nitelikli düzenlemeler kabul etmek gerekecektir<sup>29</sup>. Aksi durumda ise genetiğin kendine özgü yapısı dikkate alınarak ayrı hukuksal güvenceler kabul edilmelidir.

Belirtilen sorulara ilişkin tartışma genellikle, “*genetik müstesnalık*” (genetic exceptionalism) başlığı altında gelişmektedir. Bu kavram, genetik bilginin sağlık ile ilgili diğer bilgilerden daha hassas olduğu, bu nedenle onlardan ayrı değerlendirilmesinin gerektiği düşüncesine dayanır. Bu kapsamda genetik bilginin farklı sosyal, etik ve hukuksal soru(n)lar ortaya

---

<sup>28</sup>Annet Wauters, Ine Van Hoyweghen, “Global trends on fears and concerns of genetic discrimination: a systematic literature review”, *Journal of Human Genetics*, Y. 2016, s. 61, s. 275; Marvin R. Natowicz, Jane K. Alper, Joseph S. Alper, s. 466.

<sup>29</sup>Deborah Hellman, “What Makes Genetic Discrimination Exceptional?”, *American Journal of Law and Medicine*, Y. 2009, C. 29, s. 78.

koyduğu düşünülmektedir<sup>30</sup>. Estonya, Fransa, Almanya gibi bazı devletlerde genetik müstesnalık yaklaşımının yasal düzenlemelere de yansıdığı görülmektedir<sup>31</sup>. Bu görüşün taraftarları olduğu gibi, sağlık temelinde ayrımcılığı yasaklayan ve koruma getiren hükümlerin bu alanda ayrımcılığın önlenmesi için yeterli olduğunu savunanlar da bulunmaktadır<sup>32</sup>. Bazı yazarlar ayrıca genetik bilgiler ile sağlık bilgilerini ayırmanın hem teorik olarak hem uygulamada olanaksız olduğunu ileri sürmektedir<sup>33</sup>.

Bu noktada bir değerlendirme yapabilmek için öncelikle genetik bilginin kendine özgü özellikleri belirlenmelidir. Kanımızca bu özellikler şöyle sıralanabilir<sup>34</sup>:

(i) *Benzersizlik*: Her bir kişinin genetik kodu diğerlerinden farklıdır<sup>35</sup>. Bu nedenle genetik bilgi, bir kimsenin başkalarından ayrılmasını sağlayacak işaretler içerir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi<sup>36</sup> de çeşitli kararlarında DNA profillerinin büyük miktarda benzersiz kişisel veri içerdiğine işaret etmiştir<sup>37</sup>. Genetik bilgiden hareketle kimlik belirleme yapılabilmesi sağlık bilgileri ile farklılaşan bir yönünü oluşturur<sup>38</sup>.

<sup>30</sup>Kristen L. Burge, “Personalized Medicine, Genetic Exceptionalism, and the Rule of Law: An Analysis of the Prevailing Justification for Invalidating BRCA 1/2 Patents in Association of Molecular Pathology v. USPTO”, Washington Journal of Law, Technology and Arts, Y. 2013, C. 8, S.4, s. 523.

<sup>31</sup>Yan Joly, Ida Ngueng Feze, Lingqiao Song, Bartha M. Knoppers, “Normative Approaches to Adress Enetic Discrimination: Placebo or Panaces?”, 6 Mart 2017, s.21 vd., <https://ssrn.com/abstract=2911199> (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

<sup>32</sup>Janneke Gerards, “General Issues Concerning Genetic Information”, Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective”, haz. Janneke H. Gerards, Aalt-Willem Heringa, Heleen L. Janssen, Intersentia, Hollanda 2005, s. 5-6.

<sup>33</sup>Mark A. Rotstein, Mary R. Anderlik, “What is genetic discrimination, and when and how can it be prevented?”, Y. 2001, S. 5, C. 3, s. 357. (354-358)

<sup>34</sup>Burada değerlendirilen özellikler belirlenirken temel olarak şu kaynaktan yararlanılmıştır: Working Document on Genetic Data, Article 29 Data Protection Working Party, 12178/03/EN WP 91, 17 Mart 2004, s. 4.

<sup>35</sup>Yapılan çalışmalar aynı yumurta ikizlerinin bile genetik yapısının birebir aynı olmadığını ortaya koymaktadır. Bkz. Carl E.G. Bruder ve diğ., “Phenotypically Concordant and Discordant Monozygotic Twins Display Different DNA Copy-Number-Variation Profiles”, American Journal of Human Genetics, Y. 2008, C. 82, S. 3, s. 763-771.

<sup>36</sup>Bundan böyle *AIHM* olarak anılacaktır. Ayrıca bkz. Anne Casselman, “Identical Twins’ Genes Are Not Identical”, Scientific American, 3 Nisan 2008.

<sup>37</sup>Örneğin bkz. Aycauer Fransa’ya karşı, 8806/12, 22 Ekim 2017.

<sup>38</sup>Erin D. Williams, Amanda K. Sarata, C. Stephen Redhead, “Genetic Discrimination: Overview of the Issue and Proposed Legislation”, Genetic Discrimination, haz. Leana J. Albertson, Nova Science Publishers Inc., ABD 2008, s. 8.



(ii) *Görünmezlik*: Genetik bilgiler, fenotipe (dış yapıya) yansımamış ise, genetik testler yapılmaksızın görülemeyen bilgiler içerir. Bu açıdan taşıyıcı tarafından bilinmeyen bilgiler sunar<sup>39</sup>. Bu durum özellikle bilgiye başkalarının erişmesi halinde önemli sorunlara neden olabilir. Nitekim genetik bilgi üçüncü kişilerin eline geçtiğinde, ilgilinin kendisi hakkında bilmediği, bilmek istemediği ya da kesinlikle başkalarının bilmesini istemeyeceği bilgiler bu kişilerce bilinebilecektir<sup>40</sup>.

(iii) *Kapsamlılık*: Genetik bilgi, yalnızca ilgili kişiye ilişkin değil, başkalarına ilişkin bilgiler de içerebilmektedir. Kişinin kan bağı olan yakınları, mevcut ve olası çocukları bu kapsamdadır. Ayrıca belirli bir gruba ilişkin bilgiler de içerebilir. Örneğin bir etnik grubun karakteristiğinin belirlenmesini sağlayabilir<sup>41</sup>.

(iv) *Çeşitlilik*: Genetik testler bugünkü ve gelecekteki sağlık durumumuza ilişkin çok çeşitli bilgiler sunar. Genetik alanındaki gelişmeler düşünüldüğünde ilerleyen dönemde daha da çeşitli bilgilere ulaşılabileceği öngörülebilir. Örneğin yakın tarihli bazı araştırmalar, genetik testler ile kişinin zekâ düzeyinin öngörülebileceğini ileri sürmektedir. Bu iddiaya göre insanın zekâsı yüzde elli ile yüzde yetmiş beş oranında kalıtsal olabilir<sup>42</sup>. AİHM de çeşitli kararlarında DNA profilinin özellikli niteliğine vurgu yapmıştır<sup>43</sup>.

(v) *Değiştirilmesindeki güçlük*: Genetik bilgi, ilgili kişinin özgür iradesi ile etki edebileceği ya da değiştirebileceği bir bilgi türü değildir. Bu açıdan dini inanç, siyasal düşünce gibi ayrımcılığa neden olabilen diğer konulardan

<sup>39</sup>Aisling de Paor, Noel Lownes, “Tracing the history, evolution and future orientation of genetic science and technology”, Genetic Discrimination, Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response, haz. Gerard Quinn, Aisling de Paor, Peter Blanck, Routledge, ABD 2015, s. 21.

<sup>40</sup>Patricia A. Roche, George J. Annas, “Genetic DNA Databases That Identify Donors Create High Risks of Abuse”, DNA Databases, ABD 2007, s. 59.

<sup>41</sup>Working Document on Genetic Data, s. 4.

<sup>42</sup>Sarah Knapton, “DNA tests can predict intelligence, scientists Show for first time”, The Telegraph, 12 Mart 2018.

<sup>43</sup>Örneğin bkz. S, Marper Birleşik Krallık kararı, 30562/04, 30566/05, 4 Aralık 2008. Başvuru konusu olay, gözaltına alınan ancak daha sonra haklarında yargılama süreci başlatılmayan başvuru sahiplerinin hücre örneklerinin ve parmak izlerinin alınması ve bunların ulusal veri bankasına kayıt edilmesine ilişkindir. AİHM öncelikle hücre örnekleri, DNA profili ve parmak izi kayıtları arasında bir derecelendirme yapmıştır. Bu noktada Mahkemenin DNA profilinin özellikli niteliğine vurgu yaptığı görülmüştür. Öte yandan üzerlerine atılı suçlardan aklanmalarına karşın, bu kişilere ilişkin profillerin ulusal DNA veri bankasına aktarılmasını ve bu noktada yeterli önlemlerin alınmamasını Mahkeme, 8.maddenin ihlali olarak değerlendirmiştir.

ayrılır. Bireysel denetimin dışındaki bilgiler, kişinin kim olduğu ile değil, ne yaptığıyla ilgilenilmesini öğütleyen ahlaki temel dolayısıyla ayrımcılıkla ilgili olarak hassas bir alanı oluşturur. Genetik bilgide değişiklik yapılması, parmak izi gibi kişiyi diğerlerinden ayıran başka bilgi türlerinden bile daha güçtür. Nitekim parmak izinin aksine bir kişinin DNA'sını ameliyatla ya da ellerini keserek değiştirmesi ya da ulaşılamaz kılması olanaklı değildir<sup>44</sup>. Genetik bilginin sabitliği olarak da ifade edilebilecek bu özellik, çoğu sağlık bilgisinden ayrılan yönünü de oluşturur.

(vi) *Ulaşılabilirlik*: Genetik bilgi, başta kan ve tükürük örneği olmak üzere çeşitli materyallerden elde edilebilir. Genetik analiz yapılabilecek örnekler çoğu zaman kolaylıkla ulaşılabilirliği bu testlerin ilgili kişinin haberi olmaksızın gerçekleştirilmesi riskini beraberinde getirir. Genomun ilgilinin kimliğini de ortaya çıkarabilecek bir bilgi türü olması ise riski daha da ciddi kılmaktadır<sup>45</sup>.

Kanımızca bu özellikler genetik bilgileri ayrımcılık temeli oluşturabilecek başka bilgi türlerinden daha hassas bir noktada konumlandırırmaktadır. Kamuoyunda da benzer bir algı olduğu söylenebilir. Örneğin, ABD ve İspanya yurttaşlarına yönelik yapılan bir araştırma katılımcıların %69,7'sine göre genetik bilginin özel bazı risklere neden olduğunu ortaya koymaktadır<sup>46</sup>. Burada dikkat çekilmesi gereken bir başka konu ise, genetik bilginin çoğu zaman kişinin gelecekte karşılaşabileceği sağlık sorunlarına ilişkin bir olasılık sunmasıdır. Bu durum, genetik ayrımcılık yasağını, özel olarak değerlendirmeyi gerekli kılar. Aşağıda inceleneceği üzere, konuya ilişkin uluslararası insan hakları metinlerinde de bu hususa ilişkin özel hükümler yer almaktadır.

<sup>44</sup>Simon Garfinker, Database Nation, The death of privacy in the 21st Century, ABD 2000, s. 48.

<sup>45</sup>Her ne kadar uygulamadaki örneklerine ilişkin tartışmalar sürse de kişinin genomundan görüntüsüne ulaşılabilirliğini ileri süren çalışmalar dikkat çekmektedir. "Researchers produce images of people's faces from their genomes", The Economist, 9 Eylül 2017. Bu noktada ilginç bir örnek 2015 yılında Hong-Kong'da yaşanmıştır. Sokakların temiz tutulmasına yönelik farkındalığı arttırmak amacıyla sokağa atılan izmarit gibi nesnelere DNA örnekleri toplanmıştır. Bu örneklerden sokaklara bu maddeleri atan kişilerin tahmini görüntüleri ortaya çıkarılmış ve şehrin en işlek yerlerindeki reklam panolarında bu resimler yayınlanmıştır. Aza Wee Sile, "Hong Kong's 'name and shame' litter campaign", CNBC, 25 Kasım 2015, <https://www.cnbc.com/2015/04/23/hong-kongs-name-and-shame-litter-campaign.html> (Erişim tarihi: 28 Nisan 2018).

<sup>46</sup>Miguel Ruiz-Canela, Daniel P. Sulmasy, "What Research Participants Want to Know About Genetic Research Results: The Impact of "Genetic Exceptionalism"", Journal of Empirical Research on Human Research Ethics: An International Journal, Y. 2011, C. 6, S. 3, s. 39-46.

## II. Genetiği İnsan Hakları Ekseninde Düşünmek: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi

### A. Genel olarak ayrımcılık yasağı

Ayrımcılık yasağına ilişkin hükümler ulusal ve uluslararası pek çok metinde düzenlenmiştir. Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi<sup>47</sup>, “*insanlık ailesinin bütün üyelerinde bulunan haysiyetin ve bunların eşit ve devir kabul etmez haklarının tanınması hususunun, hürriyetin, adaletin ve dünya barışının temeli olması*” ifadesi ile başlamaktadır. İnsan hakları alanının ilkesel düzeyde belki de en önemli metni olan Beyannamenin eşitliği eksen kavram olarak değerlendirmesi önemlidir. Beyannamenin 1. maddesinde eşitliğe vurgu yapılmış ve 7. maddesinde ise ayrımcılık yasağı düzenlenmiştir<sup>48</sup>.

Ayrımcılık yasağını düzenleyen uluslararası sözleşmelerde çoğunlukla bu konuda ayrıntılı bir tanım bulunmamaktadır<sup>49</sup>. Öğretide ise farklı tanımlar saptanabilir<sup>50</sup>. Ayrımcılık yasağının unsurlarını anlamak için bize yardımcı olabilecek bazı ifadeler BM Her Türlü Irksal Ayrımcılığın Ortadan

<sup>47</sup> Universal Declaration of Human Rights, United Nations, 10 Kasım 1948 (Bundan böyle İHEB olarak anılacaktır).

<sup>48</sup>İHEB'nin 1. maddesi şöyledir: “*Bütün insanlar hür, haysiyet ve haklar bakımından eşit doğarlar. Akıl ve vicdana sahiptirler ve birbirlerine karşı kardeşlik zihniyeti ile hareket etmelidirler*”. Beyanname'nin 7. maddesi ise şu hükmü düzenler: “*Herkes yasa önünde eşittir ve ayırım gözetilmeksizin yasanın korunmasından eşit olarak yararlanma hakkına sahiptir. Herkesin bu Bildirgeye aykırı her türlü ayırım gözetici işleme karşı ve böyle işlemler için yapılacak her türlü kışkırtmaya karşı eşit korunma hakkı vardır*”.

<sup>49</sup>İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, haz. Burcu Yeşiladalı, Gökçeçiçek Ayata, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011, s. 10. Ayrımcılığa ilişkin uluslararası sözleşmelerde yer alan ilk tanımın ILO'nun (International Labour Organization (Uluslararası Çalışma Örgütü); bundan böyle “ILO” olarak anılacaktır) 111 No'lu Ayrımcılık (İş ve Meslek) Sözleşmesi'nde yer aldığı kabul edilmektedir. Zeynep İspir, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2016, s. 169. Sözleşme uyarınca ayırım, “*İrk, renk, cinsiyet, din, siyasal inanç, ulusal veya sosyal menşeye bakımından yapılan iş veya meslek edinmede veya edinilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan her türlü ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı; İlgili üye, memleketin, varsa temsilci, işçi ve işveren teşekkülleri ve diğer ilgili makamlarla istişare etmek suretiyle tespit edeceği, meslek veya iş edinmede veya edilen iş veya meslekte tabi olunacak muamelede eşitliği yok edici veya bozucu etkisi olan bütün diğer ayrılık gözetme, ayrı tutma veya üstün tutmayı*” ifade eder. Bkz. 111 Nolu Sözleşme Ayrımcılık (İş Ve Meslek) Sözleşmesi (ILO Kabul Tarihi: 4 Haziran 1958; Kanun Tarih ve Sayısı: 13 Aralık 1966/811; Resmî Gazete Yayın Tarihi ve Sayısı: 22 Aralık 1966/12484; Bakanlar Kurulu Kararı Tarih ve Sayısı: 2 Eylül 1967/6-8730; Resmî Gazete Yayın Tarih ve Sayısı: 21 Eylül 1967/12705), m. 1.

<sup>50</sup>Kısa bir değerlendirme için bkz. Zeynep İspir, s. 168-171.

Kaldırılması Sözleşmesi'nde<sup>51</sup> yer almaktadır. Nitekim Sözleşmenin 1. maddesinde ırk ayrımcılığı, *“ırk, renk, soy, ulusal ya da etnik kökene dayanarak, insan haklarının ve temel özgürlüklerin siyasi, ekonomik, sosyal, kültürel alanda ya da kamusal yaşamın herhangi bir başka alanında ve eşitlik temelinde tanınmasını, kullanılmasını veya bunlardan yararlanılmasını geçersiz kılma ya da zayıflatma amacına ya da etkisine sahip herhangi bir ayırım, dışlama, kısıtlama ya da tercih”* olarak tanımlanmaktadır<sup>52</sup>.

Belirtilen hükümde yer alan ilkelerden hareketle, ayrımcılığın siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel alanlarda veya kamusal yaşamın başka bir alanında görülebileceği söylenebilir. Bu, ayrımcılığı ve dolayısıyla ayrımcılık ile mücadeleyi tek bir alanla sınırlamama gereğini de ortaya koyar. Bu açıdan ayrımcılığın insanlar arası ilişkilerde ortaya çıkan bir sorun olduğu da dikkatten kaçmamalıdır<sup>53</sup>. Bunu ayrımcılığın çeşitli türleri açısından değerlendirmek olanaklıdır. Nitekim ayrımcılık genellikle doğrudan ve dolaylı ayrımcılık olarak ikiye ayrılarak incelenir. Doğrudan ayrımcılık, *“aynı veya benzer konumdaki kişilerden biri veya bir kısmı bakımından daha olumsuz sonuçlar yaratan veya böyle bir sonucun ortaya çıkması ihtimalini doğuran farklı bir muamele”*yi ifade eder. Dolaylı ayrımcılık ise *“herkes için aynı şekilde geçerli ve görünüşte tarafsız olan, ancak bazı kişi ve gruplar üzerinde diğerlerinden farklı olarak veya diğer gruplardan daha fazla olumsuz etkiler yaratan yasal düzenleme, uygulama ve tedbirler”* olarak tanımlanmaktadır<sup>54</sup>. Dolaylı ayrımcılığın tanımlanması ve yasaklanması, ayrımcılığın önlenmesi için *“şekli eşitlik”*in yeterli olmadığını da ortaya

<sup>51</sup>International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 21 Aralık 1965, Yürürlük tarihi: 4 Ocak 1969.

<sup>52</sup>Sözleşmenin belirtilen hükmünün çevirisinde yararlanılan kaynak için bkz. Mehmet Semih Gemalmaz, “Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunda Ayrımcılık Yasağı ve Eşitlik İlkesi Bağlamında ‘Özel Önlemler’, ‘Geçici Özel Önlemler’, ‘Pozitif Edim’ ve ‘Destekleyici Edim’, Prof. Dr. Tuncer Karamustafaoglu’na Armağan, Adalet Yayınevi, Ankara 2010’dan aktaran; Gökçen Alpkaya, “BM’de İrsal Ayrımcılık Yasağı, Erken Uyarı ve Soykırım Suçunun Önlenmesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 66, S. 3, Y. 2011, s. 6.

<sup>53</sup>Melek Göregenli, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıp yargı ve Ayrımcılık”, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.17-28.

<sup>54</sup>İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, s. 14-15. Doğrudan ve dolaylı ayrımcılığın bazı hukuksal metinlerde tanımlandığı da görülmektedir. Örneğin bkz. Directive 2006/54/EC of The European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), (OJ EU L 204/23, 26 Temmuz 2006), m. 2/1, a,b; Council Directive 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, (OJ EC L 180/22, 19 Temmuz 2000), m. 2/2,a,b.

koymaktadır. Farklılıkların göz ardı edilmesine değil, gözetilmesine dayalı maddi eşitlik anlayışı bu nedenle gereklidir<sup>55</sup>.

Ayrımcılık yasağı, yukarıda işaret edilenler dışında başka pek çok uluslararası metinde de düzenlenmiştir<sup>56</sup>. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi<sup>57</sup> 14. madde ve Sözleşmeye Ek 12. Protokol<sup>58</sup> ile bu alanda güvence getirmiştir. AİHS'in 14. maddesi Sözleşme hükümleri ile sınırlı olmak üzere ayrımcılığı açıkça yasaklamaktadır. Bu hükme göre AİHS'de *“tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır”*. Sözleşmeye Ek 12. Protokol ise ayrımcılık yasağını *“hukuken tanınmış bütün haklar”* açısından genişletmiştir<sup>59</sup>.

AİHS'de ayrımcılık nedeni olarak gösterilen hususlar numerus clausus (sınırlı sayım) değildir. Bu nedenle kalıtsal özelliklerin de ayrımcılık nedeni olarak koruma göreceği söylenebilir. Doğrudan bu konuya ilişkin düzenleme içeren ilk uluslararası sözleşme ise 1997 yılında kabul edilmiştir. Bu sözleşme, temel dayanağı *“insanın önceliği”* olarak belirlenen Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi'dir<sup>60</sup>. Aşağıda belirtileceği üzere, bu Sözleşme ile AİHS'in 14. maddesinde ayrımcılık temeli oluşturan hususların arasına genetik ayrımcılığın da eklendiği kabul edilmektedir.

<sup>55</sup>İdil Işıl Gür, Ulaş Karan, s. 7.

<sup>56</sup>Örneğin bkz. BM Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, m. 2, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, m. 2, BM Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, m. 2, Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi, m. 1.

<sup>57</sup>Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Council of Europe, 4 Kasım 1950, Roma (Bundan böyle *AİHS* olarak anılacaktır).

<sup>58</sup>Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, ETS No. 177, 4 Kasım 2000, Roma (Bundan böyle AİHS 12. Protokol olarak anılacaktır).

<sup>59</sup>AİHS 12. Protokol'ün 1/1 hükmü şöyledir: *“Hukuken temin edilmiş olan tüm haklardan yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasi veya diğer kanaatler, ulusal ve sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya herhangi bir diğer statü bakımından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlanır”*.

<sup>60</sup>Mart 2018 itibarıyla Sözleşmeye 29 devlet taraftır, 6 devlet ise Sözleşmeyi imzalamış ancak henüz onaylamamıştır. “Chart of signatures and ratifications of Treaty 164”, Council of Europe, [https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p\\_auth=Db2XwG9z](https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/164/signatures?p_auth=Db2XwG9z) (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018). Türkiye 5013 sayılı Yasa ile 3 Aralık 2003 tarihinde Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuştur ve Sözleşme Türkiye açısından 1 Kasım 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Biyotıp Sözleşmesi uyarınca, “*insanın menfaatleri ve refahı, bilim veya toplumun menfaatlerinin üstünde tutulacaktır*”<sup>61</sup>. Sözleşmenin henüz ilk satırlarında, gelişen bilim ve teknoloji karşısında bireyin korunması kaygısı hissedilmektedir. Sözleşme’de biyoloji ve tıp alanındaki gelişmelerde insanın öncelenmesine yönelik bazı temel hususlara işaret edilmiştir. Kanımızca Biyotıp Sözleşmesinin incelenmesi genetik ayrımcılık yasağına hukuksal yaklaşımın değerlendirilmesine katkı sağlayacaktır. Bunun nedeni yalnızca Sözleşmenin bu alandaki ilk bağlayıcı uluslararası metin olması değildir. Belki bundan daha önemlisi biyotıp ve insan hakları kesişimindeki konulara ilişkin bir bakış açısı ortaya koyuyor olmasıdır. Genetik ayrımcılık yasağı da bu kapsamdadır.

### **B. Genetik, insan onuru ve ayrımcılık yasağı**

Biyotik Sözleşmesi’nin Başlangıç bölümünde ilişkili diğer Avrupa Konseyi metinlerine atıf yapılmış<sup>62</sup> ve Sözleşme’nin kabul edilme sürecinde dikkate alınan hususlara işaret edilmiştir. Bu hususlar, genetik ayrımcılık yasağı da dahil olmak üzere, biyoetik alanındaki gelişmeler karşısında insan haklarının korunmasında izlenecek fikrîsel yolu da çizmektedir. Dikkate alınan bu hususlar şöyledir:

- Biyoloji ve tıp alanında gittikçe aran bir hızla ortaya çıkan gelişmeler,
- İnsana hem birey hem insan türünün bir üyesi olarak saygı gösterilmesi gereksinimi,
- İnsan onurunu güvence altına almanın önemi,
- Biyoloji ve tıbbın kötüye kullanımının insan onurunu tehlikeye sokabilecek eylemlere neden olabileceği,
- Biyoloji ve tıptaki ilerlemenin şimdiki kuşağın ve gelecek kuşakların yararı için kullanılması gerektiği,
- Biyoloji ve tıbbın yararlarından tüm insanlığın faydalanabilmesi için uluslararası iş birliğine gereksinim duyulması,
- Biyoloji ve tıbbın uygulanmasında ortaya çıkan sorular ve bunlara verilecek cevaplar üzerine bir kamuoyu tartışmasının açılmasının teşvik edilmesi.

Sözleşme hükümleri açısından genetik ayrımcılık yasağı değerlendirilirken bu temel belirleyicilerin akılda tutulması önemlidir.

<sup>61</sup>Biyotıp Sözleşmesi, m. 2.

<sup>62</sup>İnsan Hakları Evrensel Beyanamesi, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunması Sözleşmesi, Avrupa Sosyal Şartı, Uluslararası Medeni ve Siyasal Haklar Sözleşmesi, Uluslararası Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi, Kişisel Verilerin Otomatik İşlemesine Karşı Bireylerin Korunması Sözleşmesi ve Çocuk Hakları Sözleşmesi.

Özellikle “*insan onuru*”na yapılan vurgu değerlendirilebilir. Nitekim insan, kalıtsal özellikleri her ne olursa olsun hem birey hem insan türünün bir üyesi olarak saygı görmeli ve onuru korunmalıdır. İnsan onuru, tanımlanması oldukça zor bir kavramdır, uzun bir geçmişi vardır ve bu süreç içinde hem dini hem seküler düşünce geleneklerinde yer almıştır<sup>63</sup>. Genel olarak insanın yalnızca insan olması nedeniyle sahip olduğu değere işaret ettiği ve insan haklarının dayandığı temel değer olduğu söylenebilir<sup>64</sup>. Avrupa Birliği’nin insan hakları alanında anayasası olarak kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Birinci bölümünün kenar başlığının “onur”, 1. maddesinin kenar başlığının ise “*İnsan onuru*” olması bu ilişkiyi ortaya koyan bir işarettir<sup>65</sup>.

İnsan onuru, insan hakları geleneğinde olduğu gibi, geleceğinde de eksen kavram olacak gibi görünmektedir. Nitekim yeni gelişmeler ile ortaya çıkan yeni sorulara yanıt ararken bir değer bütünü olarak insan onuru önemli bir hareket noktası sunmaktadır. Ancak bu görüşün oydaşma ile kabul edilmediği belirtilmelidir. Nitekim kimi yazarlar özellikle biyoteknoloji alanında “*insan onuru*” kavramının kullanımını “*yararsız*”<sup>66</sup>, “*isabetsiz*”<sup>67</sup> ya da nasıl uygulanacağı belirlenmemesi halinde “*içi boş retorik bir slogan*” olarak

<sup>63</sup>Deryck Beyleveld, Roger Brownsword, “Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics”, *The Modern Law Review*, C. 61, S. 5, Y. 1998, s. 665. Bir değer olarak insan onuruna ilişkin kapsamlı bir değerlendirme için bkz. Paul Tiedemann, “Human Dignity as an Absolute Value”, *Human Dignity as a Foundation of Law*, Franz Steiner Verlag, Almanya 2013, s. 25-40.

<sup>64</sup>Türk Anayasa Mahkemesi bir kararında insan onurunu şöyle tanımlamıştır: “... insan haysiyeti kavramı, insanın ne durumda, hangi şartlar altında bulunursa bulunsun sırf insan oluşunun kazandırdığı değerini sayılması ve tanınmasını anlatır. Bu öyle bir davranış çizgisidir ki, ondan aşağı düşünce, muamele ona muhatap olan insanı, insan olmaktan çıkarır. İnsan haysiyeti kavramını, toplumların kendi görenek ve geleneklerine ve topluluk kurallarına göre saygıya değer olabilmesi için bir insanda bulunmasını zorunlu gördükleri niteliklerle karıştırmamak gerekir”. AYMK, K. 1966/29, 28 Nisan 1966; Hamide Tacir, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul 2011, s. 292.

<sup>65</sup>Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı’nda “insan onuru”na ilişkin hükümlerin düzenlenişini değerlendiren bir çalışma için bkz. Zafer Gören, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, *İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi*, S. 12, C. 2, Y. 2007, s. 21-37.

<sup>66</sup>Ruth Macklin, “Dignity is a useless concept”, *British Medical Journal*, Y. 2003, S. 327, s. 1419-1420.

<sup>67</sup>Timothy Caulfield, Audrey Chapman, “A human dignity as a criterion for science policy”, *PLoS Med*, Y. 2005, C. 2, S. 8, <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.0020244> (Erişim tarihi: 26 Nisan 2018).

değerlendirmektedir<sup>68</sup>. Kanımızca bu yaklaşım doğru değildir. Bu noktadaki gerekçelerimizi ortaya koyabilmek için bu ilişkiye, Biyotıp Sözleşmesi'nden de daha açık ifadelerle işaret eden, bir uluslararası metne: UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ne<sup>69</sup> başvurmak yararlı olabilir. Bildirge, henüz ilk maddesinde insan onuru ekseninde genom aracılığıyla birleşen ve aynı zamanda bireyselleşen büyük bir aileye: insanlık ailesine işaret eder. UNESCO bildirgesinin izleyen hükümlerinde de genetik özellikleri ne olursa olsun herkesin onuruna ve haklarına saygı gösterilmesi hakkı düzenlenmiştir. Ayrıca bu onur, bireyleri genetik özelliklerine indirgememeyi ve insanların benzersizlik ve çeşitliliğine saygı gösterilmesini de zorunlu kılar<sup>70</sup>. Kanımızca bu yaklaşım “*geleneksel*” ile “*yeni*”nin kaynaştırılması açısından önemlidir. Genetik bilimindeki gelişmeler, insan hakları merceğinden değerlendirilmektedir.

Bu yaklaşım Biyotıp Sözleşmesi'nin hükümlerine de yansımıştır. Genetik alanındaki gelişmelerin sunduğu olanakların insan onuruna zarar verici amaçlarla kullanılması Sözleşme'ye aykırılık oluşturur. Özellikle Sözleşme'nin “*İnsan Genomu*” başlıklı dördüncü bölümünde bu yaklaşımın izleri bulunabilir. Bu bölümde ayırım yapmamaya, genetik öngörü testlerine, insan genomu üzerinde müdahalelere ve cinsiyet seçmemeye ilişkin dört madde düzenlenmiştir<sup>71</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi'nin 11. maddesi genetik ayırmacılık yasağını düzenleyen temel hükümdür. Buna göre, “*Bir kimseye, genetik kalıtımı nedeniyle ayırmacılık uygulanması yasaktır*”. Belirtmek gerekir ki kalıtsal

<sup>68</sup>Timothy Caulfield, Roger Brownsword, “Human Dignity: a Guide to Policy Making in the Biotechnology Era”, Nature Reviews, C. 7, Ocak 2006, s. 76. Hatta biyoteknoloji uygulamaları söz konusu olduğunda kimi yazarların insan onuruna vurgu yapan yaklaşımı, “onurculuk ittifakı” (dignitarianalliance) olarak niteledikleri görülmektedir. Bu tanımı kullananlar, biyoteknoloji ile insan onuru ile çatışma halinde görerek, bu alandaki araştırmaları sınırlamak için “insan onuru” kavramının kullanıldığını iddia etmektedir. *Ibid.*

<sup>69</sup>UNESCO Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights, 11 Kasım 1997 (UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi) (Bundan böyle “UNESCO Bildirgesi” olarak anılacaktır). Bildirge, 11 Kasım 1997 tarihinde UNESCO Genel Konferansı'nın 29. oturumunda kabul edilmiştir. BM Genel Kurulu A/RES/53/152 sayılı kararıyla 9 Aralık 1998 tarihinde konunun öneminin bilinciyle Bildirgeye desteğini açıklamıştır. “Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights”, <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/human-genome-and-human-rights/> (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

<sup>70</sup>UNESCO Bildirgesi, m. 2.

<sup>71</sup>Biyotıp Sözleşmesi m. 11-14.  
*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*



temelle ayrımcılık yapılamayacağı Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı<sup>72</sup> ve UNESCO Bildirgesi gibi başka metinler ile de güvence altına alınmıştır. ABTŞ, cinsiyet, ırk, renk, etnik veya sosyal köken, dil, din veya inanç, siyasi veya başka herhangi bir görüş, bir ulusal azınlığın üyesi olma, doğum gibi ayrımcılık yapılması yasak olan nedenler arasında “*kalıtsal özellikler*”e de açıkça yer vermiştir<sup>73</sup>. UNESCO Bildirgesi’nde ise bir kez daha insan onuruna vurgu yapılmıştır. Buna göre: “*Hiç kimse genetik özellikleri nedeni ile insan hak ve temel özgürlükleri ile onurunu ihlal etmeye yönelik veya bunları ihlal edici sonuçlar doğuracak bir ayrımcılığa maruz bırakılmamalıdır*”<sup>74</sup>.

Biyotıp Sözleşmesi’nin belirtilen hükmü AİHS’in uygulamasını etkilemiştir. Öncelikle Sözleşme’nin Başlangıç bölümünde AİHS’e işaret edildiği, AİHM’in ise çeşitli kararlarında Biyotıp Sözleşmesi’ne atıf yaptığı saptanabilir<sup>75</sup>. Ayrıca AİHS’nin 14. maddesinde sayılan, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, ulusal veya toplumsal köken... vb. gibi ayrımcılık yasağı kapsamına giren konulara Biyotıp Sözleşmesi ile genetik mirasın da eklendiği kabul edilmektedir<sup>76</sup>.

BM, AB ve AK bünyesinde kabul edilen bu üç metin, günümüzde genetik ayrımcılığın önlenmesinde uluslararası kuruluşların oydaşma içinde olduğu yönündeki görüşü<sup>77</sup> güçlendirmektedir. Benzer bir yaklaşım, genetik alanında bilimsel araştırmalar açısından da dile getirilmektedir. Buna göre bu

<sup>72</sup>Charter Of Fundamental Rights of the European Union(2000/C 364/01), OJ EC C 364/1, 18 Aralık 2000 (Avrupa Birliği Temel haklar Şartı) (Bundan böyle “ABTŞ” olarak anılacaktır).

<sup>73</sup>ABTŞ, m. 21.

<sup>74</sup>UNESCO Bildirgesi, m. 6. UNESCO bünyesinde kabul edilen konuyla ilgili diğer iki Bildirge ise şöyledir: UNESCO İnsan Genetik Verileri Uluslararası Bildirgesi (2003) ve UNESCO Biyoetik ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi (2005).

<sup>75</sup>Örneğin bkz. Glass Birleşik Krallık’a karşı, 61827/00, 3 Eylül 2004, par. 58; VO Fransa’ya karşı, 53924/00, 8 Temmuz 2004, par. 35; Lamber ve diğ. Fransa’ya karşı, 46043/14, 5 Haziran 2015, par. 59; Bataliny, Rusya’ya karşı, 10060/07, 23 Temmuz 2015, par. 55.

<sup>76</sup>Explanatory Report to the Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine, Oviedo 4, Nisan1997, par.76 (Bundan böyle “Açıklayıcı Rapor” olarak anılacaktır). Açıklayıcı Rapor’da bu kavramın aynı zamanda BM Her Türlü Irksal Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi’nde (1965) belirlenen ırk temelindeki ayrımcılık yasağını da içerdiği belirtilmiştir.

<sup>77</sup>Yann Joly ve diğ. (2017), s. 299.

araştırmaların kötüye kullanılma olasılığına karşı kültürel farklılıkları aşan bir görüş birliği bulunmaktadır<sup>78</sup>.

### C. Geleceğe bakış: Genetik öngörü testleri

İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi açısından ayrımcılık yasağı, Sözleşmenin, “genetik öngörü testleri” kenar başlıklı<sup>79</sup>, izleyen hükmü ışığında yorumlanmalıdır. Belirtilen hüküm şöyledir: “Genetik hastalıkları tanıya yönelik veya kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye ya da genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler, sadece sağlık amacıyla veya sağlık amaçlı bilimsel araştırma için ve uygun genetik danışmada bulunmak şartıyla yapılabilir”<sup>80</sup>. Bu hüküm, genetik testlerin ilgili kişinin sosyal ya da ekonomik yaşamını etkileyebilecek herhangi bir amaçla kullanılmasının Sözleşme’de yasaklandığını açıkça ortaya koyar.

Hükme aykırı davranılması durumunda ortaya çıkabilecek ayrımcılık tehlikesini değerlendirebilmek için, öncelikle hükmün kapsamını ve öngördüğü kuralı biraz daha yakından incelemek yararlı olabilir. Bu değerlendirmede yardımcı olabilmesi için belirtilen hükmün getirdiği ilke şöyle şemalaştırılabilir:

<sup>78</sup>Tuğrul Katoğlu, “Türk Hukukunun Bir Parçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Y. 2006, C. 55, S.1, s. 162.

<sup>79</sup>Biyotıp Sözleşmesi’nin resmi Türkçe çevirisinde 12. maddenin kenar başlığı “Genetik teşhise yönelik testler”dir. Bkz. Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi: İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanun (S. 5013, t. 3 Aralık 2003, RG. S. 25311, t. 9 Aralık 2003). Sözleşme’nin resmi İngilizce metninde ise belirtilen madde kenar başlığı “Predictive genetic tests”dir. Kanımızca hem sözcüksel hem amaçsal açıdan hükmün içeriğini “genetik öngörü testleri” başlığı daha doğru bir şekilde karşılamaktadır.

<sup>80</sup>Biyotıp Sözleşmesi, m. 12. Bu madde hükmünün koruduğu haklar “kamu güvenliği, suçun önlenmesi, kamu sağlığının korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için kanun tarafından öngörülen ve demokratik bir toplumda gerekli olandan başka kısıtlama konulmayacaktır”. Bkz. Biyotıp Sözleşmesi, m. 26. Bu sınırlar değerlendirilirken AİHM içtihatlarından yararlanmak gerekecektir.

Kapsam	Amaç
<ul style="list-style-type: none"> <li>- Genetik hastalıkları tanıya yönelik testler</li> <li>- Kişinin bir hastalığa neden olan bir geni taşıdığını belirlemeye yönelik testler</li> <li>- Genetik bir yatkınlığı veya bir hastalığa eğilimi ortaya çıkarmaya yönelik testler</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Sağlık</li> <li>- Sağlık amaçlı bilimsel araştırma</li> </ul> <p>Koşul: genetik danışmada bulunmak</p>

### 1. Kapsam

Biyotıp Sözleşmesi'nin 12. maddesi hükmü; tanı, taşıyıcılık ve yatkınlık belirlemeye yönelik genetik testleri içerir. Ancak embriyoya tanı amaçlı müdahalede bulunma bu kapsamda yer almamaktadır. Bu testler, embriyonun yaşamında ciddi sorunlara yol açacak kalıtsal bazı özellikler taşıyıp taşımadığını anlamaya yönelmiştir. Sözleşmenin Açıklayıcı Rapor'unda bu testlere yönelik hak üzerinde hükmün herhangi bir sınırlama getirmediği açıkça ifade edilmiştir<sup>81</sup>.

Öte yandan sözleşme hükmü kapsamındaki testlerin bazı özelliklerine işaret etmek gerekir. Yukarıda da açıklandığı üzere, genetik testler doğrudan ya da dolaylı olarak genetik mirasın (kromozomlar, genler) incelenmesi ile bir kişinin kalıtsal hastalıklarının veya bu hastalıklara yatkınlığının varlığını ortaya çıkarmayı ya da saptamayı amaçlayan tıbbi tetkiklerdir<sup>82</sup>. Bazı hastalıklara neden olabilecek genlerin taşıyıcısı olan kişiler ya da herhangi bir sağlık durumuna işaret ettiği bilinmeyen polimorfizi olanlar genetik ayrımcılık riski altında olabilir<sup>83</sup>. Hatta kimi zaman kişinin bir yakının genetik durumu nedeni ile ayrımcı uygulama ile karşılaşma olasılığı bulunur. Bu hususu biraz daha açmak için genetik analiz testlerinin ne gibi sonuçlar

<sup>81</sup>Açıklayıcı Rapor, par. 83.

<sup>82</sup>Açıklayıcı Rapor, par. 72.

<sup>83</sup>Genetik ayrımcılık riski altında olan kişiler birkaç grup altında toplanabilir: (i) Bazı hastalıklara neden olma riskini yükselten genleri taşıyan asemptomatik kişiler (örneğin, phenylketonuria ve hemochromatosis; Huntington hastalığı, neurofibromatosis type 1 ve Charcot-Marie-Tooth hastalığı...); (ii) Bazı çekinik veya X'e bağlı genetik durum taşıyıcısı ancak asemptomatik olan ve kalan kişiler (örneğin, kistikfibrozis, orak hücre hastalığı); (iii) Bir ya da daha fazla genetik-ancak her hangi bir sağlık durumuna neden olduğu bilinmeyen polimorfizmi olanlar (örneğin pek çok kan grubu polimorfizmi); Bilinen ya da farz edilen genetik durumu olan kişilerin birinci dereceden yakınları. Marvin R. Natowicz, Jane K. Alper, Joseph S. Alper, s. 466.

verdiğini incelemek yardımcı olacaktır. Nitekim konumuza açısından genetik testler beş kategori altında değerlendirilebilir. Buna göre genetik test bir kişinin<sup>84</sup>:

(i) Belirli bir hastalıktan (örneğin Huntington hastalığı) *ileride mustarip olacağını*;

(ii) *Tedavi olmaması halinde* belirli bir hastalıktan (örneğin Fenilketonüri) mustarip olacağını;

(iii) Belirli bir hastalığın *görülme olasılığını arttıran* bir karaktere sahip olduğunu;

(iv) *Belirli çevresel faktörlerle karşılaşması halinde* bir hastalığın görülme olasılığını arttıran bir karaktere sahip olduğunu ya da

(v) Taşındığı kalıtsal karakter dolayısıyla kendisinde hastalığa dönüşmemiş ama *çocuklarına geçebilecek* bir hastalığın (örneğin kistikfibrosis) taşıyıcısı olduğunu ortaya koyabilir.

Bu farklılıklarla da ilişkili olarak genetik testlerin kendi içinde tanı testleri, genetik öngörü testleri, taşıyıcılık testleri, doğum öncesi testleri, yeni doğan testleri gibi ayrımları bulunmaktadır<sup>85</sup>.

Görüldüğü üzere, genetik testler ile bir genetik bozukluğa ilişkin tanı konması olanaklı olduğu gibi, yaşamın ilerleyen evrelerinde-kanser, kalp hastalıkları, Alzeheimer gibi-bazı hastalıkların gelişme riskine ilişkin sonuçlara da ulaşılabilir. Bu noktada önemli bir husus, bu test sonuçlarının çoğunlukla kesin bir bilgi değil, bir risk ya da olasılık sunmasıdır. Ayrıca bazı durumlarda bu, ilgili kişiye değil, bu kişinin ileride doğması muhtemel çocuklarına yönelik bir risktir. Nitekim, olağan olmayan belirli bir genin saptanması pek çok örnekte taşıyıcının mutlaka hasta olacağı anlamına gelmez. Ayrıca bu testler, hastalığın gelişimi ve şiddetini de öngörememektedir. İnsanların ileride karşılaşabilecekleri hastalıklara ilişkin sonuçlar ise ilkinde göre daha da belirsizdir. Nitekim bu hastalıkların gelişme olasılığını, yaşam tarzı, kilo, sigara kullanımı gibi hususlar etkilemektedir<sup>86</sup>. Bu durumda kişi, yaşam tarzını, içinde bulunduğu ortamı ya da yeme alışkanlıklarını değiştirerek hastalıklarla karşılaşma olasılığını azaltabilir. Ancak elbette test sonuçları kesin olarak bir genetik bozukluğa işaret ediyorsa bazı durumlarda bu tarz değişiklikler etkili olmayabilir ya da etkisi çok sınırlı

<sup>84</sup>Bernd R. Beier, "Genetic Testing and the Right of Self-Determination: The Experience in the Federal Republic of Germany", Hofstra Law Review, C. 16, Y. 1987-1988, s. 610.

<sup>85</sup>"Frequently Asked Questions About Genetic Testing", US National Human Genome Research Institute, <https://www.genome.gov/19516567/faq-about-genetic-testing/> (Erişim tarihi: 26 Nisan 2018).

<sup>86</sup>Açıklayıcı Rapor, par. 78-79.  
YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)

kalabilir. Genetik test sonuçlarına ilişkin hukuksal düzlemde önemli bir başka husus ise kişinin sonuçları öğrenip öğrenmemesine ilişkindir. Nitekim ilgili kişilerin bilme hakkı yanında bilmeme hakkının da bulunduğu dikkatten kaçmamalıdır<sup>87</sup>.

## 2. Amaç

Biyotıp Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca belirtilen testler yalnızca sağlık amaçlarıyla ya da sağlık amaçlı bilimsel araştırma için uygun genetik danışmada bulunmak koşuluyla gerçekleştirilebilir. Genetik araştırmalardaki gelişmeler sağlık alanında, özellikle hastalıklarla mücadelede, pek çok olanak sunar. Bu alandaki araştırmaların sürmesi ve edinilen bilgilerden yararlanmak daha sağlıklı ve uzun bir yaşamı desteklemektedir. Bu nedenle, 12. maddesinde bu alanlarda genetik testlerin gerçekleştirilmesine izin verilmiş ve genetik testlerin sağlık alanı dışında kullanımının yaratacağı riskler dikkate alınmıştır. Genetik testlerin bireyin yararına sağlık hizmeti amacı için kullanılması ile üçüncü kişilerin, ticari de olabilecek, çıkarları arasında bir ayırım yapılmıştır<sup>88</sup>. Bu noktada özellikle iki alanda ortaya çıkan riskler üzerinde durulabilir. Bu iki alan istihdam ve sigortacılıktır: İşe alımdan önce ya da hizmet süresince tıbbi muayene çerçevesinde ya da sigorta sözleşmesi imzalanırken bu bilgilerin kullanılması ayrımcı uygulamalara neden olabilir<sup>89</sup>.

Benzer kaygılarla, istihdam ve sigortacılık alanında genetik bilgilerin kullanımına yönelik kurallar belirleyen başka metinler de bulunmaktadır<sup>90</sup>. Bunlardan biri yine Avrupa Konseyi tarafından 2016 yılında yayınlanan sigortacılık amacıyla sağlıkla ilgili kişisel verilerin işlenmesine ilişkin tavsiye

<sup>87</sup>Biyotıp Sözleşmesi'nin 10/2 hükmü uyarınca “Herkes, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahiptir. Bununla beraber bireylerin, bilgilendirilmeme istekleri de gözetilecektir”. Ancak istisnai durumlarda bu hakkın hastanın yararı için yasa hükmü ile kısıtlanması olanaklıdır. Biyotıp Sözleşmesi, m. 10/3. Ayrıca bkz. Açıklayıcı Rapor, par. 80.

<sup>88</sup>Açıklayıcı Rapor, par. 84.

<sup>89</sup>Ayrımcılığa neden olabilecek uygulamaların her iki alanda ayrı ayrı ortaya çıkabileceği gibi, bileşik olarak da görülebileceği belirtilmelidir. Nitekim pek çok büyük işveren işçilerine ücretsiz ya da indirimli sağlık sigortası sunmaktadır. Marvin R. Natowicz, Jane K. Alper, Joseph S. Alper, s. 467.

<sup>90</sup>Örneğin bkz. Article 29 Working Party, Working Document on Genetic Data, s. 8-10. İş alanında çeşitli devletlerdeki uygulamalara ilişkin örnekler için bkz. Frank Hendrickx, Protection of workers' personal data in the EU: general issues and sensitive data, 2002, s. 65 vd.

kararıdır<sup>91</sup>. Genetik testler sonucunda ulaşılan sağlık bilgileri de tavsiye kararının kapsamında yer alır. İstihdam alanında ise ILO yaklaşımına değinilebilir. *ILO, “genetik görüntülemenin yasaklanması ya da yalnızca ulusal mevzuatta açıkça izin verilen durumlarla sınırlandırılması gerektiğine”* işaret etmiştir<sup>92</sup>.

Avrupa İnsan Genetiği Topluluğu da 2003 yılında sigortacılıkta ve istihdamda genetik testlerin kullanımına ilişkin bir tavsiye metni yayınlamıştır<sup>93</sup>. Buna göre, bir kişi sigortalanmak için genetik test yaptırmaya zorlanmamalı, sigorta poliçeleri kişinin klinik amaçlarla genetik test alımını etkileyecek şekilde düzenlenmemeli, genetik bilginin gizliliği sağlanmalı ve genetik bilgi yalnızca ilgili kişi için kullanılmalıdır. İstihdam alanında ise genetik bilgi kişinin belirli bir iş kolunda dışlanması gerekçesi olmamalıdır. Bu konuda karar verilmesi gereken durumlarda ise iş ile ilgili olmak kaydıyla kişinin mevcut sağlık durumu dikkate alınmalıdır. Bunun istisnası, müşterilerin ya da toplumun risk altında olmasıdır. Genetik testin işçiyi iş ile ilgili bir tehlikeden korunmasına yardımcı olabileceği durumlarda ise gönüllülük esasına ve aydınlatılmış onama dayanılmalıdır. Yine belirtilen Tavsiye Metni uyarınca, istihdamla ilişkili genetik testlerin yapılmasının uygun olduğu durumlarda da bu testler işveren tarafından değil, bağımsız bir kurum tarafından gerçekleştirilmelidir<sup>94</sup>.

Sağlık amaçlarıyla gerçekleştirilen genetik testlere ilişkin Biyotıp Sözleşmesine ek bir Protokol ise 2008 yılında kabul edilmiş, ancak henüz yürürlüğe girmemiştir<sup>95</sup>. Sağlık Amacıyla Genetik Testler Ek Protokolü bir kişinin kalıtsal ya da erken doğum öncesi dönemde gelişen genetik karakteristiğini tanımlamaya yönelik genetik testlere uygulanmak üzere hazırlanmıştır. Bu açıdan protokol, insan embriyosu ve fetüsü üzerinde gerçekleştirilen testlere uygulanmayacağı gibi araştırma amacıyla

<sup>91</sup>Recommendation CM/Rec (2016)8of the Committee of Ministers to the member States on the processing of personal health-related data for insurance purposes, including data resulting from genetic tests(Adopted by the Committee of Ministers on 26 October 2016 at the 1269<sup>th</sup> meeting of the Ministers’ Deputies).

<sup>92</sup>Protection of Workers’ Personal Data (An ILO Code of Practice), International Labor Office, İsviçre 1997, par. 6.12.

<sup>93</sup>Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues, European Journal of Human Genetics, C. 11, Y. 2003, s. 11-12.

<sup>94</sup>Ibid.

<sup>95</sup>Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Genetic Testing for Health Purposes, Strasbourg, 27Kasım 2008 (Bundan böyle “Sağlık Amacıyla Genetik Testler Ek Protokolü” olarak adlandırılacaktır.

gerçekleştirilen genetik testler de kapsam dışındadır<sup>96</sup>. Protokolde de Sözleşme’de olduğu gibi insanın önceliği esas alınmıştır. Protokol uyarınca insanın çıkarları ve esenliği, toplumun veya bilimin çıkarına üstün gelecektir<sup>97</sup>. Ayrıca ayrımcılığa uğramama ve damgalanmama da temel ilke olarak belirlenmiştir. Buna göre bir kişinin genetik kalıtımı nedeniyle birey olarak ya da bir grubun üyesi olması dolayısıyla her türlü ayrımcılığa uğraması yasaklanmıştır. Genetik karakteristik dolayısıyla bir kişinin ya da grubun damgalanmasını önlemek için uygun önlemler alınacaktır<sup>98</sup>. Protokol ayrıca Sözleşme’nin 12. Maddesinde düzenlenen tanıya yönelik genetik testlerde ilgili kişinin uygun genetik danışmanlık alabilmesini hüküm altına almaktadır<sup>99</sup>.

Biyotıp Sözleşmesinin IV. Bölümünde yer alan diğer iki hüküm de kalıtıma ilişkin çalışmaların sağlıkla ilgili amaçlarla sınırlandırılmasına yönelik bakış açısını yansıtır. Nitekim Sözleşme’nin 13. maddesi uyarınca insan genomuna müdahale, yalnızca önleme, tanı, tedavi amaçlarıyla gerçekleştirilebilir. Ayrıca bu müdahalenin amacı altsoyun genomunu değiştirmek olamaz. Hükmün kapsamında ya da Açıklayıcı Rapor’da belirtilen sınırlamanın ayrımcılık yasağı ile ilişkisine işaret edilmemiştir. Ancak doğacak çocuğun saç rengi, göz rengi gibi fiziksel özelliklerinin-ya da bilişsel yeteneklerinin-gebelik öncesinde belirlenmesi ayrımcılık ile ilgili soruları beraberinde getirir<sup>100</sup>. Nitekim, bu alandaki çalışmalar devam ediyor olsa da insan genomuna müdahale sonucunda “seçilmiş” insanlar ve bundan kaynaklı yeni bir ayrımcılık nedeni ortaya çıkabilir. Genetik araştırmaların insanlar arasında yeni bir sınıf yaratması ve bunun fırsat eşitliğine zarar vermesi tehlikesi bu kapsamda değerlendirilebilir<sup>101</sup>.

<sup>96</sup> Sağlık Amacıyla Genetik Testler Ek Protokolü, m. 2/1,2.

<sup>97</sup> *Ibid.*, m. 3.

<sup>98</sup> *Ibid.*, m. 4.

<sup>99</sup> *Ibid.*, m. 8/2.

<sup>100</sup> Sevgi Kayak, “Kişilik Haklarının Korunması Çerçevesinde en Analizlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, Değişen Dünyada Biyoetik, Türkiye Biyoetik Derneği Yayını No: XVIII, İstanbul 2012, s. 255.

<sup>101</sup> Bu konu, popüler kültürde de ilgi çekmektedir. Andrew Niccol’un 1997 (ABD) yapımı filmi Gattaca genetik olarak seçilmemiş, doğal yollarla rastlantısal olarak doğmuş, çocukların ileriki yaşamlarında istihdam alanında karşılaştıkları ayrımcılığı işlemektedir. 2011 yılında NASA çalışanları arasında bilim kurgu filmlerine ilişkin yapılan bir ankette bu film, gelecekte gerçekleşme olasılığı en yüksek senaryo seçilmiştir. Germain Lussier, “NASA Says ‘2012’ Is Most Absurd Sci-Fi Movie Ever; ‘Gattaca’ Most Plausible”, <http://www.slashfilm.com/nasa-2012-absurd-scifi-movie-gattaca-plausible/> (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

Biyotıp Sözleşmesi'nin 14. maddesi ise kanımızca, kökleri çok daha eskiye dayanan bir insan hakları ihlalinin genetik araştırmalar neticesinde ortaya çıkabilecek yeni bir sonucundan korunmayı hedeflemektedir. Nitekim “*Cinsiyet seçememe*” kenar başlıklı bu hüküm, doğacak çocuğun cinsiyetini seçmek amacıyla suni dölllenme tekniklerinin kullanımını yasaklamaktadır. Bunun istisnası, cinsiyetle ilgili ciddi bir hastalıktan korunmaktır<sup>102</sup>. Görüldüğü gibi Sözleşme kapsamında bir kez daha sağlıkla ilişkili müdahale olanağı korunurken, bu alandaki gelişmelerin ayrımcılığa neden olacak şekilde kullanımı yasaklanmıştır. Bu yasağın bulunmaması halinde ise, erkek bebelere yönelik seçilimin ağırlık kazanması ve bunun sonucunda cinsiyetler arası ayrımcılığın yaşam içerisinde eşit olarak var olabilme mücadelesinden, yaşamda var olma ihtimalinin sınırlandırılmasına kadar uzanması söz konusu olabilir. Nitekim bu yönde bazı işaretler günümüzde saptanabilmektedir<sup>103</sup>.

### 3. *İlgilinin rızası*

Biyotıp Sözleşmesi'nin genetik temelli ayrımcılığın önlenmesine yönelik getirdiği hükümler değerlendirilirken ilgili kişinin sürece katılımına ilişkin hükümler de dikkate alınmalıdır. Nitekim Biyotıp Sözleşmesi'nin 5. maddesi uyarınca genetik testler ilgilinin rızası ile gerçekleştirilmelidir<sup>104</sup>. Araştırmalarda meşruluk kaynağı olarak rızanın aranması gerekliliği yalnızca hukuki açıdan değil, konunun etik açıdan değerlendirilmesi noktasında da gerekli görülmektedir. Nitekim Pieper'a göre, “*Biyoetik gerek insan hayatının gerekse insanın özgürlük ve onurunun, bilimsel araştırmalarda, sonuçları tahmin edilemeyen modern teknolojiler nedeniyle tehlike altına*

<sup>102</sup>Hangi hastalıkların bu kapsamda olduğu ise ulusal hukuk kapsamında belirlenecektir. Bkz. Açıklayıcı Rapor, par. 94.

<sup>103</sup>1990'lı yıllardan beri bazı bölgelerde oğlan çocuk doğumlarının kız çocuklarına göre %25 kadar artış gösterdiği görülmektedir. “Gender-biased sex selection”, United Nations Population Fund, 15 Mart 2017, <https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection> (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

<sup>104</sup>Sözleşmenin 5. maddesi uyarınca “(1) Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. (2) Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. (3) İlgili kişi, muvafakatini her zaman, serbestçe geri alabilir”. Bkz. Biyotıp Sözleşmesi, m. 5. Ayrıca yasalar uyarınca müdahaleye onay verme yeteneği bulunmayan bir küçüğe yalnızca “temsilcisinin veya yasa tarafından belirlenen makam, kişi veya kuruluşun izni ile müdahale edilebilir. Küçüğün görüşü, yaşı ve olgunluk derecesiyle orantılı bir şekilde, gittikçe daha belirleyici bir etken olarak göz önüne alınacaktır”. Biyotıp Sözleşmesi, m. 6/2.



*girdiği her yerde gereklidir. Teknoloji sayesinde yapılabilir ve mümkün olanın peşinde çılgınca takılıp sorumsuzca davranmak yerine, genelin çıkarını dikkate alarak teknolojik müdahalenin sınırlarının çizilmesi şarttır; bu ilkenin zedelenmesi ancak müdahaleye muhatap olacak yurttaşların rıza göstermesi şartıyla mümkündür”<sup>105</sup>.*

Öte yandan rıza beyanının kapsamının da son derece önemli olduğu unutulmamalıdır. Örneğin, rıza metinlerinde DNA örneğinin hedef inceleme sonrasında da tutulmasına ve alandaki araştırmalar kapsamında yeniden incelenmesine yönelik bir hüküm bulunabilmektedir. Ayrıca DNA örneklerinin araştırmacının ya da araştırma kurumunun mülkiyetine geçeceğine ilişkin geniş ifadeler de yer verilmesi söz konusu olabilmektedir. Bu durumda ise, DNA analizine rıza gösteren kişi DNA donörüne dönüşmektedir<sup>106</sup>. Kanımızca, DNA analizi yaptırmak isteyenlerin dikkat etmesi gereken en önemli hususlardan biri rıza gösterdiklerini belgeleyen metnin içeriğidir. Kliniğin hedef işlem gerçekleştikten sonra DNA örneğini yok etmeyi taahhüt edip etmediği mutlaka incelenmelidir. Eğer örnekler saklanacak ise gelecekte nasıl kullanılacağına ilişkin de tam bir bilgilendirme yapılmalıdır.

Belirtmek gerekir ki Biyotıp Sözleşmesi'nin 12. maddesi uyarınca ilgilinin rızası ile bile olsa sağlık ya da sağlıkla ilgili araştırmalar dışında genetik tanı testlerinin yapılması yasaktır. Örneğin işe alımdan önce bu testler ancak işin niteliği gereği ilgilinin sağlığı için gerekli ise yapılabilir. Bu noktada işverenin bilme hakkı sınırlanmıştır<sup>107</sup>. İş ortamının iyileştirilmesi gibi nedenlerle ve işçinin sağlığının korunması amaçlanarak bazı istisnai durumlarda bu testlere başvurulması söz konusu olabilir. Ancak o zaman da testlerin bireyin yararına yapıldığı konusunda bir şüphe bulunmamalı, ilgilinin bilmeme hakkına da saygı gösterilmelidir<sup>108</sup>. Bir sigorta şirketi bir poliçenin yenilenmesini ya da kurulmasını genetik öngörü testlerinin yapılmasına bağlayamaz<sup>109</sup>. Bu noktada rızanın ancak tarafların eşit

<sup>105</sup>Annemarie Pieper, Etiğe Giriş, Ayrıntı, 2. Baskı, çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, İstanbul 2012, s. 88.

<sup>106</sup>Patricia A. Roche, George J. Annas, s. 61,63.

<sup>107</sup>Aisling de Paor, Genetics, Disability and the Law: Towards an EU Legal Framework, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2017, s. 217.

<sup>108</sup>Açıklayıcı Rapor, par. 85. Genetik sonuçları bilmeme hakkına ilişkin ayrıntılı değerlendirme için bkz. Graeme T. Laurie, “In Defence of Ignorance: Genetic Information and the Right not to Know”, European Journal of Health Law, Y. 1999, C. 6, S. 2, s. 119-132.

<sup>109</sup>Açıklayıcı Rapor, par. 86.

koşullarda bulunduğu ve kişinin seçim hakkının olduğu durumlarda etkin bir denetim mekanizması sunduğunu hatırlamak gerekir.

### III. Genetik ayrımcılık yasağı: dün, bugün ve gelecek

#### A. Doğrudan, dolaylı ve dolayısıyla genetik ayrımcılık

Bir önceki bölümde de işaret edildiği üzere, Biyotıp Sözleşmesi başta olmak üzere konuya ilişkin çeşitli hukuksal metinlerde kalıtıma dayalı ayrımcılık yapılması yasaklanmış, genetik öngörü testlerinin kullanılabilceği alanlar ise sınırlandırılmıştır. Bu noktada öncelikle bu yasağın ve bununla ilişkili olarak belirtilen sınırlamanın etkin uygulamasının olmadığı bir ortamda karşılaşılabilecek ayrımcılığın niteliği üzerinde durulmalıdır.

Genetik ayrımcılık, doğrudan, dolaylı ya da dolayısıyla karşımıza çıkabilir. İlk olarak, doğrudan genetik ayrımcılık, kısaca, kalıtsal özellikleri dolayısıyla kişilerin farklı muameleler görmesi olarak tanımlanabilir. Ayrımcı uygulamaların açıkça görüldüğü bu durumda, belirli bir kalıtsal özellik dolayısıyla kişinin işe alınmaması, sigorta şirketinin bu kişiyi sigortalamak istememesi gibi uygulamalar dikkat çeker. İstihdam alanında ayrımcılığın nedeni temel olarak işverenlerin sağlıklı kişiler ile çalışmak istemesidir. Nitekim aksi durumda verimliliğin düşeceği ve masrafların artacağı düşünülmektedir<sup>110</sup>. Sigorta şirketlerinin de sigortalının ya da sigortalanmak isteyen kişinin sağlık durumuna ilişkin bilgiyi karlılığını korumak ve arttırmak için gerekli gördüğü bilinmektedir. Bu nedenler, genetik bilgiyi temel alan karar alma süreçlerine ve bunun sonucunda da genetik bilgiye dayalı ayrımcı uygulamalara neden olabilir.

Çeşitli araştırmalar işçilerin, sigorta ve hastalık izni maliyetlerini indirmek amacıyla kalıtsal sağlık sorunu yaşama riski bulunanların işten çıkarılabileceklerinden endişe ettiklerini göstermektedir<sup>111</sup>. ABD’de konuya ilişkin ilk davalardan biri 2009 yılında Pamela Fink adlı kadının, meme kanseri riskini arttıran bir gen mutasyonuna (BRCA2) sahip olduğunu işverenin öğrenmesinin ardından işten çıkarıldığı iddiasına ilişkindir<sup>112</sup>. Bunun yanında hemokrotomoz ya da fenilketonüri teşhisi konulan

<sup>110</sup>Katherine Drabiak, “Caveat Emptor: How the Intersection of Big Data and Consumer Genomics Exponentially Increases Informational Privacy Risks”, *Health Matrix*, Y. 2017, c. 27, s. 174.

<sup>111</sup>Paul Steven Miller, “Genetic Discrimination in the Workplace”, *The Journal of Law, Medicine and Ethics*, Y. 1998, C. 26, S. 3, s. 189.

<sup>112</sup>Ifeoma Ajunwa, Kate Crawford, Jason Schultz, “Limitless Worker Surveillance”, *California Law Review*, Y. 2017, C. 105, s. 755.

asemptomatik kişilerin-bu durumları yaşamlarının normal akışını ciddi oranda etkilemiyor olsa bile-sigortalanma taleplerinin reddedildiğine ilişkin bazı örneklere öğretilde atıf yapıldığı görülmektedir<sup>113</sup>.

Doğrudan ayrımcılığın görülebileceği alanları istihdam ve sigortacılık ile sınırlı düşünmemek gerekir. Bunun yanında pek çok kişi, velayet, evlat edinme, okula kabul ya da kredi başvurusu gibi, farklı alanlarda da karar alma süreçlerinde kalıtımsal özellikleri nedeniyle ayrımcılığa uğramaktan çekinmektedir<sup>114</sup>. Örneğin bir velayet davasında hâkim ileride Alzeimer olma olasılığı yüksek olan ebeveyn çocuğun velayetini vermek istemeyebilir ya da Huntington hastalığına neden olan geni taşıyan kişinin evlat edinmesine izin vermeyebilir. Evlat edinme süreci tamamlanmadan evlat edinen, çocuğun genetik öngörü testlerinden geçmesini isteyebilir ve kararını buna göre verebilir<sup>115</sup>. Kistik fibrozis olduğu için başka bir okula gönderilen öğrencilere ilişkin durum da kalıtımsal bilgiden kaynaklı ayrımcı uygulamalar kapsamında değerlendirilir<sup>116</sup>.

Genetik ayrımcılık dolaylı şekilde de ortaya çıkabilir. Yukarıda ayrımcılığa ilişkin genel açıklamalar kapsamında işaret edildiği üzere, bu durumda görünüşte tarafsız olan yasal düzenlemelerin, genotipe dayalı olarak bazı asemptomatik bireyler ya da gruplar açısından diğerlerine göre daha fazla olumsuz etki yaratması söz konusudur. Bu kapsamda belirli bir ırka ya da cinsiyete özgü genetik anomaliler de dolaylı ayrımcılığın temelini oluşturabilir<sup>117</sup>.

Ayrıca bireyler kendilerinin değil yakınlarının bilgileri dolayısıyla da ayrımcılığa uğrayabilir. Dolayısıyla ayrımcılık olarak nitelenen bu durumda, kişi kendisi ile ilişkili başka bir kişinin özellikleri dolayısıyla ayrımcılığa maruz kalmaktadır<sup>118</sup>. Yukarıda da kısaca değinildiği üzere, genetik bilginin diğer pek çok bilgi türünden ayrılan bir özelliği de yalnızca ilgili kişiye ilişkin değil, onun yakınlarına ve hatta henüz dünyaya gelmemiş çocuklarına ilişkin de bilgiler içerebilmesidir. Bu nedenle bir kişinin genetik analiz testi sonuçları, yalnızca o kişinin değil, yakınlarının da ayrımcı uygulamalar ile karşılaşmasına etki edebilir.

<sup>113</sup>R. Nedelcu, KR. Blazer, BU Schwerin, P. Gambol, P. Mantja, GC. Uman, JN. Weitzel, "Genetic discrimination: the clinician perspective", *Clinical Genetics*, Y. 2004, S. 66, s. 312.

<sup>114</sup>Deborah Hellman, s. 77; Mark A. Rothstein, Mary R. Anderlik, s. 358.

<sup>115</sup>Deborah Hellman, s. 83.

<sup>116</sup>Tyler Wood, "Genetic Information Discrimination in Public Schools: A Common-Sense Exception", *McGeorge Law Review*, Y. 2018, C.49, s. 310. (308-331)

<sup>117</sup>Janneke Gerards, 8-9.

<sup>118</sup>İdil Işıl Gül, Ulaş Karan, s. 17.

Genetiğe dayalı ayrımcı uygulamalar değerlendirilirken veri işleme teknolojilerindeki gelişmeler de dikkate alınmalıdır. İşverenler ya da sigorta şirketleri istatistiksel modelleme gibi yöntemlerle, algoritmalar tasarlayarak kimin sağlıklı olduğuna ilişkin tahmin ya da öngöründe bulunabilir. Genetik bilgilerin de dahil edildiği bu süreç sonucunda işe alma, işten çıkarma, yükselme ya da sigortalanabilme gibi kararlar verilebilir. Veri madenciliğinden de yararlanarak analitik modeller üzerinden bu türdeki kararlar verilmesinin değerlendirmede standardizasyon sağlayacağı ve karar verme süreçlerindeki ön yargıları engelleyeceği düşünülebilir<sup>119</sup>. Ancak buradaki bir tehlike belirtilen türdeki sistemlerin kurumsal ya da istemli ayrımcılığın üstünü örterek görünmez de kılabilmesidir<sup>120</sup>.

Doğrudan, dolaylı ya da dolayısıyla genetik ayrımcılığın önemli bir ortak noktası ilgili kişinin, kalıtsal özelliklerine ilişkin bir durum ve hatta çoğu zaman buna ilişkin bir öngörü dolayısıyla olumsuz muameleler ile karşılaşmasıdır. Ancak genetik olarak “kötü”, “olumsuz”, “normal olmayan”ın saptanması da her durumda kolay değildir. Bunun bir nedeni, “iyi” ya da “ideal”in belirlenmesindeki güçlüktür. Nitekim neyin “ideal” olduğu şartlara göre değişiklik gösterir. Örneğin kistik fibrozis’in özellikle Avrupalı beyaz ırkta yaygın olmasının nedeninin bu genetik değişikliğin, taşıyıcılarına kolera salgını sırasında daha yüksek oranda hayatta kalma olanağı sağlaması olduğu düşünülmektedir<sup>121</sup>.

Öte yandan genetik çeşitlilik içerisinde hemen hemen herkesin bir kısım “olumsuz” genleri taşıdığı düşünülebilir. Genetik ayrımcılık yasağını ve genetik testlerin sigortacılık gibi alanlarda kullanımının yasaklanmasını savunan bazı yazarlar bu görüşten hareketle bir test ortaya koymaktadır. Örneğin Jha, John Rawls’un cehalet peçesi (veil of ignorance) benzetmesine benzer bir yaklaşımdan söz eder<sup>122</sup>. Bu yaklaşımdan hareketle, henüz bilmesek de hepimizin genlerinde “kötü” bir şeyler olduğu görüşü öne

<sup>119</sup>Katherine Drabiak, s. 175.

<sup>120</sup>Solon Barocas, Andrew D. Selbst, “Big Data’s Disparate Impact”, California Law Review, Y. 2016, C. 104, s. 671-732. Katherine Drabiak, s. 175. Ayrıca bkz. Pauline T. Kim, “Data-Driven Discrimination at Work”, William and Mary Law Review, Y. 2017, C. 58, s. 857-936.

<sup>121</sup>Bu hipotez ilişkin olarak bkz. D. M. Rodman, S. Zamudio, “The cystic fibrosis heterozygote-Advantages in surviving cholera?”, Medical Hypotheses, Y. 1991, C. 36, S. 3, s. 253-258.

<sup>122</sup>Saurabh Jha, “Punishing the Lemon: The Ethics of Actuarial Fairness”, Journal of the American College of Radiology, Y. 2012, C. 9, S. 12, s. 887-893; Anya E. R. Prince, “Insurance Risk Classification in an Era of Genomics: Is a Rational Discrimination Policy Rational?”, Nebraska Law Review, C. 96, Y. 2018, s. 653-654.

sürülebilir. O halde genetik testlerin, örneğin sigortacılık alanında, kullanımında kendi genetik kaderimizi bilmeden karar vermeliyiz.

Prince ise bu yaklaşımı aktüeryal açıdan doğru bulmamakta ve hepimizin genlerinde bazı olumsuzluklar bulunsa da bazılarının daha dikkat çeken, timsal olabilen tek gen bozukluğu gibi sorunlarla karşı karşıya olabileceğine işaret etmektedir<sup>123</sup>. Yazara göre insan genomuna ilişkin çalışmalar sürdükçe, klinik uygulamalar ve önleyici tedaviler gelişecektir. Böylelikle sigortacılık alanında genetik testlerin kullanımı daha az endişeye neden olacak ve günümüzde sigortalanan isteyen kişinin aile sağlık geçmişinin değerlendirilmesine benzer bir uygulama haline gelecektir<sup>124</sup>. Genetik alanındaki gelişmelerin halihazırda mevcut durumda ciddi bir farklılık yaratmadığı başka konular açısından da ileri sürülmektedir. Örneğin Beyleveled ve Brownsword çocuğumuzun zekâsını geliştirmek için hücre çekirdeklerine müdahalenin (germ line intervention) antibiyotiklerin keşfedilip kullanılmasından farklı olup olmadığı sorusunu yöneltmektedir<sup>125</sup>.

Genetik araştırmaların ortaya koyduğu, yukarıda değerlendirilen, yeni bilgi türlerinin yaşamlarımızdaki etkisi açısından temel bir değişiklik getirmediği yönündeki bu görüşlerin mantıksal sonucu genetik ayrımcılık tehlikesinin bulunmadığıdır. O halde bu görüşün yerinde olup olmadığı değerlendirilmelidir.

### **B. Geleceğe dönüş: Genetik ayrımcılık gerçek bir tehlike mi?**

Yukarıda da kısaca belirtildiği üzere, genetik ayrımcılığın gerçek ve somut bir tehlike oluşturup oluşturmadığına ilişkin tartışmalar neticelenmemiştir. Öğretide kimi yazarlar genetik ayrımcılığın hâlihazırda çeşitli vakılarda

<sup>123</sup>Bu noktada belirtmek gerekir ki genetik ayrımcılığa ilişkin olarak farklı alanlarda farklı sınıflandırmalar da yapılmaktadır. Örneğin sigortacılar rasyonel-aktüeryal ayrımcılık olarak ikili bir sınıflandırmaya gitmektedir. Bu anlamda aktüeryal ayrımcılık, sigortalı tarafından ödenecek sigorta primini belirlenmesi için gerekli risk değerlendirme sürecini ifade eder. J. Rosel Kim, Shahad Salman, Yann Joly, “The use of genetic information outside of the therapeutic health relationship: An international perspective”, Genetic Discrimination, Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response, haz. Gerard Quinn, Aisling de Paor, Peter Blanck, Routledge, ABD 2015, s. 70.

<sup>124</sup>Anya E. R. Prince, s. 686-687.

<sup>125</sup>Deryck Beyleveled, Roger Brownsword, s. 677.

görüldüğünü<sup>126</sup>, başkaları ise bu duruma ilişkin delillerin abartıldığını ileri sürmektedir<sup>127</sup>.

Kanımızca konu somut ayrımcılık örneklerinin ötesinde de değerlendirilmelidir. Bu değerlendirmeye bazı tarihsel veriler yardımcı olabilir. Nitekim genetiğin, ayrımcılık da dahil olmak üzere insan hakları ihlalleri ile anılması, alanın dikkat çekici bir şekilde gelişmeye başladığı ilk döneme, 20. Yüzyılın başlarına, kadar götürülebilir. Hukuk tarihine geçmiş kara bir leke olarak ABD Supreme Court’unda görülen *Buck v Bell* davası bunun en açık örneğidir. Bu kararda Mahkeme Carrie Buck’un zorla kısırlaştırılmasını kabul etmiştir<sup>128</sup>. Karara dayanak olarak ise Bayan Buck’un kendisinin, kızının ve annesinin zihinsel engelli olması gösterilmiştir. Yargıç Oliver Wendell Holmes, Jr. kararda açıkça “*Üç kuşak embesillik yeter*” diye yazmakta bir beis görmemiştir. Acılı ve zor bir yaşam süren bu üç kuşağın zihinsel bir sorunu olduğuna yönelik yeterli kanıt olmaması bir yana, bu karar “*bozuk*” genleri gen havuzundan temizleyerek insan ırkını iyileştirme gibi oldukça tehlikeli sonuçları olabilen bir düşünceye dayanması nedeniyle tüyler ürperticidir<sup>129</sup>.

“*Bilimleştirilmiş politik bir mesele*” olarak doğan öjenizm<sup>130</sup>, bu dönemde dünyanın başka bölgelerinde de ilgi çeken bir konu olmuştur. En bilinen ve

<sup>126</sup> Örneğin bkz. Paul R. Billings, Mel A. Kohn, Margaret de Cuevas, Jonathan Beck, Joseph S. Alper, Marvin R. Natowicz, “Discrimination as a Consequence of Genetic Testing”, *American Journal of Human Genetics*, C. 50, S. 3, Y. 1992, s. 476-482.

<sup>127</sup>William J. Nowlan, “A Scarlet Letter or a Red Herring?”, *Nature*, C. 421, Y. 2003, s. 313. Sigortacılık alanında genetik ayrımcılığın yaygın olarak görülmediğini ileri süren bir çalışma için bkz. Yann Joly, Ida Ngueng Feze, Jacques Simard, “Genetic discrimination and life insurance: a systematic review of the evidence”, *BMC Medicine*, Y. 2013, s. 11-25.

<sup>128</sup>*Carrie Buck v John Hendren Bell*, 274 U.S. 200, 47 S. Ct. 584.

<sup>129</sup>Bu konuya ilişkin olarak bkz. Paul A. Lombardo, “Three Generations, No Imbeciles: New Light on *Buck v. Bell*”, *New York University Law Review*, Y. 1985, S. 60, s. 30-62.

<sup>130</sup>Matt Ridley, s. 340. Öjeni kelimesi ilk kez İngiliz matematikçi Sir Francis Galton tarafından 1883 yılında kullanılmıştır. Yunanca kökenli kelime, “asil ya da doğumdan iyi” anlamına gelir. Bu yaklaşımda amaç bir türün ya da ırkın kalıtsal olarak iyileştirilmesidir. Bkz. Howard Markel, “The Stigma of Disease: Implications of Genetic Screening”, *The American Journal of Medicine*, Y. 1992, C. 93, S. 2, s. 210. Dehşet verici uygulamalara neden olmuş bu yaklaşımın fikri temellerini çok daha eskilerde bulmak olanaklıdır. Bilinen en eski örnek olarak Platon’un Devlet adlı yapıtına başvurulabilir. Nitekim Platon Devlet’te çiftleşme açısından insanlar ile hayvanlar arasında bir analogi kurar. Ona göre nasıl hayvanların çiftleşmesinde en iyi cinsten olanların seçilmesine özen gösteriliyorsa, aynı koşul insanlar için de aranmalıdır. Platon’a göre, “(...) her iki cinsin de en iyilerinden en fazla, en kötülerinin de en az çiftleşmesi gerekir. Ayrıca en kötülerin değil, en iyilerin çocuklarını büyütmeliyiz ki sürünün cinsi bozulmasın”. Platon, Devlet, çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 25. Baskı, İstanbul 2013, s. *YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

vahşi uygulamalarının ise özellikle Nazi Almanya'sında görüldüğü söylenebilir. Öjenizmin farklı biçimlerinin bugün hala uygulandığına yönelik çeşitli iddialar ve kimi örnekler bulunsu da<sup>131</sup> günümüzde genetik ve ayrımcılık daha çok kişinin gelecekteki sağlık durumuna ilişkin öngörüler üzerinden değerlendirilmektedir. Ancak genetik araştırmaların dikkat çekici bir gelişim gösterdiği bu ilk dönem-kötücül-uygulamalarının günümüzde alandaki gelişmelere kimi zaman şüphe ve korkuyla yaklaşılmasında etkili olduğu gözlemlenebilir<sup>132</sup>. Kanımızca genetik ayrımcılığın günümüzde somut olaylarda görülüp görülmediğine ilişkin tartışmalar bir yana, bu endişe değerlendirilmelidir.

Kimi yazarlar, ayrımcılığa uğramaya ilişkin yoğun endişenin genetik bilgiyi sağlık bilgisinden ayıran nedenlerden biri olduğu görüşündedir<sup>133</sup>. Nitekim bireyler, genetik araştırmaların sağlık alanında sağladığı kazanımlardan memnun olsalar da distopik bir geleceğin kurgulanmasında bu alandaki gelişmelerin etkili olabileceğinden endişe etmektedir. Öğretide de genetik biliminin insanları daha sağlıklı, daha zeki ve daha yetenekli kılabileceği gibi, Aldous Huxley'nin Cesur Yeni Dünya adlı eserindeki betimlemesini andıran, eşitlik ve özgürlük kavramlarının anlamını yitirdiği, bir totaliter yapıya mahkûm edebileceği yönünde endişeler dile getirilmektedir<sup>134</sup>.

Bu hususun değerlendirilmesi çok önemlidir, çünkü bireyin genetik ayrımcılığa uğrayacağına yönelik gerçek bir endişe taşıması, gerçekte genetik ayrımcılığa uğraması durumunda söz konusu olacak pek çok olumsuzluğun ortaya çıkması için yeterlidir. Nitekim bu endişeler bireylerin genetik test

163. Böylelikle kadınlar ve erkekler arasında en iyi genetik özelliklere sahip olanların çiftleşmesi gerektiğini öne sürer. Taşkın Ketenci, Metin Topuz, "Platon'da Beden ve Yasa İlişkisi", Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi, S. 22, C. 22, Y. 2014, s. 36.

<sup>131</sup>Örneğin Ridley, Çin Halk Cumhuriyetleri'nde 1994'te yürürlüğe giren ve evlilik öncesi genel sağlık kontrollerini zorunlu tutarak, çocuk aldırma kararını ebeveynlerden hekimlere devreden Anne ve Çocuk Sağlığını Koruma Yasasını örnek olarak göstermektedir. Bkz. Matt Ridley, s. 353-354. 1970'lerde ABD'de Afrikan Amerikalıları orak hücre anemisi bulunup bulunmadığına yönelik genetik testler yaptırmaya zorunlu kılan yasal düzenleme ise bu kapsamda değerlendirilebilecek bir başka örnektir. Sonia M. Suter, "The Allure and Peril of Genetics Exceptionalism: Do We Need Special Genetics Legislation?", Washington University Law Review, Y. 2001, C. 79, S. 3, s. 676.

<sup>132</sup>Kristen L. Burge, s. 525.

<sup>133</sup>Erin D. Williams, Amanda K. Sarata, C. Stephen Redhead, s. 8.

<sup>134</sup>Oktay Uygun, "Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi", Kamu Hukuku İncelemeleri (İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik), XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 57.

yaptırmaktan kaçınmasına neden olabilir. Bu ise uzun ve sağlıklı bir yaşam olanağı bulunan kimi kişilerin bundan yararlanamaması sonucunu getirir<sup>135</sup>. Bu noktada, genetik ayrımcılığa uğrama riski nedeniyle genetik test yaptırmaktan kaçınan kişilere ilişkin somut örneklerin de öğretilerde yer bulduğu belirtilmelidir<sup>136</sup>. Aynı şekilde insanlar genetik araştırmalara katılımda da isteksiz olacaktır<sup>137</sup>. Genetik ayrımcılığı yasaklayan hukuksal düzenlemelerin bu endişelerin giderilmesinde yeterli görülmemesi<sup>138</sup> ise bu sonucu beslemektedir.

Suter, genetik ayrımcılığın diğer ayrımcılık temellerinden ayrı bir alan olarak değerlendirilmesinde popüler kültür, medya, bilim insanları ve karar vericilerin etkisi olduğunu ve ayrımcılığa yönelik endişelerin öncelikle üst ve orta sınıflardan kaynaklandığını ileri sürmektedir. Bunun ise politikalar belirlenirken toplumdaki en dezavantajlı sınıfı etkileyen sağlık ile ilgili risklere eşit bir şekilde yoğunlaşılmasına neden olduğu düşüncesindedir<sup>139</sup>. Kanımızca genetik ayrımcılığa yönelik endişeler eğer öncelikle belirtilen sınıflarda görülüyorsa bunun nedeni, genetik testlere ve bu konudaki bilgiye erişim ile ilgili olabilir. Bilişim teknolojileri gibi başka alanlarda da görüldüğü üzere, yeni sistemler yaygınlık kazandıkça konuya ilişkin kamusal ilgi ve olası etki ya da yan etkilerine yönelik endişe artmaktadır.

*23andMe* gibi genetik testlere erişim olanağını arttıran, doğrudan tüketiciye ulaşan testler de ilginç tartışmalara neden olmaktadır. Doğrudan tüketiciye ulaşan genetik testler, kullanıcının genetik bilgilerine erişimini İnternet üzerinden ya da posta aracılığıyla sağlayabilmektedir. Bu testler, geleneksel olarak genetik analiz sürecinde ilgilinin ilişkide olduğu sağlık profesyonelinin devre dışı bırakarak doğrudan kullanıcıya ulaşmaktadır<sup>140</sup>. Ancak bu uygulamaların hukuksal ve etik açıdan çeşitli tartışmalara neden olduğu belirtilmelidir. Eğer bu şirketler ilgilinin genetik bilgisini farklı amaçlar için kullanır iseler, test için hücre örneği gönderenlerin özel yaşam ihlali ya da ayrımcılık gibi uygulamalarla karşılaşması söz konusu olabilir<sup>141</sup>.

<sup>135</sup> Prince, bunun yanında bu kişinin ölümü dolayısıyla sigorta firmalarının da ekonomik kayıp yaşayacağına işaret etmektedir. Anya E. R. Prince, s. 670.

<sup>136</sup>Erin D. Williams, Amanda K. Sarata, C. Stephen Redhead, s. 14.

<sup>137</sup>Deborah Hellman, s. 92.

<sup>138</sup>Annet Wauters ve diğ., s. 281.

<sup>139</sup>Sonia M. Suter, s. 674-700, 715 vd.

<sup>140</sup>Aisling de Paor, Noel Lownes, s. 28.

<sup>141</sup>*Ibid.*



Kanımızca bu ve benzeri uygulamaların geleceği değerlendirilirken geçmiş göz ardı edilmemelidir.

## SONUÇ

Genetik alanında hızı her geçen gün artan gelişmeler bir yandan insanın doğasına ilişkin gizemin çözülmesine katkı sağlayıp daha uzun ve sağlıklı bir geleceğe yönelik umut aşılrken, diğer yandan genetik ayrımcılık gibi bazı kötü etkiler dolayısıyla endişe yaratmaktadır. Mevcut ve gelişme aşamasındaki araştırmaların “*geleceğin genetik ekonomisi*”nin sinyallerini vermesi<sup>142</sup> ise her iki duyguyu beslemektedir. Kanımızca genetik ayrımcılık gelecekte günümüzde olduğundan daha da endişe verici bir insan hakkı ihlali olarak karşımıza çıkabilir. Bu nedenle genetik ayrımcılığı yasaklayan hukuksal düzenlemeleri de dikkate alarak geleceğe yönelik bir bakış açısı geliştirmek son derece önemlidir.

Bu kapsamda öncelikle genetik ile ilgili uygulamaların ve araştırmaların yöneleceği amaç hem ulusal hem uluslararası hukuksal düzenlemelerde açıkça belirlenmelidir. UNESCO Bildirgesi’nde de işaret edildiği üzere “*biyoloji, genetik ve tiptaki uygulamalar dâhil olmak üzere insan genomu ile ilgili araştırma uygulamaları, acıları dindirmek ile bireylerin ve tüm insanlığın sağlığını iyileştirmeyi amaçlamalıdır*”. Hukuksal güvence sistemi de bu düşüncenin üzerine inşa edilmelidir<sup>143</sup>. Bunun yanında Biyotıp Sözleşmesi’nin Başlangıç bölümünde de yer verildiği üzere bu konuda kamuoyu tartışması açılmalıdır. Kanımızca bireylerin kendi kimlikleri ve gelecekleri ile doğrudan ilgili olan bu konuda, uzmanlar tarafından bilgilendirilmeleri ve özgür iradeleri ile karar verebilecekleri bir sistemin kurgulanması son derece önemlidir. Bir başka anlatımla, kişilerin kalıtımla ilgili tartışmalara ve kararlara katılımına yönelik mekanizmalar ulusal ve uluslararası hukuksal düzenlemeler ile desteklenmelidir.

Konuya ilişkin hukuksal düzenlemelerde ve uygulamada bakış açısı geliştirilirken vurgulanması gereken belki de en önemli konu ise insan genomunun ayrılıktansa ortaklığa işaret eden yapısıdır. Gerçekten insan genomu bütün insanlarca paylaşılmaktadır. Bu nedenle bütün insanlar arasında ortak bir bağ oluşturmakta, aynı zamanda da bireysel farklılıkları ortaya koymaktadır. Bu anlamda DNA bizim çeşitli gruplarla bağımızı ortaya

<sup>142</sup>Christine Rosen, “What are the Benefits and Burdens of DNA Databases?”, DNA Databases, ABD 2007, s. 11. Genetik ve ekonomi ilişkisinde genetik mülkiyete ilişkin teoriler de değerlendirilebilir. Bu konuya ilişkin olarak bkz. Jessica L. Roberts, “Progressive Genetic Ownership”, Notre Dame Law Review, Y. 2018, C. 93, S. 3, s. 1105-1172.

<sup>143</sup>UNESCO Bildirgesi, m. 12.

koyan bir bilgi türü olması yanında, bizi bizden başka olan herkesten de ayırmaktadır.

Çeşitli uluslararası metinlerde de bu hususa işaret edildiği, insan genomunun insanlığın bir ortaklaşma unsuru olarak değerlendirildiği görülmektedir. Örneğin Biyotıp Sözleşmesi Sağlık Amacıyla Genetik Testler Ek Protokolü Başlangıç bölümünde, insan genomunun bütün insanlarca paylaşıldığına, böylelikle aralarında ortak bir bağ oluşturduğuna, öte yandan ufak farkların her bir insanın bireyselliğine katkı sunduğuna işaret edilmektedir. UNESCO İnsan Genomu ve İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 1. maddesinde ise insan genomu bir ortaklaşma unsuru olarak değerlendirilmiştir. Belirtilen hüküm uyarınca: *“İnsan genomu, insanlık ailesinin tüm üyelerinin temel birimini ve aynı zamanda onların varlığına yerleşik insan onuru ve çeşitliliğinin tanınmasını vurgular. Sembolik anlamında insan genomu insanlığın mirasıdır”*.

Bu yaklaşımın hukuksal düzenlemelere etkin bir şekilde yansıtılması ve sosyal alanda kabul görmesi genetiğe dayalı ayrımcılığın ve olası ayrımcı uygulamalara ilişkin endişenin önlenmesine ve ortadan kaldırılmasına katkı sağlar. Kanımızca DNA yapısına benzer şekilde ikili bir sarmal gibi bilimsel ve teknolojik gelişmeler ile insan haklarının bir arada gelişmeli ve gelecek kuşaklara aktarılmalıdır.

## KAYNAKÇA

Angelina Jolie reveals she has had a double mastectomy, The Guardian, 29 Aralık 2013.

Ajunwa, Ifeoma, Crawford, Kate, Schultz, Jason, “Limitless Worker Surveillance”, California Law Review, Y. 2017, C. 105, s. 735-776.

Almeling, Rene, Gadarian, Shana Kushner, “Public opinion on policy issues in genetics and genomics”, Genetics in Medicine, S. 16, Y. 2014, s. 491-494.

Alpkaya, Gökçen, “BM’de Irksal Ayrımcılık Yasağı, Erken Uyarı ve Soykırım Suçunun Önlenmesi”, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, C. 66, S. 3, Y. 2011, s. 1-27.

Aristoteles, Hayvanların Hareketleri Üzerine, Say, 2. Baskı, çev. Furkan Akderin, İstanbul 2018.

Aristotle, The History of Animals, çev. D’Arcy Wentworth Thompson, The Internet Classics Archive, [http://classics.mit.edu/Aristotle/history\\_anim.mb.txt](http://classics.mit.edu/Aristotle/history_anim.mb.txt) (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

Article 29 Working Party, Working Document on Genetic Data, s. 8-10. İş alanında çeşitli devletlerdeki uygulamalara ilişkin örnekler için bkz. Frank Hendrickx, Protection of workers' personal data in the EU: general issues and sensitive data, 2002.

Barocas, Solon, Selbst, Andrew D., “Big Data’s Disparate Impact”, California Law Review, Y. 2016, C. 104, s. 671-732.

Beier, Bernd R., “Genetic Testing and the Right of Self-Determination: The Experience in the Federal Republic of Germany”, Hofstra Law Review, C. 16, Y. 1987-1988, s. 601-614.

Beyleveld, Deryck, Brownsword, Roger, “Human Dignity, Human Rights, and Human Genetics”, The Modern Law Review, C. 61, S. 5, Y. 1998, s. 661-680.

Billings, Paul R., Kohn, Mel A., de Cuevas, Margaret, Beck, Jonathan, Alper, Joseph S., Natowicz, Marvin R., “Discrimination as a Consequence of Genetic Testing”, American Journal of Human Genetics, C. 50, S. 3, Y. 1992, s. 476-482.

Bora, Aksu, “Toplumsal Cinsiyete Dayalı Ayrımcılık”, Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar, der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s. 175-188.

Bruder, Carl E.G., ve diğ., “Phenotypically Concordant and Discordant Monozygotic Twins Display Different DNA Copy-Number-Variation Profiles”, American Journal of Human Genetics, Y. 2008, C. 82, S. 3, s. 763-771.

Burge, Kristen L., “Personalized Medicine, Genetic Exceptionalism, and the Rule of Law: An Analysis of the Prevailing Justification for Invalidating BRCA 1/2 Patents in Association of Molecular Pathology v. USPTO”, Washington Journal of Law, Technology and Arts, Y. 2013, C. 8, S.4, s. 501-542.

Casselman, Anne, “Identical Twins’ Genes Are Not Identical”, Scientific American, 3 Nisan 2008.

Caulfield, Timothy, Brownsword, Roger, “Human Dignity: a Guide to Policy Making in the Biotechnology Era”, Nature Reviews, C. 7, Ocak 2006, s. 72-76.

Caulfield, Timothy, Chapman, Audrey, “A human dignity as a criterion for science policy”, PLoS Med, Y. 2005, C. 2, S. 8, <https://doi.org/10.1371/journal.pmed.0020244> (Erişim tarihi: 26 Nisan 2018).

Collins, Francis S., Morgan, Michael, Patrinos, Aristides, “The Human Genome Project: Lessons from Large-Scale Biology”, *Science*, C. 300, S. 5617. 2003, s. 286-290.

de Paor, Aisling, *Genetics, Disability and the Law: Towards an EU Legal Framework*, Cambridge University Press, Birleşik Krallık 2017.

de Paor, Aisling, Lownes, Noel, “Tracing the history, evolution and future orientation of genetic science and technology”, *Genetic Discrimination, Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, haz. Gerard Quinn, Aisling de Paor, Peter Blanck, Routledge, ABD 2015, s. 11-35.

Desai, Sunita Jena, Anupam B. “Do celebrity endorsements matter? Observational study of BRCA gene testing and mastectomy rates after Angelina Jolie’s New York Times editorial”, *British Medical Journal*, Y. 2016 S. 355: i6357 <https://bmj.İ6357> (Erişim tarihi: 28 Nisan 2018).

FDA authorizes, with special controls, direct-to-consumer test that reports three mutations in the BRCA breast cancer genes, 6 Mart 2018, <https://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm599560.htm> (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

Frequently Asked Questions About Genetic Testing, US National Human Genome Research Institute, <https://www.genome.gov/19516567/faq-about-genetic-testing/> (Erişim tarihi: 26 Nisan 2018).

Garfinker, Simon, *Database Nation, The death of privacy in the 21st Century*, ABD 2000.

Gender-biased sex selection, United Nations Population Fund, 15 Mart 2017, <https://www.unfpa.org/gender-biased-sex-selection> (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

Genetic information and testing in insurance and employment: technical, social and ethical issues, *European Journal of Human Genetics*, C. 11, Y. 2003, s. 11-12.

Genetik Terimler Sözlüğü, Türk Hematoloji Derneği, Sürüm: 1 Eylül 2013, s. 3, <http://www.thd.org.tr/thdData/Books/723/genetik-terimler-sozlugu.pdf>, (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

Gerards, Janneke, “General Issues Concerning Genetic Information”, *Genetic Discrimination and Genetic Privacy in a Comparative Perspective*, haz. Janneke H. Gerards, Aalt-Willem Heringa, Heleen L. Janssen, Intersentia, Hollanda 2005, s. 5-6.

Göregenli, Melek, “Temel Kavramlar: Önyargı, Kalıp yargı ve Ayrımcılık”, *Ayrımcılık: Çok Boyutlu Yaklaşımlar*, der. Kenan Çayır, Müge Ayan Ceyhan, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2012, s.17-28.

Gören, Zafer, “Avrupa Birliği Temel Haklar Şartının Ana İlkesi: Dokunulmaz İnsan Onuru”, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 12, C. 2, Y. 2007, s. 21-37.

Guttman, Burton, Griffiths, Anthony, David Suzuki, Tara Cullis, Genetics, The Code of Life, Rosen Publishing, ABD 2011, s. 15.

Gül, İdil Işıl, Karan, Ulaş, Ayrımcılık Yasağı, Kavram, Hukuk, İzleme ve Belgeleme, haz. Burcu Yeşiladalı, Gökçeçiçek Ayata, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2011.

Güncel Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu, <http://www.tdk.gov.tr> (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

Heinemann, Torsten, Lemke, Thomas, “Biological Citizenship Reconsidered: The Use of DNA Analysis by Immigration Authorities in Germany”, Science, Technology and Human Values, C. 39, S. 4, Y. 2014, s. 488-510.

Hellman, Deborah, “What Makes Genetic Discrimination Exceptional?”, American Journal of Law and Medicine, Y. 2009, C. 29, s. 77-116.

Henry, David, “Aristotle on the Mechanism of Inheritance”, Journal of History of Biology, C. 39, S. 3, Y. 2006, s. 425-455.

Hızel, Candan, “Farmakogenetik/Farmakogenomik, Postgenomik Çağın Felsefesi”, Bezelye (Popüler Genetik Bilimi Dergisi), Y. 2017, S. 1, s. 11-13.

İspir, Zeynep, “Bir İnsan Hakları Sorunu Olarak Cinsiyete Dayalı Ekonomik Ayrımcılık”, Ankara Barosu Dergisi, S. 3, Y. 2016, s. 163-197.

Jha, Saurabh, “Punishing the Lemon: The Ethics of Actuarial Fairness”, Journal of the American College of Radiology, Y. 2012, C. 9, S. 12, s. 887-893.

Jolie Pitt, Angelina, “Diary of a surgery”, The New York Times, 24 Mart 2015, <https://www.nytimes.com/2015/03/24/opinion/angelina-jolie-pitt-diary-of-a-surgery.html>, (Erişim tarihi: 20 Nisan 2018).

Joly, Yan, Feze, Ida Ngueng, Song, Lingqiao, Knoppers, Bartha M., “Normative Approaches to Address Genetic Discrimination: Placebo or Panacea?”, 6 Mart 2017, s.21 vd., <https://ssrn.com/abstract=2911199> (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

Joly, Yann, Feze, Ida Ngueng, Simard, Jacques, “Genetic discrimination and life insurance: a systematic review of the evidence”, BMC Medicine, Y. 2013, s. 11-25.

Joly, Yann, Feze, Ida Ngueng, Song, Lingqiao, Knoppers, Bartha M., “Comparative Approaches to Genetic Discrimination: Chasing Shadows?”, Trends in Genetics, Y. 2017, C. 33, S. 5, s. 299-302.

Juthe, Robin H., Zaharchuk, Amber, Wang, Catharine, “Celebrity disclosures and information seeking: the case of Angelina Jolie”, *Genetics in Medicine*, S. 17, Y. 2014, s. 545-553.

Katherine Drabiak, “Caveat Emptor: How the Intersection of Big Data and Consumer Genomics Exponentially Increases Informational Privacy Risks”, *Health Matrix*, Y. 2017, c. 27, s. 143-184.

Katoğlu, Tuğrul, “Türk Hukukunun BirParçası Olarak Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2006, C. 55, S.1, s. 157-193.

Kayak, Sevgi, “Kişilik Haklarının Korunması Çerçevesinde en Analizlerinden Doğan Hukuki Sorumluluk”, *Değişen Dünyada Biyoetik, Türkiye Biyoetik Derneği Yayını No: XVIII, İstanbul 2012*, s. 253-264.

Ketenci, Taşkın, Topuz, Metin, “Platon’da Beden ve Yasa İlişkisi”, *Kaygı Uludağ Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi Felsefe Dergisi*, S. 22, C. 22, Y. 2014, s. 27-43.

Kim, J. Rosel, Salman, Shahad, Joly, Yann, “The use of genetic information outside of the therapeutic health relationship: An international perspective”, *Genetic Discrimination, Transatlantic perspectives on the case for a European-level legal response*, haz. Gerard Quinn, Aisling de Paor, Peter Blanck, Routledge, ABD 2015, s. 68-93.

Kim, Pauline T., “Data-Driven Discrimination at Work”, *William and Mary Law Review*, Y. 2017, C. 58, s. 857-936.

Knapton, Sarah, “DNA tests can predict intelligence, scientists Show for first time”, *The Telegraph*, 12 Mart 2018.

Kroll, David, “How The Public and the Media Got Angelina Jolie's Breast Cancer Message Wrong”, *Forbes*, 24 Aralık 2013.

Laurie, Graeme T., “In Defence of Ignorance: Genetic Information and the Right not to Know”, *European Journal of Health Law*, Y. 1999, C. 6, S. 2, s. 119-132.

Lombardo, Paul A, , “Three Generations, No Imbeciles: New Light on Buck v. Bell”, *New York University Law Review*, Y. 1985, S. 60, s. 30-62.

Lussier, Germain, “NASA Says ‘2012’ Is Most Absurd Sci-Fi Movie Ever; ‘Gattaca’ Most Plausible”, <http://www.slashfilm.com/nasa-2012-absurd-sci-fi-movie-gattaca-plausible/> (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

Macklin, Ruth, “Dignity is a useless concept”, *British Medical Journal*, Y. 2003, S. 327, s. 1419-1420.

Markel, Howard, “The Stigma of Disease: Implications of Genetic Screening”, *The American Journal of Medicine*, Y. 1992, C. 93, S. 2, s. 209-215.

Mayer-Schönberger, Viktor, Cukier, Kenneth, Big Data, An Eamon Dolan Book, ABD 2014.

McCartney, Carole I., Wilson, Tim J., Williams, Robin, “Transnational Exchange of Forensic DNA: Viability, Legitimacy, and Accetability”, European Journal on Criminal Policy and Research, C. 17, S. 4, Y. 2011, s. 305-322.

Mendel, Gregor, “Experiments in Plant Hybridization” (8 Şubat ve 8 Mart 1865’te Brünn Doğa Bilimleri Topluluğu’nun toplantısında okunmuştur), <https://tetrad.ucsf.edu/sites/tetrad.ucsf.edu/files/media/Gregor%20Mendel%20Experiments%20in%20Plant%20Hybridization.pdf>, (Erişim Tarihi: 20 Nisan 2018).

Miller, Paul Steven, “Genetic Discrimination in the Workplace”, The Journal of Law, Medicine and Ethics, Y. 1998, C. 26, S. 3, s. 189-197.

Mukherje, Siddhartha e, Gen: Hayli Kişisel Bir Hikâye, Domingo, çev. Cem Duran, İstanbul 2016.

Natowicz, Marvin R., Alper, Jane K., Alper, Joseph S., “Genetic Discrimination and the Law”, American Journal of Human Genetics, C. 50, S. 3, Y. 1992, s. 465-475.

Nedelcu, R., Blazer, KR., Schwerin, BU, Gambol P., Mantja, P., Uman, GC., Weitzel, JN., “Genetic discrimination: the clinician perspective”, Clinical Genetics, Y. 2004, S. 66, s. 311-317.

New Software Can Verify Someone’s Identity by Their DNA in Minutes, 29 Kasım 2017, <http://news.columbia.edu/content/New-Software-Can-Verify-Someones-Identity-by-their-DNA-in-Minutes>, (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

Nowlan, William J., “A Scarlet Letter or a Red Herring?”, Nature, C. 421, Y. 2003, s. 313.

Özer, Ayşe, “DNA, Gen, Protein”, Genetik, Bilim ve Teknik (Nisan 2002 sayısı Eki), haz. Beyazıt Çırakoğlu, s. 4-6.

Pieper, Annemarie, Etiğe Giriş, Ayrıntı, 2. Baskı, çev. Veysel Atayman, Gönül Sezer, İstanbul 2012.

Platon, Devlet, çev. Sabahattin Eyüboğlu, M. Ali Cimcoz, Türkiye İş Bankası Kültür Yayınları, 25. Baskı, İstanbul 2013.

Prince, Anya E. R., “Insurance Risk Classification in an Era of Genomics: Is a Rational Discrimantion Policy Rational?”, Nebraska Law Review, C. 96, Y. 2018, s. 624-687.

Protection of Workers’ Personal Data (An ILO Code of Practice), International Labor Office, İsviçre 1997.

Recommendation CM/Rec (2016)8 of the Committee of Ministers to the member States on the processing of personal health-related data for insurance purposes, including data resulting from genetic tests (Adopted by the Committee of Ministers on 26 October 2016 at the 1269<sup>th</sup> meeting of the Ministers' Deputies).

Researchers produce images of people's faces from their genomes, *The Economist*, 9 Eylül 2017.

Ridley, Matt *Genom, Bir Türün Yirmi Üç Bölümlük Otobiyografisi*, 8. Baskı, Boğaziçi Yayınları, İstanbul 2016.

Roberts, Jessica L., "Progressive Genetic Ownership", *Notre Dame Law Review*, Y. 2018, C. 93, S. 3, s. 1105-1172.

Roche, Patricia A., Annas, George J., "Genetic DNA Databases That Identify Donors Create High Risks of Abuse", *DNA Databases, ABD 2007*, s. 59-63.

Rodman, D. M., Zamudio, S., "The cystic fibrosis heterozygote-Advantages in surviving cholera?", *Medical Hypotheses*, Y. 1991, C. 36, S. 3, s. 253-258.

Rosen, Christine, "What are the Benefits and Burdens of DNA Databases?", *DNA Databases, ABD 2007*, s. 11-21.

Rosen, Christine, "What are the Benefits and Burdens of DNA Databases?", *DNA Databases, ABD 2007*, s. 10-21.

Rotstein, Mark A., Anderlik, Mary R., "What is genetic discrimination, and when and how can it be prevented?", Y. 2001, S. 5, C. 3, s. 354-358.

Ruiz-Canela, Miguel, Sulmasy, Daniel P., "What Research Participants Want to Know About Genetic Research Results: The Impact of "Genetic Exceptionalism"", *Journal of Empirical Research on Human Research Ethics: An International Journal*, Y. 2011, C. 6, S. 3, s. 39-46.

Sile, Aza Wee, "Hong Kong's 'name and shame' litter campaign", *CNBC*, 25 Kasım 2015, <https://www.cnb.com/2015/04/23/hong-kongs-name-and-shame-litter-campaign.html> (Erişim tarihi: 28 Nisan 2018).

Suter, Sonia M., "The Allure and Peril of Genetics Exceptionalism: Do We Need Special Genetics Legislation?", *Washington University Law Review*, Y. 2001, C. 79, S. 3, s. 669-748.

Tacir, Hamide, *Hastanın Kendi Geleceğini Belirleme Hakkı*, İstanbul 2011.

Tiedemann, Paul, "Human Dignity as an Absolute Value", *Human Dignity as a Foundation of Law*, Franz Steiner Verlag, Almanya 2013, s. 25-40.



Tüzüner, Özlem, “Soybağının Tespiti Davasında Genetik Analize İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, S. 64, C. 4, Y. 2013, s. 1139-1166.

U.S. Public Opinion on Uses of Genetic Information and Genetic Discrimination, Genetics & Public Policy Center, 24 Nisan 2007, [http://www.pewtrusts.org/~media/legacy/uploadedfiles/phg/content\\_level\\_pages/reports/ginapublicopiniongneticinformationdiscriminationpdf.pdf](http://www.pewtrusts.org/~media/legacy/uploadedfiles/phg/content_level_pages/reports/ginapublicopiniongneticinformationdiscriminationpdf.pdf), (Erişim tarihi: 10 Mayıs 2018).

Uygun, Oktay, “Çağımızın İnsan Onuruna Yöneltiği Tehditler Karşısında İnsan Haklarının Önemi”, Kamu Hukuku İncelemeleri (İnsan Hakları, Demokrasi, Hukuk Devleti, Egemenlik), XII Levha Yayınları, 2. Baskı, İstanbul 2013, s. 45-84.

Vinci, Tom, Robert, Jason Scott, “Aristotle and Modern Genetics”, Journal of the History of Ideas, C. 66, S. 2, Y. 2005, s. 201-221.

Watson, James D., Crick, Francis H. C., “Molecular structure of Nucleic Acids”, Nature, C. 171, Y. 1953, s. 737-738.

Wauters, Annet, Van Hoyweghen, Ine, “Global trends on fears and concerns of genetic discrimination: a systematic literature review”, Journal of Human Genetics, Y. 2016, s. 61, s. 275-282.

Williams, Erin D., Sarata, Amanda K, C., Redhead, Stephen, “Genetic Discrimination: Overview of the Issue and Proposed Legislation”, Genetic Discrimination, haz. Leana J. Albertson, Nova Science Publishers Inc., ABD 2008, s. 1-30.

Wood, Tyler, “Genetic Information Discrimination in Public Schools: A Common-Sense Exception”, McGeorge Law Review, Y. 2018, C.49, s. 308-331.

Working Document on Genetic Data, Article 29 Data Protection Working Party, 12178/03/EN WP 91, 17 Mart 2004.



**\*KİŞİSEL SAĞLIK VERİLERİNİN KORUNMASI VE  
HASTANELERİN SORUMLULUĞU**  
(PROTECTION OF PERSONAL HEALTH DATA AND RESPONSIBILITY OF  
HOSPITALS)

**Rahmi Can ÖMÜR\* \*\***

**ÖZ**

*Kişisel sağlık verilerinin işleme, aktarma ve korunma esaslarını belirleyen 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, 07.04.2016 tarihinde Resmi Gazetede yayımlanmasından sonra yürürlüğe girmiştir. Özel ve Kamu hastaneleri, hastalara ait kişisel sağlık verilerinin hukuka uygun şekilde işlenmesi ve korunmasını sağlamakla yükümlüdürler. Makalemizde, Uluslararası Belgeler, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, ilgili Kanun ve Yönetmelikler, Anayasa Mahkemesi ve Yargıtay kararları ışığında kişisel sağlık verisinin tanımı, kapsamı, işlenmesi, korunması ve hastanelerin konuyla ilgili sorumlulukları incelenmiştir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Özel Hayatın Gizliliği, Kişisel Sağlık Verisi, Kişisel Verilerin İşlenmesi, Veri Sahibi, Sır Saklama Yükümlülüğü, Hastane.*

**ABSTRACT**

*The Law on the Protection of Personal Data No. 6698, which defines the principles of processing, transferring and protecting personal health data, entered into force after publication in the Official Gazette on 07.04.2016. Private and Public hospitals are obliged to ensure that the personal health data of the patient are processed and protected in accordance with the Law. In our article here in, the definition and scope of personal health data, processing and protection of personel health data and responsibilities of private and public hospitals have been examined under the International Documents, Decisions of European Court of Human Right, The Constitution of The Republic of Turkey, Relevant Laws and Regulations, Constitutional Court Decisions and Supreme Court Decision.*

---

<sup>†</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 06.04.2018. İlk hakem raporu tarihi: 25.04.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 03.05.2018. Editör raporuyla onaylanma tarihi: 31.05.2018

\* Avukat, İstanbul Barosu.

\*\* Yazarın ORCID Belirleyicisi: 0000-0001-7477-2917

**Esere Atıf Şekli:** Rahmi Can ÖMÜR, “Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması Ve Hastanelerin Sorumluluğu”, YÜHFD,C.XV, 2018/1, s.133-180

**Keywords:** *Right of privacy, Personal health data, Processing of personal data, Data subject, Obligation of confidentiality, hospital.*

\*\*\*

## GİRİŞ

Kişisel sağlık verisi ve hatta kişisel veri kavramı her ne kadar yasal düzenlemesi çok yeni olsa dahi; uzun yıllardır her bireyin hayatına etkisi olan, zamanla büyüyen bir sorun olarak hukuk sistemine girmiştir. Yasalaşması için ise 2016 yılını beklememiz gerekmiştir. Ancak günümüz teknolojik hızı ile doğru orantılı olarak veriye ulaşımın kolaylaşmış olması, kişilik değerlerini tehdit eden bir boşluğun doğmasına neden olmuştur. Dahası 6698 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesi “pratik” açısından bir anlam ifade etmemektedir. Kanunun kapsadığı alan kişisel verilerinin tamamıdır ve kişisel veri gibi üst bir kavramın spesifik alt başlıklarına yönelik olarak uygulanması gereken yönetmeliklerin yayınlanması da bir süreç almaktadır ki, bu süreci içerir mevzuat ayrıntılı şekilde çalışmamızın içinde işlenecektir. Dikkatinizi çekmek istediğim asıl sorun ise, kanun koyucunun uygulamayı görüp, sonrasında kanunu hukukumuzla aktarmak yönündeki genel eğiliminin böylesine hızlı gelişen bir alan açısından ciddi bir soruna neden olduğudur. Ancak sürecin Kişisel Verileri Koruma Kurumu aracılığıyla yayınlanan Kurul Kararları ve Tebliğlerle yürütülecek olması, hızla değişen böyle bir alana uygun olmakla birlikte, karar ve tebliğlerle hukuk süreçlerinin yönetilmesi, parçası olduğumuz Avrupa Hukuk Sisteminin metodolojisine aykırıdır. Bu dengenin sağlanması, Kurul ve mahkeme kararları ile bu alanda bir hukuk yaratılmasının önüne geçilmesi önemlidir.

Çalışmamızda, kişisel sağlık verisi kavram, kapsam ve işlenebileceği haller incelenecek devamında uluslararası ve ulusal düzenlemeler irdelenecek ve hastanelerce bu verilerin ne şekilde tutulması gerektiğine, günümüzde ne şekilde bu verilerin tutulduğuna değinilecektir. Çalışmamızda, incelenen konulardaki Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Yargıtay kararlarına da yer verilecektir.

## 1. Kişisel Sağlık Verisi

### 1.2. Kavram ve Kapsam

Kişisel sağlık verisi kavramı, Resmi Gazetenin 20 Ekim 2016 tarih ve 29863 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe giren ve Resmi Gazetenin 24 Kasım 2017 tarih ve 30250 sayılı nüshasında yayınlanan değişiklikle tadil edilen, Kişisel Sağlık Verilerinin Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında

Yönetmeliğin “Tanımlar” başlıklı 4. maddesinde, kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişinin fiziksel ve ruhsal sağlığına ilişkin her türlü bilgi ile kişiye sunulan sağlık hizmetiyle ilgili bilgiler, olarak tanımlanmıştır<sup>1</sup>.

Hastalığın türü, hastanın öyküsü, teşhis, tedavi, psikolojik belirtiler, bedeni eksiklikler ve özellikler, hasta dosyası, röntgen filmleri, muayene sonuçları gibi bütün veriler kişisel veri olarak değerlendirilmelidir. Hastanın resmi de kişisel veri kapsamındadır<sup>2</sup>.

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun (KVKK) 6. maddesinin birinci fıkrasında ; “*Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri özel nitelikli kişisel veridir.*”<sup>3</sup> ifadelerine yer verilerek “*özel nitelikli kişisel veri*” tanımlanmıştır.

Madde gerekçesinde ise; “*Maddeyle, kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, demek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, biyometrik verisi veya haklarında verilen ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verilerinin, özel nitelikli kişisel veri olduğu belirtilmektedir. Bu verilerin, başkaları tarafından öğrenildiği takdirde ilgili kişinin mağdur olabilmesine veya ayrımcılığa maruz kalabilmesine neden olabilecek nitelikte veriler olmaları dikkate alınmakta, bu sebeple bu tür veriler özel nitelikli (hassas) veri olarak kabul edilmektedir.*”<sup>4</sup> denilerek özel nitelikli verilere getirilen özel korumanın gerekçesi açıklanmıştır.

Hassas kişisel veri kavramı, kişisel veriler içerisinde doğal olarak bir çekirdek alan oluşturulması yoluyla kişisel verilerin korunması hakkının özüne dokunulmayacağını çağrıştırmaktadır. Ayrıca kişisel verilerin korunmasına ilişkin birçok ülke kanunlarında “*hassas kişisel veri*” kavramı kullanılmaktadır<sup>5</sup>.

<sup>11</sup> Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik m.4/f.1, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

<sup>2</sup> HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.516.

<sup>3</sup> 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.6/f.1, Resmi Gazete, 24/3/2016, Sayı: 29677, Cilt:57, Tertip: 5.

<sup>4</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu m.6 gerekçesi, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

<sup>5</sup> AKGÜL, Aydın, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yay. ,İstanbul, 2016. s. 19.

Hassas (duyarlı) veriler kişisel verilerin daha fazla koruma uygulanan küçük bir grubu olarak tanımlanmaktadır. Veri Koruma Direktifinin<sup>6</sup> girişi kısmında ise hassas veriler, temel hakları ve özel yaşamın gizliliğini ihlal edici yapıda bulunan veriler olarak tanımlanmaktadır. Hassas veriler, kapsamına giren unsurlar yoluyla da tanımlanabilir.

Buna göre doğrudan veya dolaylı olarak kişilerin irki ve etnik kökeni, ten rengini, siyasi görüşlerini, dini ve felsefi inançlarını, sendika üyeliğini, sağlık ve cinsel yaşamını ve mahkumiyetlerini ortaya çıkaran verilere hassas veri adı verilir<sup>7</sup>.

Hassas kişisel veriler ile bireyin temel hak ve özgürlükleri arasında yakın bir ilişki bulunması nedeniyle bu nitelikteki verilerin bireyin diğer kişisel verilerinden daha etkin ve özel bir koruma altına alınması gerektiği düşünülerek ilgili düzenlemeler hayata geçirilmiştir. Nitekim Avrupa Birliği ülkelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunlarda aynı doğrultuda düzenlemeler yapılmıştır<sup>8</sup>.

Kanun sistematğinde verilerin özel nitelikli veriler (hassas veriler) ve özel nitelikli veriler dışında kalan veriler şeklinde tasnif edildiği görülmektedir. KVKK 6. madde hükmünde hassas veriler sınırlı sayı ilkesine tabi tutulmuştur<sup>9</sup>. Yorum yöntemiyle hassas verilerin kapsamının genişletilmesi mümkün değildir. Hassas veriler ancak KVKK m.6 hükmünde yer alan istisnai hallerde işlenebilir. Hassas veriler kanunda belirtilen haller dışında işlenemeyeceğinden, bu veriler bakımından “kesin işlem yasağı” mevcuttur<sup>10</sup>.

Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmenin ve Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında 108 Sayılı Avrupa

<sup>6</sup> Kişisel verilerin korunmasındaki gelişmeler, Avrupa Komisyonu’nun 1990 yılında hazırlamış olduğu taslakla Veri Koruma Direktifi’ne ihtiyacın var olduğunu belirtmesine sebep olmuştur. Bununla sonucunda da Avrupa Birliği’ne uyum süreciyle Komisyon tarafından hazırlanan metin, Bakanlar Kurulunca gözden geçirilerek “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin 95/46/AT sayılı Direktif” adı altında 20 Şubat 1995 tarihinde kabul edilmiştir.

(Daha detaylı bilgi için bkz: [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB\\_Veri\\_Koruma\\_Tuzugu.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wp-content/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf), (Erişim Tarihi: 27.02.2018) .

<sup>7</sup> KAYA, Cemil, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFY Y:2011, C.LXIX, S.1-2, s.318.

<sup>8</sup> AKGÜL, s. 19.

<sup>9</sup> KAYA, s.319.

<sup>10</sup> ÖZDEMİR, Hayrunissa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009, s. 127.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

Konseyi Sözleşmesinin 6. maddelerinde; *"İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni siyasal düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler otomatik işleme tabi tutulamaz."*<sup>11</sup> düzenlemelerine yer verilmiştir.

Kişisel verilerin Korunmasına İlişkin Avrupa Birliği Yönergesi'nin 8. maddesi *"ırksal yada etnik kökeni, siyasi görüşleri, dini yada felsefi inançları ve sendika üyeliğini açığa çıkaracak veriler ile sağlık yada cinsel yaşamla ilgili olan veriler"* in işlenmesinin yasak olduğunu düzenlemiştir. Yönergede açıkça düzenlenen bu veriler, hassas veri olarak nitelendirilmiş ve bu verilerin işlenebilmesi, veri sahibinin açık rızasıyla mümkün kılınmıştır<sup>12</sup>.

Avrupa Birliği Yönergesi'nin 8. maddesinde hassas veri olarak nitelendirilen kişisel sağlık verilerinin gizliliği esası, özel hayatın gizliliğini düzenleyen Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesi 3. fıkrası ile de güvence altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 20. maddesinin 1. fıkrasında<sup>13</sup>; *"Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz."* ifadelerine yer verilmiştir. İlgili maddenin 3. fıkrasında ise; *"Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir."* Kullanılan ifadeler kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvence altında tutulmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2014 tarih, 2014/74E. ve 2014/201K. sayılı kararında; *"Kişinin bedensel ya da zihinsel sağlığına ilişkin kayıt edilmiş bilgilerinin tamamından oluşan sağlık bilgileri, aralarında bireyin ırk, siyasî düşünce, felsefi inanç, din, mezhep veya diğer inançları, dernek, vakıf ve sendika üyeliği, özel yaşamları ve her*

<sup>11</sup> Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme m.6,

(<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home>),

(<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&main>),

(<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm>),

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında 108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşme m.6, (<http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf>).

<sup>12</sup> YILMAZ, Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017 s.54.

<sup>13</sup> Resmi Gazete, 7/11/1982, Sayı: 17863, Tertip:5, Cilt:22.

*türlü mahkûmiyetleri ile ilgili verilerin de bulunduğu "hassas" veya "özel niteliği olan" kişisel veriler kategorisinde yer almakta olup, bu yönüyle özel bir öneme sahiptir.*"<sup>14</sup>Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 tarih 2013/122 E. 2014/74 K. Sayılı kararında ise; "*Kişisel verilerin korunması hakkı, kişinin insan onurunun korunmasının ve kişiliğini serbestçe geliştirebilmesi hakkının özel bir biçimi olarak, bireyin hak ve özgürlüklerini kişisel verilerin işlenmesi sırasında korumayı amaçlamaktadır.*"<sup>15</sup> ifadelerine yer verilmiştir.

09.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5013 sayılı Biyoloji Ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulunduğuna Dair Kanunun<sup>16</sup> 10. maddesinde; herkesin, kendi sağlığıyla ilgili bilgiler bakımından özel yaşamına saygı gösterilmesini isteme hakkına, kendi sağlığı hakkında toplanmış herhangi bir bilgiyi öğrenme hakkına sahip olduğu gerekliliği düzenlenerek hassas veri niteliğinde olan kişisel sağlık verilerinin şahsiliği ve gizliliği esası vurgulanmıştır.

Hasta Hakları Yönetmeliği'nin 20. maddesine göre; "*İlgili mevzuat hükümleri ve/veya yetkili mercilerce alınacak tedbirlerin gerektirdiği haller dışında; kişi, sağlık durumu hakkında kendisinin, yakınlarının ya da hiç kimsenin bilgilendirilmemesini talep edebilir, hasta, bilgi verilmemesi talebini istediği zaman değiştirebilir ve bilgi verilmesini talep edebilir.*" Mahremiyete Saygı Gösterilmesi başlıklı 21. maddesinde ise; hastanın, mahremiyetine saygı gösterilmesinin esas olduğu, hastanın mahremiyetinin korunmasını açıkça talep edebileceği,. mahremiyete saygı gösterilmesi ve bunu istemek hakkının, hastanın, sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içerisinde yürütülmesini, muayenenin, teşhisin, tedavinin ve hasta ile doğrudan teması gerektiren diğer işlemlerin makul bir gizlilik ortamında gerçekleştirilmesini, tıbben sakınca olmayan hallerde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, tedavisi ile doğrudan ilgili olmayan kimselerin, tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, hastalığın mahiyeti gerektirmedikçe hastanın şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, sağlık harcamalarının kaynağının gizli tutulmasını, kapsayacağı düzenlenmiştir.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2014 tarih, 2014/74E. ve 2014/201K. sayılı kararı, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>15</sup> Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 tarih 2013/122 E. 2014/74 K. Sayılı kararı, , (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>16</sup> Resmi Gazete, 20/4/2004, Sayı: 25439.

<sup>17</sup> Hasta Hakları Yönetmeliği, m.20,21, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).  
YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)



### 1.3. Kişisel Sağlık Verisinin İşlenebileceği Haller

95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Koruması Direktifinde<sup>18</sup> ve Direktifi 04.05.2018 tarihinde yürürlükten kaldıracak olan 2016/479 Sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğünde<sup>19</sup> kişisel sağlık verilerini de içeren hassas verilerin işlenmesinin üye devletler tarafından, kural olarak yasaklanacağı hüküm altına alınmıştır. Ancak Direktifte aynı zamanda kişisel sağlık verilerini de içine alan hassas verilerin işlenebileceği istisnai haller de düzenlenmiştir.

Veri Sahibinin (*the data subject*) açık muvafakati (*explicit consent*) halinde hassas veriler işlenebilir. Zımnı muvafakat Direktif tarafından kabul edilmemiştir<sup>20</sup>. O halde hassas verilerin işlenebilmesi için veri sahibinin açık muvafakati gerekmektedir. Bununla beraber Veri Koruma Direktifi, üye ülkelere veri sahibinin açık muvafakati olsa bile hassas verilerin işlenmesini yasaklama imkanı getirmektedir.<sup>21</sup>

Kişisel verilerin korunmasında ilgili kişinin kişisel verileri üzerinde yapılan işlemlere rıza göstermesi, ilgili kişinin veri işleme sürecine katılmasını ve veriler üzerinde denetimini sağlayan, verilerin işlenmesine meşruluk katan önemli unsurlardan birisidir. Birçok düzenlemede, belirli durumlarda kişisel verilerin toplanması, işlenmesi ve saklanmasından önce ilgili kişinin rızasının alınmasının gerekli olduğu belirtilmiştir. Bu durumlarda rıza beyanı bu işlemlerin hukuka uygunluğunu sağlamaktadır. AB Temel Haklar Şartı'nın 8. maddesinde kişinin rıza beyanında bulunması ilkesine yer verilmiş, 95/46/AT sayılı Avrupa Birliği Yönergesi'nin 2/h ve

<sup>18</sup> 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Koruması Direktifinin 8. maddesi aşağıdaki gibidir:

*“Üye Devletler ırksal ya da etnik köken, siyasi düşünceleri, din ya da felsefi inançları, sendika üyeliğini açığa çıkaran kişisel verilerin işlenmesi ve sağlık ya da cinsel hayatla ilgili verilerin işlenmesini yasaklayacaktır”*

(<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1511184627139&uri=CELEX:31995L0046>).

<sup>19</sup> 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün özel kişisel veri kategorilerinin işlenmesi başlıklı 9. maddesi aşağıdaki gibidir:

*İrksal ya da etnik köken, siyasi düşünceleri, dini ya da felsefi inançları, sendika üyeliğini açığa çıkaran kişisel verilerin işlenmesi ve özellikle bir kişinin belirlenmesini sağlayan genetik veri, biyometrik verinin işlenmesi, sağlıkla ilgili veya bir kişinin cinsel hayatıyla ve cinsel eğilimiyle ilgili verilerinin işlenmesi yasaklanacaktır.”*

(<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1511338306845&uri=CELEX:32016R0679>).

<sup>20</sup> Konu hakkında detaylı bilgi için bkz. AVCI BRAUN, Cihan, Kişisel Verilerin Korunmasında Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 2, Yıl: 2018, İstanbul.

<sup>21</sup> KAYA, s.325.

7/a maddelerinde ise ilgili kişinin rızası, veri işlemeyi meşru kılan durumlar arasında sayılmıştır.<sup>22</sup>

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 20. maddesinde kişisel verilerin ancak ilgilinin açık rızası ile işlenebileceği hüküm altına alınarak kişisel verilerin korunmasına Anayasal güvence getirilmiştir.<sup>23</sup>

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 6. maddesine göre, özel nitelikli (hassas) kişisel veriler ancak ilgilinin açık rızası ile işlenebilecektir. Kanunun "Tanımlar" başlıklı 3. maddesinde açık rıza "*belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*" şeklinde tanımlanmıştır. Madde gerekçesinde ise açık rızanın ilgili kişinin kendisiyle ilgili veri işlenmesine, özgürce, konuyla ilgili yeterli bilgi sahibi olarak, tereddüde yer bırakmayacak açıklıkta ve sadece o işlemle sınırlı olarak verdiği onay beyanı şeklinde anlaşılması gerektiği belirtilmiştir.<sup>24</sup>

Yukarıda açıklandığı üzere, açık rızanın, *belirli bir konuya ilişkin olma, bilgilendirmeye dayanma, özgür iradeyle açıklanma* şeklinde üç unsurdan oluşması gerekmektedir.

### 1.3.1 Belirli bir konuya ilişkin olması:

Veri işlemek üzere verilen rızanın geçerli olması için rızanın belirli bir konuya ilişkin ve o konu ile sınırlı olması gerekir. Veri sorumlusu ve veri işleyenlerce açık rıza beyanının hangi konuya ilişkin olarak istenildiğinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir. Buna göre, genel bir irade açıklaması ile "kişisel verilerimin işlenmesini kabul ediyorum" şeklinde açık uçlu ve belirsiz bir rıza tek başına Kanun bağlamında "açık rıza" olarak kabul edilemez.<sup>25</sup>

### 1.3.2. Rızanın Bilgilendirmeye dayanması:

Açık rıza bir irade beyanı olup, kişinin özgür bir şekilde rıza gösterebilmesi için, neye rıza gösterdiğini de bilmesi gerekir. Bu durum Kanun'un 10. maddesinde düzenlenen "aydınlatma yükümlülüğü" kavramı

<sup>22</sup> KORKMAZ, İbrahim, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, 2016 (124), s. 96

<sup>23</sup> Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 20. maddesi 3. fıkrası aşağıdaki gibidir; "*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*".

<sup>24</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, (Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı).

<sup>25</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu İnternet Sitesi, Yayınlar, Açık Rıza, s.5

(<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>).

YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)

ile de ilişkilidir. Kişinin sadece konu üzerinde değil, aynı zamanda rızasının sonuçları üzerinde de tam bir bilgi sahibi olması gerekir.<sup>26</sup>

95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Koruması Direktifinin 10. maddesi gereğince üye devletler, kendisi hakkında veri toplanan bir veri sahibinin veri denetleyicisi veya temsilcisi tarafından, hali hazırda sahip oldukları dışında, en azından aşağıdaki hususlarda bilgilendirmesini sağlamalıdır:

- Denetçinin ve varsa temsilcisinin kimliği
- Planlanan veri işleme amaçları
- Verilerin alıcıları veya alıcıların kategorileri
- Yanıt vermemenin olası sonuçlarının yanı sıra sorulara cevapların zorunlu olup olmadığı,

• Veri sahibinin kendisiyle ilgili olan verileri düzeltme hakkının ve bu verilere erişim hakkının bulunduğu.<sup>27</sup>

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun “Aydınlatma Yükümlülüğü” başlıklı 10. maddesiyle de veri sorumlusu ve yetkilendirdiği kişinin bilgi vermekle yükümlü olduğu hususlar sayılarak Direktif’e genel hatlarıyla paralel bir düzenleme getirilmiştir.<sup>28</sup>

Bilgilendirme, veri işleme ile ilgili bütün konularda açık ve anlaşılır bir biçimde gerçekleştirilmelidir. Bilgilendirmenin mutlaka verinin işlemeden önce yapılması gerekir.<sup>29</sup> İşlenecek verinin niteliği, aynı zamanda bilgilendirme düzeyini belirleyecektir.<sup>30</sup>

<sup>26</sup>Kişisel Verileri Koruma Kurumu İnternet Sitesi, Yayınlar, Açık Rıza s.6  
(<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>).

<sup>27</sup> 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin Koruması Direktifi m.10

(<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1511184627139&uri=CELEX:31995L0046>).

<sup>28</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Aydınlatma Yükümlülüğü” başlıklı 10. maddesine göre;

“*Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişi, ilgili kişilere; veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği, kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği, işlenen kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılabilceği, kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi, 11 inci maddede sayılan diğer hakları, konusunda bilgi vermekle yükümlüdür.*”

(Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

<sup>29</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu İnternet Sitesi, Yayınlar, s.6

(<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf>).

<sup>30</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu İnternet Sitesi, Yayınlar, Açık Rıza s.6

(<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>).

### 1.3.3. Özgür iradeyle açıklanması:

Kişinin irade beyanı olan rıza, kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı olması halinde geçerlilik kazanacaktır. Kişinin iradesini sakatlayacak her tür fiil, kişisel verilerin işlenmesi için verdiği rızayı da sakatlayacaktır.<sup>31</sup>

2016/679 Sayılı Tüzüğü'nün 9/2a maddesinde de hassas kişisel verilerin işlenmesinde açık rıza aranmaktadır. Dolayısıyla kişinin hareketsizliğine bakılarak rıza gösterdiği sonucuna ulaşılamaz. Bu nedenle ilgilinin rıza beyanı mutlaka açık ve tereddütten uzak olmalıdır. Bu beyanın açık olması, ispat kolaylığını sağlar. AB ülkelerinin kişisel verilerin korunmasına yönelik kanunları incelendiğinde bu hususa açıkça yer verilmiştir. Bunlardan İsveç Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 15. maddesinde; hassas kişisel verilerin, ancak kişinin açık, belirgin bir şekilde rıza göstermesi durumunda işlenebileceği belirtilmiş, ayrıca Kanunun 3. maddesinde "rıza" tanımına yer verilmiştir. Buna göre; rıza yapılan bilgilendirmeden sonra ilgili kişinin hassas kişisel verilerinin işlenmesine verdiği özel, kesin ve apaçık irade açıklamasıdır.<sup>32</sup>

Rızanın şekli konusunda ise farklı uygulamaların olduğu görülmektedir. Örneğin, yukarıda belirtilen İsveç Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda, rızanın özel ve belirgin ifade edilmesi yeterli görülürken; İtalyan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Tüzel kişiler tarafından hassas kişisel verilerin işlenmesi" başlıklı 5. maddesinde hassas kişisel verilerin işlenmesinde verilen rızanın yazılı olma şartı koşulmuş, benzer şekilde Federal Alman Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 4. maddesinde özel durumlar dışında rızanın yazılı olması gerektiği belirtilmiştir.<sup>33</sup>

Resmi Gazetenin 20 Ekim 2016 tarih ve 29863 sayılı nüshasında yayımlanarak yürürlüğe giren Kişisel Sağlık Verilerinin Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmeliğin 7. maddesinin ikinci fıkrasıyla, Kanundan farklı olarak rızanın yazılı olması gerekliliğine yer verilmiş, Resmi Gazetenin 24 Kasım 2017 tarih ve 30250 sayılı nüshasında yayınlanan değişiklikle ilgili fıkra tadil edilerek açık rıza ifadesi getirilmiştir.<sup>34</sup>

Önleyici tıp (preventative medicine), tıbbi teşhis ve tanı, bakım ve tedavi sunma, sağlık hizmetlerinin yönetimi amaçları için zorunlu ise hassas veriler

<sup>31</sup> Kişisel Verileri Koruma Kurumu İnternet Sitesi, Yayınlar, Açık Rıza s.7 (<http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>).

<sup>32</sup> AKGÜL, s. 27,28.

<sup>33</sup> AKGÜL, s. 28.

<sup>34</sup> Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, m.7/2, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).  
YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)

işlenebilir. Ancak bu hallerde veriler, ulusal hukuka veya mesleki gizlilik yükümlülüğü ile ilgili ulusal yetkili kurumlar tarafından geliştirilen kurallara tabi sağlık görevlileri ya da aynı (eşdeğer) düzeyde gizlilik yükümlülüğü bulunan diğer kişiler tarafından işlenebilir. Sağlık görevlisi kavramının içerisine doktorlar, hemşireler, ebeler, dişçiler, gözlükçüler, eczacılar ve diğerleri girer.<sup>35</sup>

6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları" başlıklı 6. maddesinde de kişisel sağlık verilerinin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği istisnai haller sayılmıştır.<sup>36</sup>

## 2. Uluslararası Düzenlemeler

### 2.1. Genel Olarak

Kişisel verilere erişimde özel yaşamın gizliliğinin korunmasını en iyi şekilde sağlayacak tedbirlerin alınması konusu ülkeleri en çok meşgul eden konulardan birisi olmuştur.<sup>37</sup> Bugünün teknolojik imkanları karşısında, ülkelerin iç hukuklarında ortaya koydukları hukuki düzenlemeler ile kişisel verilerin korunmasına yönelik tüm ihlalleri önleyebilecek nitelikte bir güvence sağlaması oldukça güçtür. Bu durum karşısında, pek çok ülkenin bir araya gelerek oluşturdukları uluslararası kuruluşların, çeşitli amaçlarla pek çok uluslararası belgeye imza attıkları görülmektedir. Bu belgelerin düzenlenmesinde, üye devletlerin iç hukuk düzenlemeleri arasında bir birliğin sağlanması, sınır ötesi ticaretin teşvik edilmesi gibi hedefler karşımıza çıkmaktadır.<sup>38</sup>

### 2.2. Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD)

Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü (OECD) Kişisel verilerin korunması ile ilgili ilk adımların atıldığı yerdir ve 1980 yılında "Özel

<sup>35</sup> KAYA, s.330.

<sup>36</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, "Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları" başlıklı 6. maddesi aşağıdaki gibidir;

*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."*

(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>37</sup> AKGÜL, s.187.

<sup>38</sup> AYDIN, Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, On İki Levha Yay. , İstanbul, 2015.s.25.

*Yaşamın Gizliliğinin ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler*”’i kabul etmesi bakımından, önemli bir adım atmıştır. Üye devletler açısından bağlayıcılık teşkil etmese de, ulusal düzenlemelerin birbiri ile uyumlaştırılması talebi açısından bir ilk olmuştur. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısında da rehber ilkelere atıf yapılmıştır.<sup>39</sup> Organizasyonun kişisel verilere olan ilgisi öncelikle, özel hayatın gizliliği kaygısından daha çok, üye devletlerin ticari ve ekonomik gelişmelerinin ilerletilmesi düşüncesinden kaynaklanmıştır.<sup>40</sup>

OECD’nin amaçları arasında, işsizliğin ortadan kaldırılarak üye ülkelerdeki mali istikrarın sağlanması, ekonomik büyümeye ilişkin politikaların geliştirilmesi, iş olanaklarının artırılması, üye devletler arasında işbirliği kurularak yoksullukla etkin mücadele edilmesi, üye devletlerde demokrasinin ve insan haklarına riayetin sağlanması gibi amaçlar yer almaktadır.<sup>41</sup>

OECD, uluslararası bir temel oluşturacak biçimde 1980 yılında, kişisel verilerin korunması konusunda kendi rehber ilkelerini yayınlamıştır. Buradaki amaç, kişisel yaşamın korunmasına ilişkin uluslararası düzeyde bazı güvencelerin sağlanmasıdır.<sup>42</sup> Bir kısım temel prensipleri içeren rehber ilkelerin, Avrupa Konseyi’nin 1973 ve 1974 tarihli tavsiye kararlarında belirtilen, kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesi, kişisel verilerin işlenmesinde kesinlik, güvenlik ve şeffaflığın sağlanması gibi prensiplerin tekrarı niteliğinde olduğu belirtilmektedir.<sup>43</sup>

### 2.2.1. OECD Rehber İlkeleri

- Veri Toplamının Sınırlı Olması İlkesi (m.7)
- Veri Kalitesi İlkesi (m.8)
- Amacın Belirliliği İlkesi (m.9)
- Kullanımın Sınırlılığı İlkesi

### 2.3. Birleşmiş Milletler

Birleşmiş Milletler, İkinci Dünya Savaşından sonra 24 Ekim 1945 tarihinde 51 ülke tarafından kurulan ve günümüzde 192 üyesi bulunan uluslararası bir örgüttür. Üye devletler, uluslararası barış ve güvenliği

<sup>39</sup> ([http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/kisisel\\_verilerin\\_korunmasi.pdf](http://www.adalet.gov.tr/Tasarilar/kisisel_verilerin_korunmasi.pdf)).

<sup>40</sup> AKGÜL, s.188.

<sup>41</sup> AYDIN, s.26.

<sup>42</sup> AKGÜL, s.188, 189.

<sup>43</sup> AKGÜL, s.189.

sürdürmek, uluslararası dostça ilişkileri geliştirmek ve sosyal ilerlemeyi, daha iyi yaşam standartlarını ve insan haklarını artırmayı taahhüt etmişlerdir.<sup>44</sup>

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun 10/12/1948 tarihli ve 217(111) sayılı kararıyla kabul edilen “*İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi*” Bakanlar Kurulu'nun 6/4/1949 tarih ve 3/9119 karar sayılı kararı ile kabul edilmiş ve karar T.C. Resmi Gazetesinin 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı nüshasında yayınlanmıştır. İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi ile özel hayatın gizliliğinin önemi vurgulanmıştır.<sup>45</sup>

Birleşmiş Milletler 14.12.1990 tarihinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak “*Bilgisayarla İşlenmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeler*” i kabul etmiştir. Anılan Rehber İlkeler, verilerin korunmasına ilişkin yetkili bir organın kuruluşunu düzenleyen ilk uluslararası belge olma özelliğini taşımaktadır.<sup>46</sup>

## 2.4. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

### 2.4.1.Genel Olarak

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi(AİHS) 4 Kasım 1950 tarihinde Roma'da imzalanıp, 3 Eylül 1953'te yürürlüğe girmiş, Türkiye 10 Mart 1954'te onaylamıştır.<sup>47</sup>

AİHS, kişisel verilerin korunması konusunda çok önemli bir rol oynamıştır. Ancak, Sözleşmede açık bir şekilde kişisel verilerin korunması hakkında bir hüküm bulunmamaktadır.<sup>48</sup> Buna karşın Sözleşmede özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı düzenlenmiştir.<sup>49</sup>

<sup>44</sup> AKGÜL, s.191.

<sup>45</sup> İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesi aşağıdaki gibidir;

“Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz kalmaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır.”

T.C. Resmi Gazete 27 Mayıs 1949 tarih ve 7217 sayılı nüshası (<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf&main=http://www.resmigazete.gov.tr/arsiv/7217.pdf>).

<sup>46</sup> AYDIN, s.29.

<sup>47</sup> YILMAZ, s.66.

<sup>48</sup> AKGÜL, s.198.

<sup>49</sup> Özel Ve Aile Hayatına Saygı Hakkı başlıklı 8. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya  
YUHFD Vol. XV No.1 (2018)

Sözleşmenin 8. maddesinde, bireyin özel yaşamının gizliliğine saygı gösterilmesi hakkı korunmakta; ayrıca bu madde ile kişisel verilerin korunması kanunlarına temel oluşturacak prensipler konulmaktadır. Kişisel verilerin işlenmesi ile ilişkisine bakılacak olursa Sözleşmenin 8. maddesi, hem kişisel verilere erişim hakkını hem de kişisel verilerin haksız biçimde açıklanmaması hakkını içermektedir.<sup>50</sup>

#### **2.4.2. Kişisel Sağlık Verilerinin Korunması İle İlgili Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Örnek Kararları**

25.02.1997 tarih ve 22009/93 Başvuru numaralı Z/Finlandiya kararında;

Başvurucu ve başvurucunun eski kocası HIV virüsü taşımaktadır. Başvurucu 22009/93 numaralı başvurusu ile; başvurucunun kocasına karşı yürütülen ceza yargılamasında, başvurucunun doktorlarının tanık olarak dinletilmesi, tedavi gördüğü hastanedeki tıbbi kayıt ve bilgilerin soruşturma dosyasına dahil edilmesi, mahkemenin gizlilik kaydının 10 yıl süreyle sınırlandırılması ve 10 yıl süre sonra herkese açıklanacağına ilişkin kararı, Temyiz Mahkemesi kararında, kimliğinin ve kendisine ait tıbbi verilerin ifşa edilmesi nedeniyle Sözleşmenin 8. maddesince güvence altına alınan özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur. Mahkeme kararında, şikayet edilen konuların Sözleşmenin 8. maddesinin 1. fıkrasında koruma altına alınan özel ve aile ülkelerin sağlık verilerinin gizliliğine saygı göstermesinin gerektiği, bu hususun hastanın sağlık hayatına saygı duyulması hakkını ihlal ettiğinin tartışmasız olduğu, söz konusu maddenin 2. fıkrasındaki koşulların yerine getirilip getirilmediğinin incelenmesi gerektiği, Sözleşmeye taraf hizmetlerine olan güveninin korunması açısından önemli olduğu, böyle bir koruma olmaksızın, hasta olan kişilerin tedavi olmaktan kaçabileceği ve bulaşıcı hastalıkların artarak toplum sağlığının tehlikeye düşebileceği, bu hususların HIV enfeksiyonu ile ilgili bilgilerin gizliliğinin korunması açısından özellikle geçerli olduğu, bu tür verilerin ifşa edilmesinin kişinin sosyal ve ekonomik hayatı ile aile hayatını etkileyeceği, kişinin toplumdaki soyutlanma, toplum dışında bırakılma riskine maruz kalabileceği ifadelerine yer verilerek, soruşturma yararının, tıbbi verilerin açıklanmamasından elde edilecek yarardan daha üstün olduğu gerekçesiyle, doktorların tanık olarak dinlenmesinin ve tıbbi verilerin soruşturma dosyasına dahil edilmesinin Sözleşmenin 8. maddesinin ihlalini

*başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.”*

([http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf)).

<sup>50</sup> AKGÜL, s.199.



teşkil etmediğine, mahkemenin gizlilik kaydının 10 yıl süreyle sınırlandırılması ve 10 yıl süre sonra herkese açıklanacağına ilişkin kararının, uygulanması halinde Sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edileceği, Temyiz Mahkemesi kararında, kimliğinin ve kendisine ait tıbbi verilerin ifşa edilmesinin de Sözleşmenin 8. maddesini ihlal ettiğine;<sup>51</sup> karar verilmiştir.

AİHM yukarıda vermiş olduğumuz kararında belirttiği üzere, hastanın genel sağlık durumunun, onun yaşamını etkileyecek şekilde ifşa edilmemesi gerekmektedir. Hastanın grip olduğunun ifşa edilmesinin tabiki de hastanın hayatı üzerinde bir etkisi olmayacaktır, ancak hastanın HIV enfeksiyonu kapıtığının ifşa edilmesi onun çalışma hayatını, özel yaşantısını son derece etkileyecek niteliktedir. Nitekim AİHM bu durumun sözleşmenin ilgili maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Ayrıca AİHM, hastanın durumunun ifşa edilmesi hakkında süre sınırı konulmasını da hak ihlali olarak nitelendirmiştir.

Doktorların hastanın sağlık durumuyla alakalı tanıklığında ise, bir nevi yarar çatışması göz önünde tutulmuştur. Çünkü ortada bir ceza davası vardır ve soruşturma yararı, tıbbi verilerin tanıklıkla açıklanmasından daha üstün görülmüştür.

02.06.2009 tarih ve 36936/05 Başvuru numaralı Szuluk/Birleşik Krallık kararında;

Başvurucu, neticesinde on dört yıl hapis cezasına mahkûm edilmiş olduğu uyuşturucu madde ticaretine ilişkin ceza yargılaması esnasında şartlı tahliyeden yararlanmış, bunu takiben beyin kanaması geçirmiş ve mahkûm edildiği cezayı çekmek üzere cezaevine girmeden önce iki defa ameliyat geçirmiştir. Bu sebeple, altı ayda bir uzman doktora görünmesi gereken başvuru, tedavisi ile ilgilenen nöroradyolog ile aralarında geçen yazışmalarının bir cezaevi doktoru tarafından denetlendiğini fark etmiş, konu ile ilgili cezaevi yönetimine şikayette bulunmuş fakat sonuç elde edememiştir. Sonrasında başvuru yargı yoluna gitmiş; istinaf mahkemesi, başvuru korkutma veya hileyle, uzman doktora yasadışı mesajlar iletme riskini gerekçe göstererek başvuru haklarına yönelik müdahalenin meşru olduğuna karar vermiştir. Temyiz mahkemesi, başvuru ile doktor arasında geçen tıbbi yazışmanın izlenmesinin, 8. maddede yer alan hak üzerinde orantılı bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır. Bununla birlikte yazışmayı okuyan görevlinin tıbbi açıdan kalifiye bir kişi (cezaevi sağlık

<sup>51</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.02.1997 tarih ve 22009/93 Başvuru numaralı Z/Finlandiya kararı, (<http://www.taa.gov.tr/indir/avrupa-insan-haklari-mahkemesi-zfinlandiya-davasi-bWFrYWXlfGRjYmIzLTYxNzk3LWU3Y2MzLTg5ODNkLnBkZnwxMDA3>).

memuru) olması sebebiyle söz konusu müdahalenin hakkın sınırlandırıldığı anlamına gelmeyeceği sonucuna varılmıştır.

AİHM incelemesinde ise, başvurucunun mektuplarının okunmasını bir “kamu otoritesinin müdahalesi” olarak tanımlanmış, yasayla öngörülmüş olan bu müdahalenin suç işlenmesinin önlenmesi ile başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçlarını hedeflediği belirtilmiştir. Başvurucunun sağlık durumunun ciddiyeti dikkate alındığında, uzman doktoruyla olan yazışmalarının denetlenmesinin aralarındaki haberleşmeyi kötü etkileyeceği ve cezaevinde durumuna uygun bir tıbbi tedavi görmemesine yol açabileceği AİHM tarafından kabul edilmiştir. Başvurucunun geçmişte tıbbi yazışmaların gizliliğini kötüye kullandığını veya gelecekte böyle bir şey yapma niyetinin olduğunu gösterir hiçbir bulgunun var olmaması, başvurucunun A kategorisinde (çok riskli) bir mahkûm olmaması, sağlık durumu hayatını tehlikeye atacak kadar kötü olan mahkûmun bir uzman doktorla tamamen özgür bir şekilde yazışmasının temin edilmesinin gerekli olması, ek olarak tam adresi ve ismi belli, iyi niyeti konusunda bir şüphe bulunmayan doktorla yapılan bir yazışmanın kötüye kullanılması riskinin, avukatlarla yapılan yazışmaların taşıdığı riskten daha yüksek olduğunun açıklanamamış olması gerekçeleri gösterilerek hak ihlalinin varlığı tespit edilmiştir.

Başvurucunun hastalığına ilişkin bilgileri doktoruna aktarırken baskı altında kalması, ayrıca hastalığına ilişkin bilgilerin cezaevi personeli ve diğer kişiler tarafından öğrenilmesi anlamına geleceğinden, başvurucunun sağlık durumunun ciddiyeti de göz önüne alınarak söz konusu müdahalenin hak ihlali olduğuna karar verilmiştir. Böylece, başvuru ile uzman doktor arasında gerçekleşen yazışmaların cezaevi doktoru tarafından denetlenmesi, sözleşmenin 8. maddesinde yer alan hakkın ihlali olarak yorumlanmıştır.<sup>52</sup>

Olayda mevcut ihlal, 8. maddedeki özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkına ilişkindir. Başvurucu ile doktor arasındaki yazışmalar, başvurucunun sağlığına ilişkin bilgiler içermekte, kişisel sağlık verisi niteliğini taşımaktadır. Doktorla gerçekleşen yazışmaların izlenmesi, başvurucunun özel hayatına saygı gösterilmediği anlamına geldiğinden “hak ihlali” sonucunu doğurmuştur.

10.10.2006 tarih ve 7508/02 Başvuru numaralı L.L. / Fransa kararında;

<sup>52</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 02.06.2009 tarih ve 36936/05 Başvuru numaralı Szuluk/Birleşik Krallık kararı, ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%2236936/05%22\],%22documentcollectid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-92767%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%2236936/05%22],%22documentcollectid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-92767%22]})).

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

Fransa’da doğmuş ve orada yaşayan başvurucuya karşı eski eşi tarafından boşanma davası açılmıştır. Dava sonunda boşanma kararı verilmiş, başvurucu kararı temyiz etmek adına Fransa Yargıtay’ına adli yardım talebi ile başvurmuştur. Bu talebinde, yargılama sürecinde mahkemeye sunulan bir tıbbi belgenin eski eşi tarafından hileli yollarla elde edilmiş olduğunu, şahsına ait tıbbi kayıtların izni olmaksızın kullanılması ve kamuya açılmasının hak ihlali anlamına geldiğini belirtmiştir. Adli yardım talebi, söz konusu belgenin “inceleme” sonucu ortaya çıkmış olduğu, bu sebeple başarılı sonuç alınmasının mümkün olmadığı gerekçesiyle başvurusu reddedilen başvurucu, AİHM’ye başvurmuştur.

Boşanma davası esnasında mahkemeye sunulan bahse konu belge, başvurucunun maruz kaldığı splenektomi’ye ilişkin bir operasyon raporudur. Bu raporda, başvurucunun alkolik olduğu yönünde tıbbi tespitler yer almaktadır. Ne var ki başvurucu, bu belgenin kopyasını eşine vermediğini beyan etmiş, eşinin harici olarak hileli yollarla temin etmiş olduğu bu belgeye mahkemece dosya kapsamına alınmasının kişisel verilerinin gizliliğini ihlal anlamına geldiğini iddia etmiştir.

AİHM incelemesinde, tıbbi verilerin gizliliğinin önemine değinilmiş, bu hususun hastanın mahremiyetinin korunması için hayati öneme sahip olduğu ifade edilmiştir. Söz konusu belgenin içeriğinin kişisel ve hassas bir bilgi olduğunu açıkça belirtmiş, böylece belgenin 108 numaralı “Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme” de tanımlandığı şekilde “kişisel veri” niteliğinde olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkemece söz konusu belgeye itibar edilmesi ve dosya kapsamında tutulması, başvurucunun sağlığı ve özel hayatı ile ilgili bilgilerin açıklanması ve kamuya duyurulması anlamına geldiğinden, sözleşmenin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğu yönünde karar verilmiştir.<sup>53</sup>

Kararda yer alan ihlal, 8. maddedeki özel hayata saygı gösterilmesi kapsamında yer almaktadır. Somut olayda, başvurucuya ait sağlık verileri söz konusu olup, bu verilerin hassas kişisel veri niteliğinde olduğu ve korunması gereği çok açıktır. Söz konusu belgenin başvurucunun açık rızası dışında temin edilerek, dosya kapsamına alınması, hakkın ihlali anlamına gelmiştir. Zira mahkeme kararı, kamuya açıklık arz ettiğinden, başvurucuya ait kişisel sağlık verileri, bizzat devletin fiili ile gizliliğini yitirmiş olacaktır.

<sup>53</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 10.10.2006 tarih ve 7508/02 Başvuru numaralı L.L. / Fransa kararı, (<https://hudoc.echr.coe.int/tur#%7B%22fulltext%22:%5B%227508/02%22%2C%22documentcollectionid%22:%5B%22GRANDCHAMBER%22%2C%22CHAMBER%22%2C%22itemid%22:%5B%22001-77356%22%5D%7D>).

17/07/2008 tarih ve 20511/03 Başvuru numaralı I. / Finlandiya kararında;

Bir devlet hastanesinde hemşire olarak çalışan başvurucu, çalıştığı hastanede yaptırdığı tetkikler sonucunda vücudunda HIV virüsü taşıdığını öğrenmiştir. Başvurucunun hastalığı ile ilgili veriler, başvurucunun tedavisinde görev alan personelin yanında, tedavi ile doğrudan ilgisi olmayan tüm hastane personelinin serbest erişimine açık şekilde kayıt altına alınmıştır. Hastane personeli olan arkadaşlarının hastalığı hakkındaki bilgilere erişimi olduğunu öğrenmesi üzerine, başvurucu durumu doktoruna iletmiş, bunu takiben hastanenin hasta sicili kayıt sistemi sadece tedavi kliniğinin personeli hastalarının kayıtlarına erişebilecek şekilde, değiştirilmiştir. Ne var ki, başvurucu için bu önlem geç kalmıştır, hastane personeli halihazırda söz konusu kayıtları öğrenmiştir. Bunun üzerine başvuran, İlçe İdare Kuruluna şikâyetle bulunarak, gizli hasta kaydına kimlerin eriştiğini incelemesini talep etmiştir. Talep üzerine yapılan inceleme sonucunda hasta kaydına kimsenin erişebildiğini bulmak mümkün olmamıştır.

Sonrasında başvurucu, hastanenin hasta kayıtlarının tutulmasından sorumlu olan İl Sağlık Otoritesi'ne karşı hukuk davası açmış ve maddi manevi tazminat talep etmiştir. Bölge Mahkemesi, Veri Koruma Ombudsmanı raporu da dahil olmak üzere önündeki delilleri değerlendirerek, başvuranın hasta kaydının hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığına dair kesin bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle istemi reddetmiştir. Karar üzerine başvurucu, özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını sürdürerek, Temyiz Mahkemesine başvurmuştur. Temyiz Mahkemesi de Bölge Mahkemesi gibi hasta kaydının hukuka aykırı bir şekilde kullanıldığına dair kesin bir kanıt bulunmadığı gerekçesiyle istemi reddetmiştir.

Böylece iç hukuk yollarını tüketen başvurucu, konu ile ilgili AİHM nezdinde şikayetçi olmuştur. Sürecin devamında hastane, başvurucuya ait verileri sisteme yanlış isim ve sosyal güvenlik numarası altında kaydetmiş, böylece sadece tedavi eden personelin hasta siciline erişebilmesi sağlanmıştır. Ancak bu önlemler başvurucu için geç kalmıştır, zira çalışmakta olduğu hastanede HIV pozitif şeklindeki kayıt, personeller tarafından öğrenilmiştir. Bunun üzerine başvuran, verilerinin güvenliğini yetkisiz erişime karşı güvence altına almak noktasında devletin özel hayata saygı gösterme konusundaki pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği iddiasıyla şikayetçi olmuştur.

AİHM incelemesinde; kişisel verilerin, özellikle tıbbi verilerin korunmasının, bir kişinin sözleşmenin 8. maddesinde garanti edilen özel ve aile hayatına saygı hakkından yararlanabilmesi için büyük önem taşıdığı, sağlık verilerinin gizliliğine saygı göstermenin sözleşmenin tüm akit taraflarının hukuk sistemlerinde hayati bir ilke olduğu, sadece bir hastanın

mahremiyetine saygı duymakla kalmayıp, aynı zamanda tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine olan güvenini korumanın da önemli olduğu ifade edilmiştir. Sayılan hususların, hastalığa ilişkin hassas konular göz önünde bulundurulduğunda, bir kişinin HIV enfeksiyonu hakkındaki bilgilerinin gizliliğinin korunması konusunda özellikle geçerli olacağı belirtilmiştir.

Mahkeme, kişisel sağlık verilerinin sözleşmenin 8. maddesindeki güvenceler kapsamında olası ihlallere karşı, somut olaydaki gibi kişisel bilgilerin açığa çıkmasını engellemek adına iç hukukta uygun önlemler alınması gerektiğini ifade etmiş, 1990'ların başlarında hassas kişisel verileri korumayı amaçlayan Finlandiya mevzuatında konu ile ilgili genel hükümler bulunduğunu belirtmiştir. Söz konusu hükümlerin amacı, kişisel verileri yetkisiz erişim riskine karşı korumak olmakla birlikte AIHM, hükümlerin uygulanmasında yetersiz kaldığı yönünde değerlendirmede bulunmuştur.

Kararda ek olarak; 8. maddenin amacının bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumanın ve devleti bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamakla kalmayıp, aynı zamanda devlete pozitif yükümlülükler de yüklemek olduğu belirtilmiş, bu doğrultuda başvuranın tedavisine doğrudan müdahil olan sağlık çalışanlarına erişimi kısıtlayarak ya da başvuranın tıbbi dosyasına erişen tüm kişilerin kaydını tutmak suretiyle hastanenin sağlık kayıtlarına erişim üzerinde daha fazla kontrol sağlaması gerektiği ifade edilmiştir. Böylece pozitif yükümlülüğe aykırılık sebebiyle, başvurucunun sözleşmenin 8. maddesinde tanınmış olan hakkının ihlal edildiği yönünde karar verilmiştir.<sup>54</sup>

Söz konusu olayda başvurucuya ait kişisel sağlık verisi niteliğindeki bilgilerin, başvurucunun kendisi ve tedavi için görevli personel dışında kimsenin erişemeyeceği şekilde kaydedilmesi gereklidir. Zira AIHM kararına konu bilginin gizli kalması, hastalığın HIV virüsü enfeksiyonu olduğu da göz önüne alındığında, son derece önem arz etmekte olduğu açıktır. Burada hassas kişisel veri söz konusudur ve bu verilerin gizliliğini korumak için gerekli önlemleri almak, devletlerin pozitif sorumluluğu kapsamında tutulmuştur.

<sup>54</sup> Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 17/07/2008 tarih ve 20511/03 Başvuru numaralı I. / Finlandiya kararı, ([https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:\[%2220511/03%22\],%22documentcollectid%22:\[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22\],%22itemid%22:\[%22001-87510%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22fulltext%22:[%2220511/03%22],%22documentcollectid%22:[%22GRANDCHAMBER%22,%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-87510%22]}))

## 2.5. Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme

Bir Avrupa Konseyi sözleşmesi olan “*Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme*” 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılmış, Fransa, Norveç, İsveç, İspanya ve Federal Almanya’nın onaylaması ile 1.10.1985 tarihinde ilk defa bu devletler bakımından yürürlüğe girmiştir.<sup>55</sup> Türkiye ise 01.01.2016 tarihinde, 6669 Sayılı Kanun ile Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmesinin onaylanmasına karar vermiştir.

Sözleşmenin 6. maddesiyle iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, kişisel sağlık verilerini de içine alan hassas kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulamayacağı hüküm altına alınarak hassas kişisel veriler açısından özel bir koruma getirilmiştir.<sup>56</sup>

## 2.6. 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi

95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi (Direktif) 24 Ekim 1995 tarihinde kabul edilmiştir.

Direktifin temel amacı, kişisel verilerin korunması konusunda açık ve istikrar arz eden hukuki bir çerçeve oluşturarak AB ülkelerinin genelinde bireylerin aynı temel haklara sahip olmasını üye devletler arasındaki kişisel verilerin korunmasına yönelik farklılıkların ortadan kaldırılmasını sağlamaktır.<sup>57</sup>

Direktif, 14 Nisan 2016 tarihinde kabul edilen 2016/679 Sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 04.05.2018 tarihinde yürürlüğe girmesiyle mülga olacaktır.

<sup>55</sup> YILMAZ, s.70.

<sup>56</sup>Sözleşmenin 6. maddesine göre; “*İç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça, ırksal kökeni siyasal düşünceleri, dini veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel veriler otomatik işleme tabi tutulamaz.*”

Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme,

(<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home>),

(<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&main>),

(<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm>).

<sup>57</sup> AKGÜL, s.230,231.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)

## 2.7. 2016/679 Sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü

2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation), Avrupa Parlamentosu tarafından 14 Nisan 2016 tarihinde kabul edilmiş ve 4.5.2016 tarihinde Avrupa Birliği'nin Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır.<sup>58</sup>

AB Veri Koruma Yönetmeliği, 95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifinin gerçekleştirmeye çalıştığı, kişisel verilerin işlenmesi bakımından verilerin serbest dolaşımını sağlarken bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin yüksek düzeyde korunmasının sağlanması konusunu teknolojik gelişmelere cevap verebilir hale getirmiş ve Avrupa Birliği'nin bu anlamda gerçekleştirmek istediği yegâne amacı ortaya koymuştur.<sup>59</sup>

173 paragraflık resital bölümü ve 99 maddeden oluşan temel tüzük metniyle yaklaşık 90 sayfadan oluşan GDPR oldukça kapsamlı bir veri koruma çerçevesi sunmaktadır.<sup>60</sup>

Veri Koruma Yönetmeliğinde unutulma hakkı da düzenlenmiştir. Unutulma hakkı yoluyla birey, sahip olduğu ve özellikle silinmiş kişisel verilerinin üçüncü kişiler tarafından izlenememesini veya takip edilememesini amaçlamaktadır.<sup>61</sup> Nitekim vereceğimiz Yargıtay kararında da kişisel verilerin korunmasına yönelik, Avrupa Birliği standartlarındaki düzenlemelerin, iç hukuka yansımalarının nasıl olduğunu göstermektedir.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kişisel verilerin işlenmesi ve unutulma hakkıyla ilgili 17.06.2015 tarih ve 2014/4-56E. ve 2015/1679K. sayılı örnek kararında; *“unutulma hakkı ile geçmişinde kendi iradesi ile veya üçüncü kişinin neden olduğu bir olay nedeni ile kişinin geleceğinin olumsuz bir şekilde etkilenmesinin engellenmesinin sağlanmakta olduğu, unutulma hakkının; üstün bir kamu yararı olmadığı sürece, dijital hafızada yer alan geçmişte yaşanan olumsuz olayların bir süre sonra unutulmasını, başkalarının bilmesini istemediği kişisel verilerin silinmesini ve yayılmasının önlemesini isteme hakkı olarak ifade edilebileceği,*<sup>62</sup> ifadelerine yer

<sup>58</sup> (<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:NOT>), (E.T.27.09.2017)

<sup>59</sup> YILMAZ, s.72.

<sup>60</sup> AKINCI Ayşe Nur, T.C. Kalkınma Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Çalışma Raporu 6, 2017 ([http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2017/07/AB\\_Veri\\_Koruma\\_Tuzugu.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf)).

<sup>61</sup> AKGÜL, s. 416.

<sup>62</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.06.2015 tarih ve 2014/4-56E. ve 2015/1679K. sayılı kararı, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

verilmiştir. Kararda da görüldüğü üzere, uluslararası düzenlemeler ışığında Yargıtay da kişisel verilerin korunmasının bir insan hakları kavramı olduğunu kabul etmiş, kişisel verilerin insanların saklanması gereken mahremiyetleri olarak benimsemiş, bu doğrultuda da unutulma hakkını kabul etmiştir.

## 2.8. Diğer Uluslararası Düzenlemeler

Kişisel sağlık verileriyle ilgili diğer uluslararası düzenlemeler şöyle ki;

- Biyoloji ve Tıbbın Uygulanması Bakımından İnsan Hakları ve İnsan Haysiyetinin Korunması Sözleşmesi, İnsan Hakları ve Biyotıp Sözleşmesi
- Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi
- Dünya Tabipler Birliği'nin Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi'nin Gözden Geçirilmiş Şekli
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin (97) 5 Sayılı Tavsiye Kararı
- Helsinki Bildirgesi

## 3. Ulusal Düzenlemeler

### 3.1. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası

13.05.2010 tarih ve 27580 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan 07.05.2010 tarih ve 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanununun 2. maddesiyle Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının 20 nci maddesine; *“Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.”*<sup>63</sup> fıkrası eklenmiştir. Yapılan düzenleme ile, kişisel verilerin korunması anayasal bir hak olarak kabul edilmiş, ayrıca tarafı olduğumuz uluslararası sözleşmelerde yer alan kişisel verilerin korunmasına ilişkin yükümlülüklerimizin yerine getirilmesine anayasal dayanak sağlanmıştır.<sup>64</sup>

<sup>63</sup> 07.05.2010 tarih ve 5982 Sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, m.2

T.C. Resmi Gazete

(<http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home>),

(<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm&main>),

(<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2010/05/20100513.htm>).

<sup>64</sup> AKGÜL, s.242.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)



Düzenleme, Avrupa Konseyi'nin Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına ilişkin Sözleşme'nin 8.maddesi ile uyum sağlamıştır. 28 Ocak 1981 tarihli 108 Sayılı Sözleşme, Avrupa Konseyi üyesi olmayan devletlerin de imzasına açılmış, Türkiye, Rusya, Ukrayna, sözleşmeyi imzalamış ancak onaylama işlemini Türkiye 17/02/2016 tarihinde gerçekleştirmiştir.<sup>65</sup>

### 3.2. 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu

2010 yılında yapılan Anayasa değişikliği ile kişisel verilerin korunması hakkı anayasal güvenceye kavuşturulmasına ve Anayasanın 20 inci maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesine “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” hükmü eklenmesine rağmen, Türk Hukukunda uzun yıllar kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel bir kanun çıkarılmamış; buna ilişkin hazırlanan ve 22.04.2008 yılında meclise sunulan kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun tasarısı uzun süre yasalaşmayı beklemiştir.<sup>66</sup> Tasarı 2014 yılında tekrar yenilenmiş olup 26.12.2014 tarihinde Başbakanlık'ça Meclis Başkanlığı'na sevk edilmiştir.<sup>67</sup>

24.03.2016 tarih ve 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak 8, 9, 11, 13, 14, 15, 16, 17 ve 18 inci maddeleri yayımı tarihinden altı ay sonra, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde olmak üzere yürürlüğe girmiştir. Kanunun genel gerekçesinde, kişisel verilere ilişkin kanun ihtiyacının toplumsal nedeni özetlenmiştir. Aynı zamanda kişisel sağlık verilerinin tutulmasına ilişkin kanuni dayanağın olmayışının, verilerin güvenliğinin sağlanmasına yönelik yeterli önlemlerin alınmamasının ve yetkisiz kişilerce bu nitelikteki bilgilerin ifşa edilmesinin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesince özel hayatın gizliliğine müdahale olarak nitelendirilmekte olduğu ve ihlal kararı verilebilmekte olduğu açıklamaları dikkat çekmektedir.<sup>68</sup>

KVKK, 95/46/EC sayılı Yönerge ve Direktifle aynı amacı paylaşmakta amacı da “*kişisel verilerin işlenmesinde kişinin dokunulmazlığı, maddi ve*

<sup>65</sup> YILMAZ, s.81.

<sup>66</sup> AKGÜL, s.242, 243.

<sup>67</sup> AYDIN, s.108.

<sup>68</sup> Kanunun genel gerekçesinde; “*kişisel verilerin işlenmesi hususunda özel bir kanun ve etkin bir denetim mekanizmasının bulunmamasının toplumumuzda olumsuz bir algının oluşmasına sebebiyet verdiği, oluşan bu algının ortadan kaldırılması için kişisel verilerin belli şartlar dahilinde işlenmesine, muhafaza edilmesine ve kontrolüne ilişkin esasların belirlenmesi gerektiği*” ifadelerine yer verilmiştir.

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, (Sinerji Mevzuat ve İhtihat Programı).

*manevi varlığı ile temel hak ve özgürlükleri korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin uyacakları esas ve usulleri düzenlemek” tir.*<sup>69</sup>

Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması kitabının yazarı Dr. Aydın Akgül, kişisel verilerin korunması hakkının, özel hayatın gizliliği hakkından farklı olarak Anayasa'nın 20/3 maddesinde özel bir anayasal hak olarak düzenlenmiş olduğu, bu itibarla, 6698 Sayılı Kanunun 1. maddesinde Kanunun amacı belirtilirken “...başta kişisel verilerin korunması ve özel hayatın gizliliği olmak üzere” ifadesi yerine eksik biçimde yalnızca “başta özel hayatın gizliliği olmak üzere” ifadesinin kullanılmasının, 6698 sayılı Kanun'un düzenlenme amacına aykırı olduğu görüşündedir.<sup>70</sup>

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun makalenin konusu olan kişisel sağlık verilerini ilgilendiren 6. maddesinde “Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları” başlığı altında kişisel sağlık verilerin istisnai haller dışında işlenmesi yasaklanmıştır. Kişisel sağlık verilerini de içinde barındıran özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesinin yasak olduğu hüküm altına alınmış maddenin üçüncü fıkrasında ise özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası aranmaksızın işlenebileceği haller düzenlenmiştir.<sup>71</sup>

KVKK, özel nitelikli verilerin işlenmemesinin istisnalarını sayarken sınırlı sayıya yer vermiş, “kişinin rızası”, “hukuki ve fiili nedenlerle, rızasını açıklayamayacak durumda olan bir kişinin kendisinin veya bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün idamesi için veri işlenmesinin zorunlu olması”, “ilgili kişiye yeterli koruma imkanının sağlanması şartıyla, veri kütüğü sahibinin, bu Kanunla veya diğer kanunlarla tanınan hak ve yetkileri kullanabilmesi veya yükümlülükleri yerine getirebilmesi için veri işlenmesinin zorunlu olması, ilgili kişi tarafından alenen açıklanan veriler hakkında olması” gibi nedenlerle özel nitelikli verilerin işlenebileceğini kabul etmiştir.<sup>72</sup>

### **3.3. Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik**

10/11/2011 tarihli ve 663 sayılı Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşlarının Teşkilat ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararnamenin 8 inci maddesinin birinci fıkrasının (j) bendi ile 47 nci maddesi, 7/5/1987 tarihli ve

<sup>69</sup> YILMAZ, s.83, 84.

<sup>70</sup> AKGÜL, s.244,245.

<sup>71</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, m.6, (Sinergi Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>72</sup> YILMAZ, s.84.

3359 sayılı Sağlık Hizmetleri Temel Kanununun 3 üncü maddesinin birinci fıkrasının (f) bendine ve 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununa dayanılarak hazırlanan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik Resmi Gazete'nin 20/10/2016 tarih ve 29863 sayılı nüshasında yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Sonrasında Resmi Gazetenin 24 Kasım 2017 tarih ve 30250 sayılı nüshasında yayınlanan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi Ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelikte Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik ile bazı maddeleri değiştirilerek tadil edilmiştir.

Yönetmeliğin amacı, özellikle kişisel sağlık verilerin kaydının tutulmasında kullanılacak programın yasal zeminini oluşturmaya çalışmak ve kişisel sağlık verilerinin mahremiyetini korumaktır.<sup>73</sup>

Yönetmeliğin, 6. maddesiyle dördüncü, beşinci ve altıncı fıkraları yürürlükten kaldırılmış, birinci, ikinci ve üçüncü fıkralarında da değişiklik yapılmıştır. Birinci fıkrada belirtilen “veri işleyen” in tanımı ve kapsamı genişletilmiştir. Mesela veri işleyen bundan sonra, kişisel sağlık verilerinin hukuka aykırı olarak işlenmesini önleme, kişisel sağlık verilerine hukuka aykırı olarak erişilmesini önleme görevine ve kişisel sağlık verilerinin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbiri alma yetkisine sahiptir. İkinci fıkrayla beraber Kişisel Verilerin Korunması Kurulu'nun yetkisi artırılmış ve kişisel sağlık verisi işleyenler, kurul tarafından çıkarılan ikincil düzenlemelere uyma yükümlülüğüne tabi olmuşlardır. Üçüncü fıkrada da Bakanlık ibaresi kaldırılıp, ihlal şüphesi durumunda veri işleyenin, kurula bildirimde bulunması gerektiği belirtilmiştir.

7. maddeyle beraber birinci, ikinci ve dördüncü fıkralarda değişikliğe gidilmiştir. Birinci fıkranın ifadesi sadeleştirilmiş, ikinci fıkrada kişiye ait verilerin işlenmesi için, kişiden alınan rızanın “yazılı” olması ibaresi kaldırılmış, böylece sadece açık rıza alınması yeterli görülmüştür. Ancak yazılı rıza alınması muhakkak verileri işleyen açısından daha güvenilir olacaktır. Dördüncü fıkrada da özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde kurul tarafından belirlenen önlemlerin alınmasının “şart” olduğu belirtilmiştir. Aslında bu hükme eklenen “şart” ifadesiyle kanun koyucu, durumunda önemini daha iyi belirtmek istemiştir.

İlgili yönetmeliğin 8. maddesiyle de , üçüncü ve dördüncü fıkraları kaldırılmış, birinci ve ikinci fıkralarında da değişikliğe gidilmiştir. Birinci ve

<sup>73</sup> YILMAZ, s.85.

ikinci fıkralarda diğer maddelere atıf yapılarak sadeliğe gidilmiş, esaslı bir değişiklik yapılmamıştır.

### 3.4. Türk Ceza Kanunu

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin olarak pek çok hukuki ilişki hem ülkelerin iç mevzuatlarında hem de uluslararası belgelerde düzenleme alanı bulmaktadır. Bu kurallar kişisel verilerin hangi meşru sınırlar çerçevesinde işleme tabi tutulabileceğini ele almaktadır. Ancak bu hukuka uygunluk sınırının dışına çıkılmasıyla kişisel verilerin kişilik haklarına özellikle de kişilerin maddi ve manevi varlığını serbestçe geliştirebilme hakkı ve özel yaşamın gizliliği bakımından arz ettiği önem dolayısıyla bazı cezai düzenlemeleri de gerekli kılmaktadır.<sup>74</sup>

5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu ile Türk Ceza Hukukuna giren “*Kişisel Verilerin Hukuka Aykırı Olarak Kaydedilmesi Suçu*” kişisel verilerin korunması amacıyla öngörülen bir düzenlemedir.<sup>75</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanununun “Suçlar” başlıklı 17. maddesi ile de Kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından 5237 sayılı Türk Ceza Kanununun 135 ila 140 ncı madde hükümlerinin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır.

5237 Sayılı Türk Ceza Kanununun 135. maddesiyle kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydeden kişiye, 136. maddesiyle kişisel verileri hukuka aykırı şekilde başkasına veren, yayan ve ele geçiren kişiye verilecek ceza, 137. maddesiyle ise anılan suçun nitelikli hali düzenlenmiştir.

## 4. Hastanelerin Yükümlükleri

### 4.1. Genel Olarak

Hastaya ait bilgilerin kayda alınmasından, korunması, paylaşılması ve arşivlenmesine kadar hastanelere de büyük sorumluluklar yüklenmektedir. Özellikle sağlık sisteminde reform değişikliklerden sonra hastaların kamu hastanelerinden yararlanır gibi özel hastanelerden yararlanmalarına olanak sağlandığı, özel hastanelerin de kamu hastaneleri ile benzer yoğunluklara ve hasta kapasitesine sahip olduğu düşünüldüğünde hastanın kişisel verilerinin işlenmesi, arşivlenmesi ve korunması ile ilgili ciddi yükümlülükler altına girdiği tartışmasızdır.<sup>76</sup>

<sup>74</sup> AYDIN, s.123.

<sup>75</sup> AKGÜL, s.273.

<sup>76</sup> YILMAZ, s.98.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)

#### 4.2. Kişisel Sağlık Verilerinin Tutulması

Kişisel sağlık verilerinin işlenmesi ve mahremiyetinin sağlanması hakkında yönetmelik uyarınca, kişinin muayene olduğu hekiminin hasta-hekim ilişkisi içinde hastaya karşı birçok sorumluluğu ve yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu yükümlülüklerden bir tanesi kişisel verilerin kayıt altına alınması noktasında kendini gösterir. Hasta-hekim arasındaki ikili ilişkide hastanın tedavi alma isteği ve hekimin de en temel görevi olan tıbbi müdahaleyi gerçekleştirme söz konusu ilişkide en temel noktadır. Hekimin sır saklama yükümlülüğü de unutulmayarak, hastasının bilgilerini doğru tedaviyi de uygulama amacıyla kayıt altına alması doğru olacaktır. Hekim gerekli gereksiz her şeyi kayıt altına alma durumunda değildir. Bu konudaki ölçüt, “tıbben teşhis ve tedavide gerekli olma” ölçütüdür.<sup>77</sup> Ayrıca kayıt tutma yükümlülüğünün yasal düzeneğine değinmek gerekirse; sağlık çalışanlarının tanımını yapan ve görevlerini açıklayan Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun’un 72. maddesine bakmak gerekecektir.<sup>78</sup> Madde uyarınca; “Mesleklerini uygulayan hekim, diş hekimleri, dişçiler ve ebeler, örneğine göre Sağlık Bakanlığı tarafından düzenlenen, yerel sağlık yöneticilerince onanmış, hastaların ad ve kimliklerini kayıt için basılan bir protokol defteri tutma zorundadırlar. Bu defterlerdeki kayıtlar, ücretten doğan davalarda sahibi lehine delil sayılabilir. Şu kadar ki, iddiaya kanıt olan kaydın doğru olmadığı belgeler ve diğer güvenilir kanıtlar ile kanıtlanabilir.” denerek, hangi sebeplerden dolayı bilgilerin kayıt altına alınması gerektiği belirtilmiştir.

Hasta ile hekim arasındaki ilişki kural olarak bir vekâlet akdi olduğundan, vekâlet akdinin hükümlerine göre bu ilişki değerlendirilmelidir. Türk Borçlar Kanununun 508. maddesi uyarınca, vekil-müvekkil arasındaki hesap verme ilişkisi kaleme alınmıştır. Konumuzda bu ilişki hekim-hasta ilişkisinin hesap verme ilişkisiyle örtüşmektedir. Maddeye göre; “Vekil, vekâlet verenin istemi üzerine yürüttüğü işin hesabını vermek ve vekâletle ilişkili olarak aldıklarını vekâlet verene vermekle yükümlüdür. Vekil, vekâlet verene tesliminde geciktiği paranın faizini de ödemekle yükümlüdür.” Ayrıca hekime bir kusur iddiasında bulunulması durumunda söz konusu iddianın gerçek olduğunu ispat etmek hastanın görevi değil; iddianın gerçek

<sup>77</sup> HAKERİ, Hakan, Tıp Hukuku, s.332.

<sup>78</sup> ÖZDEMİR, Hayrunnisa, Teşhi ve Tedavi Sözleşmesinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Digestası, 2009, (<http://www.ankarabarasu.org.tr/Siteler/1940-2010/Kitaplar/pdf/s/sdigesta.pdf>).

olmadığını ispat etmek, hekimin görevidir.<sup>79</sup> Bu nedenlerden ötürü hekim, tedavi ettiği her hastaya ilişkin bilgileri ayrı olarak kayıt altına almalıdır. Buna göre hastanın kayıt altına alınması gereken bilgileri:

- Hastanın kimlik bilgileri
- Hastanın hastaneye geldiği andaki şikayetleri,
- Olayla ilgili kısa bir hikaye,
- Semptom ve fiziki muayene bulguları,
- Tanıya yönelik tetkik ve konsültasyon sonuçları,
- Ameliyat öncesi hastaya konulan muhtemel veya kesin teşhis,
- Planlanan ameliyatın amaç, teknik ve süresini, ameliyatta belirlenen bulguları, uygulanan anestezi türü,
- Hastanın ameliyat sonrası yaşamsal fonksiyonlarına ilişkin muayene bulguları,
- Hastaneden iyileşme veya ölüm nedeniyle ayrılıncaya kadar geçen sürede yapılan periyodik muayene bulguları, klinik seyri, istenen tetkik ve konsültasyon sonuçları,
- Ölüm meydana gelmiş ise ölüm zamanına ve sebebine ilişkin ayrıntılı bilgi şeklinde sıralayabiliriz.<sup>80</sup>

Ayrıca hekim, hastanın yaş, kilo, cinsiyet gibi tanıtıcı bilgilerini de kayıt altına almalıdır. Sağlık tedavisinde, tedavi sırasında bir risk oluşturup oluşturmayacağı gözetilerek alkol, sigara kullanımı da bu kayıtlara eklenmelidir. Aynı zamanda kayıt altına alınan bilgilerin yanında hastanın geçmişinde yaşadığı hastalıklar, bir alerjisinin olup olmadığı, daha önce ameliyat geçirip geçirmediğine dair temel bilgiler de bulunmalıdır. Bu bilgilerin, kayıt altına alınmaması hakkında Yargıtay<sup>81</sup> bir kararında, kayıt altına alınması gerektiği halde alınmamasını kusur olarak değerlendirmiştir.

Bu noktada belirtmek gerekir ki hekim-hasta ilişkisinde hekimin yükümlülüklerinden biri olan vekâlet akdine dayanarak; TBK 506 vd. vekâlet hükümlerinde yer aldığı gibi; vekilin özen ve sadakat borcu, edimin ifası

<sup>79</sup> Yargıtay 13. HD. 2013/30822E. 2014/10772K. 09.04.2014 (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>80</sup> ALTUNDİŞ, Mehmet, Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu, (<http://www.taa.gov.tr/indir/tibbi-kisisel-verilerin-tutulmasi-ve-korunmasi-yukumlulugu-ve-idarenin-bu-yukumlulugunu-yerine-getirmemesinden-dogan-sorumlulugu-bWFrYWxlfDQ2ZDA4LTVjNzZmLTFhYTMzLTQ2NzZLnBkZnw5MDQ/>), s.32.

<sup>81</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 07.02.2005, 2004/1208E., 2005/728K. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

sırasında öğrenilen müvekkile ait sırların gizli tutulması borcunu da içerir.<sup>82</sup> Bununla beraber, hekimin sır saklama yükümlülüğü, Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi ile Hasta Hakları Yönetmeliği'nde kaleme alınmıştır. Ayrıca hekimin sır saklama yükümlülüğü kapsamında; hastanın rızası dışında sırrın açıklanması halinde bir zarar meydana gelirse, zarar gören hasta maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir.

## **5. Ülkemizde kişisel sağlık verilerinin kayıt altına alındığı mevcut sistemler**

### **5.1. Biyometrik Yöntemler**

Biyometrik yöntem, kişinin fiziksel veya davranışsal özelliklerini tanımaya elverişli, diğerlerinden ayırt edilebilen en uygun yöntem olarak bilgisayarlarla kontrol edilebilen, otomatik sistemlerin tamamına verilen yöntemin adıdır.<sup>83</sup>

Ayrıca biyometrik verinin tanımlaması, 2016/679 sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü (General Data Protection Regulation – GDPR) md. 4/11'de de yapılmıştır. Söz konusu madde uyarınca, biyometrik veri “Özel teknik bir işleme sonucu elde edilen, bir kişinin fiziksel, psikolojik veya davranışsal bir karakteristik özelliğine ilişkin olan ve bu kişinin yüz görüntüsü veya el yazısı karakteri gibi sadece kendine ait bir özelliğin belirlenmesine imkan sağlayan herhangi bir kişisel veri”<sup>84</sup> şeklinde kaleme alınmıştır.

GDPR'de yer alan tanımlamada belirtildiği üzere, biyometrik sistemleri çeşitli şekil ve biçimlerde karşımıza çıkar. Bunlar; DNA, el, yüz, retina, parmak izi, ses, kişinin kendine ait imzası, konuşması ve koşması şeklinde örneklendirilebilir. Kişilerin bu tür kendine has özelliklerinin ayırt edilmesiyle biyometrik yöntemler oluşturulmakta ve biyometrik yöntemlerle kişiye ait olan bu veriler farklılaştırılarak kaydedilmektedir.

Kişisel verilerin korunması ile ilgili düzenlenen tüm uluslararası / ulusal düzenlemeler biyometrik yöntemlerle elde edilen kişisel veriler için de geçerlidir ve bu düzenlemeler aynı zamanda da biyometrik yöntemle kişisel veri elde edilmesinin sınırını teşkil etmektedir.<sup>85</sup>

Türk Hukukunda genetik ve biyometrik verilerin özel bir teknoloji ile işlenmesindeki amaç kimlik tanımlaması veya doğrulaması ise, bu verilerin, biyometrik ve genetik veri sayılması yerinde olacaktır. Aksi takdirde, kişinin

<sup>82</sup> BUDAK, s.545.

<sup>83</sup> AKGÜL, Aydın, Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-118-1477>, s.220.

<sup>84</sup> AKGÜL, Aydın, a.g.e, s.391.

<sup>85</sup> AKGÜL, Aydın, a.g.e., s. 392.

alışveriş merkezi ya da işyerinde görüntüsü alınmışsa, işlemenin hukuka uygun kabul edilmesi için KVKK 6. maddesi hükmünde belirtilen hassas verilere ilişkin

sebeplerin bulunması gerekir ki, bu da hukuka uygunluk için aranması gereken ölçütün oldukça yukarı çekilmesi sonucunu doğurur.<sup>86</sup>

## 5.2. E-Nabız Projesi

E-Nabız Projesi 2015 senesinde Sağlık Bakanlığı tarafından kurulmuştur. E-Nabız Kişisel Sağlık Sistemi, sağlık hizmeti sunucusu olan hekim ile hizmeti alan kişi arasında, kişinin sağlığı hakkında doğrudan bilgi alışverişine, tıbbi görüntü ve raporlarının paylaşımına imkan sağlayan, arada herhangi bir üçüncü kişinin bulunmadığı, bu denli geniş kapsamlı ve güvenli bir hekim-hasta iletişim platformu olarak dünyada ilk ve tek sistemdir.<sup>87</sup> Söz konusu sistemle birlikte Sağlık Bakanlığı, işlenen bütün bilgileri kendisine ulaştırılması konusunda bir zorunluluk yaratmıştır. Burada hastaya ilişkin tüm bilgilerin tek bir noktada toplanması sebebiyle bu bilgilere ulaşım en kolay yoldan yapılmış olacaktır. Ayrıca kişilerin istemi üzerine de bu bilgilere tek bir noktada ulaşımın sağlanabildiği gibi, istemle birlikte bilgilerin silinmesi kolaylıkla yapılabilecektir. Sistemin nasıl çalışacağına dair en son 2016/6 sayılı bir genelge<sup>88</sup> çıkartılmıştır.

Genelge ile hekimlere birçok sorumluluk yüklenmekte, kişisel verileri sisteme aktarmayan hekim hakkında yasal işlem uygulanacağı belirtilmektedir. 2015 yılında hayata geçirilmiş olan E-Nabız, geniş kapsamlı bir cezalandırma sistemini içinde barındırmaktadır. Bu anlamda uluslararası sözleşmelere ve ulusal düzenlemelere aykırılık teşkil etmektedir.<sup>89</sup> Ceza hukukundaki en temel ilke olan kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ediyor olması ilk göze çarpan aykırılıktır. Zira kanunla düzenlenmesi gereken söz konusu suçun cezasının genelgeyle düzenlenmesinin başka türlü yorumlanması mümkün değildir.

<sup>86</sup> YÜCEDAĞ, Nafiye, Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İÜHFM, C. LXXV, S.2, s. 769.

<sup>87</sup> T.C. Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün 75730711 sayılı yazısı, (<http://khgm.saglik.gov.tr/Dosyalar/a1d4643811c74bba9949f8e57731634e.pdf>).

<sup>88</sup> (<http://dosyamerkez.saglik.gov.tr/Eklenti/820,genelge20166pdf.pdf?0>).

<sup>89</sup> YILMAZ, s.103.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*



### **Kişisel Sağlık Verilerinin Sağlık Bakanlığına Aktarılması**

Kişisel sağlık verilerinin, teknolojinin gelişmesi de göz önüne alındığında, elektronik ortamlarda kayıt altına alınması, kayıt tutulan sistemlerin güvenliğinin ve denetiminin sağlanması için Sağlık Bakanlığı, SGK ve özel sağlık sigortaları ile paylaşılmasını gerekli kılmıştır.

Sağlık Bakanlığı Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün açıklamalarına göre, **Ulusal Sağlık Bilgi Sistemi**, “sağlıkta dönüşüm projesi kapsamında uygulamaya koyulan reformların en önemli aşamalarından biridir.” Sözü edilen belgelerde USBS, “tüm vatandaşları kapsayan, bireyin doğumundan önce başlayıp tüm yaşamı boyunca sağlığıyla ilgili verilerden oluşan işlevsel bir veri tabanının, yüksek bant genişlikli ve tüm ülkeyi kapsayan bir iletişim omurgasında paylaşılması ve tele-tıp uygulamalarına varan teknolojilerin mesleki pratikte kullanılmasını temel alan elektronik kayıt sistemidir. Bu sistem ayrıca sağlık hizmeti sunan tüm kurum ve kuruluşların insan gücü, taşınır, taşınmaz, idari ve mali verilerini de kayıt altına alacak şekilde tasarlanmıştır.” şeklinde ifade edilmiştir.<sup>90</sup>

**Sağlık.NET** ise, “sağlık kurumlarında elektronik ortamda üretilen verileri, doğrudan üretildikleri yerden, standartlara uygun şekilde toplamayı, toplanan verilerden tüm paydaşlar için uygun bilgiler üreterek birinci, ikinci ve üçüncü basamak sağlık hizmetlerinde verim ve kaliteyi arttırmayı hedefleyen, entegre, güvenli, hızlı ve genişleyebilen bir bilgi ve iletişim platformudur.” şeklinde açıklanmıştır.<sup>91</sup>

Daha sonra Sağlık Bakanlığı “**Sağlık Net 2 Veri Gönderimi**” isimli bir Genelge yayınlamış ve burada sağlık hizmetinin gerçekleştiği bütün kurumların Ulusal Sağlık Veri Sözlüğü (USVS) 2.0. kapsamında bulunan tüm hastaların sağlık verilerini, Sağlık Net 2 sistemine göndermesini zorunlu tutmuştur. Söz konusu genelgede kişinin sağlığı ile ilgili olan ve olmayan çok sayıda özel bilginin kayıt altına alınmasının gerektiği belirlenmiştir. Gönderilmesi istenen bilgiler içinde; bütün kimlik, adres, iletişim bilgileri, hamilelik testleri, sağlık geçmişi, özürllülük durumu, medeni hal, alkol-madde-sigara kullanımı, iş, meslek, öğrenim durumu, gelir durumu, hastalık şikayetleri, hastanın öyküsü, bütün tetkik sonuçları, tetkik istenen kurumlar, 15-49 yaş arası kadınların, doğum, düşük türü ve sayıları, kadın sağlığı işlemleri, kullanılan aile planlaması yöntemi, gebelik tespiti sonuçları, son adet tarihi, babanın kan grubu, gebe olduğu tespit edilmiş olsun ya da

<sup>90</sup> (<http://www.istabip.org.tr/icerik/net2sorucevap.pdf>) (Erişim Tarihi: 15.09.2017).

<sup>91</sup> <http://www.saglik.gov.tr/KlinikKalite/belge/1-24095/sagliknet-nedir.html>, (Erişim Tarihi: 16.09.2017).

olmasın, doğum ya da düşükle sonuçlanan tüm gebelikler, ağız ve diş sağlığı ile ilgili tüm koruyucu hekimlik, teşhis ve tedavi işlemleri gibi birçok bilginin yer aldığı aktarılmaktadır.<sup>92</sup> Bunların kayıt altında tutulması da insan onuruna aykırı bir durum oluşturmaktadır.

Genelgenin yayınlanmasının ardından, Türk Tabipler Birliği genelgenin iptal edilmesi isteği ve yürütmenin durdurulması amacıyla Danıştay'a başvurmuş, Danıştay 15. Dairesi 12.6.2014 tarih ve 2013/2084 E. sayısı ile Genelge hakkında yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.

*“... Genelgenin dayanağı olduğu ileri sürülen hükümler incelendiğinde, 3359 sayılı Kanununun 3. maddesi (f) bendinin genel bir düzenleme olup, kayıt ve bildirim sisteminin internet üzerinden bir yazılım yoluyla yapılacağı ve kişisel sağlık verisi kapsamındaki verilerin bu sisteme aktarılacağına (dair) bir düzenleme içermediği, 5258 sayılı Kanunun ise aile hekimlerine ilişkin olduğu, 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 8. maddesinin 1. fıkrasının Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün, 11. maddesinin Sağlık Bilgi Sistemleri Genel Müdürlüğü'nün görevlerine ilişkin olduğu, dava konusu Genelgenin dayanağı olarak değerlendirilebilecek tek hükmün 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 47. maddesi olduğu sonucuna ulaşılmıştır. 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47. maddesinin 1. ve 3. fıkraları Anayasa Mahkemesinin 14.02, 2013 tarih ve E:2011/150, K:2013/130 sayılı kararı ile iptal edilmiştir. İptal hükmünde “Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrasında “Sıkıyönetim ve olağanüstü haller saklı kalmak üzere, Anayasa'nın ikinci kısmının birinci bölümünde yer alan “temel haklar, kişi hakları ve ödevleri ile siyasi haklar ve ödevler” in kanun hükmünde kararnamelerle düzenlenemeyeceği belirtilmiştir. Anayasa'nın “Özel Hayatın Gizliliği” başlıklı 20. maddesinin birinci fıkrası “Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.” hükmüne yer verilmiş, üçüncü fıkrasında ise “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” denilmiştir. Buna göre, Anayasa'nın 20. maddesinde düzenlenen ve “Kişinin Hakları ve Ödevleri” başlıklı ikinci bölümünde yer alan özel hayatın gizliliği ve kişisel verilerin korunması hakkına ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılması mümkün değildir.”*

<sup>92</sup> HAKERİ, s.91-92.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)

*gerekçesine yer verilmiştir. Bu nedenle, yasal dayanak Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen Genelge’de hukuka uyarlık bulunmamaktadır. Her ne kadar, 12.07.2013 tarihinde kabul edilen ve 02.08.2013 tarih ve 28726 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un 73/h-3. maddesi ile 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Anayasa Mahkemesi’nce iptal edilen hükümleri yeniden düzenlenmişse de sonradan yürürlüğe giren yasal düzenlemenin önceden yürürlüğe konulan Genelge’nin dayanağını oluşturmayacağı açıktır. Kaldı ki, hassas veri kabul edilen kişisel sağlık verilerinin toplanması ve işlenmesinin kapsamı, koşulları ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar belirlenmeksizin ve kişisel sağlık verilerine ilişkin bir sınırlama konulmaksızın, sağlık hizmeti alanların kişisel bilgileri ve bu kişilere verilen hizmete ilişkin bilgilerin toplanması, işlenmesi ve paylaşılmasını öngören 663 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 47. maddesindeki 12.07.2013 tarihinde getirilen düzenlemenin sağlık verilerinin kayıt altına alınmasını sağlayan ve bir veri tabanı sistemi şeklinde kurulan Sağlık Net 2 Veri Gönderimi Sisteminin işleyişine ilişkin tüm ayrıntıları kapsayan bir yasal düzenleme olarak kabulü de mümkün değildir...”<sup>93</sup> Kararıyla Danıştay, Anayasa Mahkemesi’nin kararına atıfta bulunup, sağlık verilerinin “hassas veri” olduğunu ve bunların toplanmasının, işlenmesinin, kapsamının koşullarının ve bu verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların mutlaka Kanun’la düzenlenmesi gerektiğini<sup>94</sup> ve idarelerin bu verileri koruma yükümlülüğü altında olduğunu vurgulamıştır.<sup>95</sup>*

Kararda geçen 663 sayılı KHK md. 47/1; “Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri, e-devlet uygulamalarına uygun olarak daha etkin ve hızlı biçimde yerine getirebilmek için, bütün kamu ve özel sağlık kurum ve kuruluşlarından; sağlık hizmeti alanların, aldıkları sağlık hizmetinin gereği olarak ilgili sağlık kurum ve kuruluşuna vermek zorunda oldukları kişisel bilgileri ve bu kimselere verilen hizmete ilişkin bilgileri her türlü vasıtayla toplamaya, işlemeye ve paylaşmaya yetkilidir.” şeklindedir.

<sup>93</sup> Danıştay 15. Dairesi, 12.6.2014 tarih 2013/2084E (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>94</sup> Aynı yönde bkz. Danıştay 15.Daire, 25.11.2014 tarih ve E:2013/8671, K:2014/8849. (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>95</sup> 27/02/2015 tarih ve 29280 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren Sağlık Bakanlığı ve Bağlı Kuruluşları Tarafından Evde Sağlık Hizmetlerinin Sunulmasına Dair Yönetmeliğin “Kayıtların Tutulması” başlıklı 22.maddesinin iptaline yönelik açılan davada, Danıştay 15.Dairesi 06/07/2015 tarih ve E:2015/3602 sayılı kararında; “davalı idarenin bilgi güvenliği ve mahremiyeti hakkında mevzuat hükümlerine uyulması gerektiği tartışmasıdır...” şeklinde açıklayıcı bir dil kullanmıştır.

Bu düzenlemenin ardından aynı hüküm Sağlık Bakanlığı'nca 2.8.2013 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanan 6495 sayılı Bazı Kanun ve Kanun Hükmünde Kararnamelerde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un 73/h-3 hükmüyle tekrar yasalaştırılmıştır. Söz konusu hükmün Anayasa'nın 20. maddesine ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesine aykırı olması nedeniyle iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Anayasa Mahkemesi 04.12.2014 tarihli ve 2013/114E., 2014/22K.sayıli kararıyla anılan kanun hükmünü de iptal etmiştir.<sup>96</sup>

Dava konusu olan 663 sayılı KHK md. 47/1 ile sağlık hizmeti verilen tüm kuruluşlardan, Sağlık Bakanlığı'na ve Sağlık Bakanlığı'na bağlı olan kuruluşlara, hizmet alan bütün kişilerin kişisel sağlık verilerinin aktarılması öngörülmüştür. Söz konusu hükümde “her türlü vasıtaıyla toplama, işleme ve paylaşma” denilerek çok geniş bir yetki doğmuştur. Zira aynı maddenin 2.fikrasında, 1.fikrada belirtilen bu geniş yetkinin ölçülülük ilkesine aykırılık göstermesi vuku bulmuştur. Maddenin 3. fıkrasında ise “Bakanlık ve bağlı kuruluşları, mevzuatla kendilerine verilen görevleri yerine getirebilmek için gereken bilgileri, kamu ve özel ilgili bütün kişi ve kuruluşlardan istemeye yetkilidir. İlgili kişi ve kuruluşlar istenilen bilgileri vermekle yükümlüdür.” denilerek verilen geniş yetki daha da genişletilmiştir.

Bakanlık ve bağlı kuruluşlarına verilen görevler çok geniş bir alanı kapsamakta olup, bu görevlerin tamamının kişilerin özel hayatlarına müdahale edilmesini gerektirecek bir toplumsal zorunluluğu bünyesinde barındırdığı söylenemez. Dolayısıyla, dava konusu kuralla sadece demokratik toplum düzeni yönünden zorunlu olan sınırlamalara değil, özel hayatın ve kişisel verilerin korunması haklarına yapılabilecek her türlü sınırlamaya izin verilmesi, bir başka ifadeyle, kuralda anılan haklara sınırlama getirilirken sınırlama aracının sınırlama amacına uygun ve orantılı olarak kullanılmasını temin edecek güvencelere yer verilmemesi ölçülülük ilkesine aykırı düşmektedir.<sup>97</sup>

### **Kişisel Sağlık Verilerinin Genel Sağlık Sigortasında Yer Alması**

Kişisel sağlık verilerinin Sağlık Bakanlığı'na aktarılmasının yanı sıra, söz konusu verilerin genel sağlık sigortası kapsamında yer alması kaçınılmaz olmuştur. Ülkemizde uzun yıllardır kullanılan **MEDULA** sistemi ile sağlık hizmeti verilen kuruluşlar ve genel sağlık sigortası arasında bir fatura sistemi

<sup>96</sup> (<http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2014/12/20141206-25.pdf>), (Erişim Tarihi: 14.10.2017).

<sup>97</sup> ALTUNDİŞ, s.29.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*

oluşturulmuş, elektronik olarak faturalandırmalarla gerçekleştirilen hizmetlerin ödemesi sağlanmaktadır. Fatura bilgilerinin yanında ayrıca hasta kabul sistemi, hizmet kaydı ve rapor bilgileri kaydı da bulunmaktadır.

Söz konusu sistem, bir yasal dayanağı bulunmaması nedeniyle eleştirilerin odak noktası olmuştur. Zira faturaya dayandırılması için kişilerin ne tür hizmetler aldığı aktarılmakta olduğu ve bu bilgilerin korunmasının ne derece sağlandığı bilinmemekle birlikte, bu bilgilere kimlerin ulaşacağı da bir muammadır. 2013 senesinde Genel Sağlık Sigortası MEDULA Web Servisleri Kullanım Kılavuzu'nda değişiklikler gerçekleşmiştir. Bu değişiklik ile özel ve üniversite hastanelerinde Avuç İçi Damar İzi uygulanmaya başlanmış ve tedavi görece hastaların sigortalılara her muayene, kontrol muayenesi, fizik tedavi, diyaliz uygulaması, kemoterapi, radyoterapi gibi işlemlerin yapılacağı her seferde kimlik doğrulaması yaptırmak zorunluluğu getirilmiştir.

Türk Tabipler Birliği, Kılavuz hükümlerinin iptali ve yürütmesinin durdurulması istemiyle Danıştay'da dava açmıştır. Danıştay 15.Dairesi 08.07.2014 tarih ve 2014/1150 sayılı kararla biyometrik kimlik doğrulama sisteminin uygulamasını durdurulmasına karar vermiş<sup>98</sup> ve 31.5.2006 tarihli ve 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 67. maddesinin üçüncü fıkrasına, 1.3.2012 tarihli ve 6283 sayılı Kanun'un 1. maddesiyle eklenen "biyometrik yöntemlerle kimlik doğrulamasının yapılması ve/veya." ibaresinin Anayasa'nın 2., 13. ve 20. maddelerine aykırılığı ileri sürülerek iptaline karar verilmesi için Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi E: 2014/180, K:2015/30 sayılı kararla anılan kanun hükmünün Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.<sup>99</sup> Anayasa Mahkemesinin bu kararı üzerine kişilerin parmak izlerinin kişisel veri olarak değerlendirip değerlendirilmeyeceğinin tartışmaya açılmasının önüne geçilmesi adına belirtmekte fayda var ki parmak izi tartışmasız kişisel veridir. Yasal mevzuatımızda parmak izi alınması sınırlı şartların varlığı halinde 2559 sayılı Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu (PVSK) ile kolluk kuvvetine verilmiştir. İç hukuk dikkate alındığında Anayasa'nın 17. maddesi ile düzenlenen "kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı" hükmüne, 20. maddesi ile düzenlenen "herkesin, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu, özel hayatın ve aile hayatının

<sup>98</sup> <http://www.istabip.org.tr/icerik/avuiciyurutmeyidurdurma.pdf>, (Erişim Tarihi:02.11.2017).

<sup>99</sup> <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/eb0ec514-e01c-47ba-86bedadfd0c0c2bv3?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>, (Erişim Tarihi:02.11.2017).

gizliliğine dokunulamayacağı” ve 13. maddede düzenlenen “temel hak ve hürriyetler özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” hükümlerine aykırı bir uygulama olduğu açıktır.

2012 senesinde, 5510 sayılı Sosyal Güvenlik ve Genel Sağlık Sigortası md. 78/1-2'nin dayanak oluşturduğu Genel Sağlık Sigortası Verilerinin Güvenliği ve Paylaşımına ilişkin Yönetmelik yayınlanmıştır. Fakat bu Yönetmelik'in de Türk Tabipler Birliği ve Türkiye Psikiyatri Derneği tarafından iptal edilmesi ve yürütülmesinin durdurulması istenmiş ve dava açılmıştır. Danıştay 15. Hukuk Dairesi daha önce belirtildiği üzere söz konusu Yönetmelik'e dayanak oluşturan 5510 sayılı kanun md. 78'in 1. ve 2. fıkralarının iptalinin istenmesi üzerine Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmasına karar vermiştir. Başvurunun ardından Anayasa Mahkemesi “Sağlık bilgilerinin ne şekilde korunacağı, ulusal güvenlik nedeniyle sağlık bilgisi paylaşımına açılmayacak kişilerin tespiti ilgili bakanlıkların önerisi üzerine Bakanlıkça tespit edilir. Bu kişi ve grupların sağlık bilgilerinin nasıl tutulacağı ilgili kuruluşların görüşleri alınarak hazırlanacak yönetmelik ile düzenlenir.” kısmını Anayasa'nın 20. maddesine aykırı olması sebebiyle iptal etmiştir.

Bu karardan sonra Danıştay 15. Dairesi, dava konusu Genel Sağlık Sigortası Verilerinin Güvenliği ve Paylaşımına ilişkin Yönetmelik'in dayanağının Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edildiği, üstelik kişisel sağlık verilerinin toplanmasına, işlenmesine ve paylaşılmasına ilişkin düzenlemelerin Anayasa'nın 20. maddesinde öngörülen kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esasların ancak kanunla düzenlenebileceğine ilişkin güvenceyi sağlamaktan uzak olduğu gerekçesi ile Yönetmelik'in dava konusu edilen tüm hükümlerinin yürütmesini durdurmuştur.<sup>100</sup>

Anayasa Mahkemesinin ve Danıştay 15. Daire'nin söz konusu kararları ardından, açıkça söylemek gerekir ki, Sağlık Bakanlığı ve SGK başta olmak üzere idari kurumların kişilere ait özel kişisel veri niteliğindeki sağlık bilgilerini toplamasının hukuka aykırı olduğu açıktır.

## **6. Kayıt Tutma ve Sır Saklama Yükümlülüğü**

Özel hastane işleticisi, hastanesine kabul ettiği hastaya ilişkin bilgileri düzenli bir şekilde kayda geçirmek ve bu kayıtlarla birlikte sair bütün belgeleri saklamak zorundadır. Bu hastane işleticisi için, sözleşmeden doğan

<sup>100</sup> ALTUNDİŞ, s.32.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)

bir yükümlülük olduğu gibi aynı zamanda yasal bir yükümlülüktür.<sup>101</sup> Teşhise ilişkin çabalar, fonksiyon bulguları, verilen ilaçların türü ve dozu, hekimin verdiği talimatlar, standart tedaviden sapma, gelişim süreci, hastanın aydınlatılması, operasyonun gelişimi (ameliyat raporu), anestezinin gelişimi (anestezi raporu), beklenmeyen aradaki olaylar, ameliyat sırasında operatör hekimin değişmesi, başlangıç kontrolleri, yoğun bakım, taburcu raporu ve taburcu olurken yapılan tavsiyeler, kayıt altına alınmak zorundadır.<sup>102</sup>

Özel Hastaneler Yönetmeliğinin “Tıbbi Kayıt” başlıklı 48. maddesiyle özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbi hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin ve hasta dosyasının tutulması zorunluluğu, 49. madde ile de özel hastanede tutulan hasta dosyalarının, en az yirmi yıl süre ile saklanacağı, hususları hüküm altına alınmıştır.<sup>103</sup>

Hastaya ait bilgiler, hastanın zorunlu olarak vermek zorunda kaldığı veya tedavisi süresinde bulgulardan elde edilmiş bilgiler olabilir. Bunların özel yaşamı ihlal etmeyecek şekilde saklanması tedavi eden kurum ya da kişinin sorumluluğundadır.<sup>104</sup>

Kayıtların eksik tutulması tek başına tıbbi uygulama hatası olarak kabul edilmemektedir. Fakat kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali hem meslek hukuku hem de ispat hukuku açısından önemli sonuçlar doğurur.<sup>105</sup>

<sup>101</sup> GÜLTEZER, Hatırnaz Erol, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017, s. 195.

<sup>102</sup> HAKERİ, s. 332.

<sup>103</sup> Özel Hastaneler Yönetmeliğinin “Tıbbi Kayıt” başlıklı 48. maddesi aşağıdaki gibidir; “Özel hastanelerin acil servis, poliklinik, klinik, röntgen, laboratuvar ve ameliyathane gibi tıbbi hizmet ünitelerinde, sayfa ve sıra numarası verilmiş ve her sayfası müdürlükçe mühürlenmiş protokol defterlerinin tutulması zorunludur.

Özel hastanelere başvuran her hasta için hasta dosyası düzenlenir. Hasta dosyasına hastanın tedavisiyle ilgili bütün müşahedeler ve yapılan muayene, tahlil ve tetkik sonuçları ile tedavi ve günlük değişiklikler yazılır.

Hasta dosyası içerisinde, asgari olarak aşağıdaki belgelerin bulunması şarttır: a) Hasta kabul kağıdı, b) Tıbbi müşahade ve muayene kağıdı, c) Hasta tabelası, ç) Hemşire gözlem kağıdı, d) Röntgen ve laboratuvar istek kağıdı ve tetkik raporları, e) Ameliyat kağıdı, f) Hastanın muayene istek formu, g) Çıkış özeti, ğ) Uygulanacak tedavinin kabul edildiğine dair olan ve 1/8/1998 tarihli ve 23420 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan Hasta Hakları Yönetmeliğinin ilgili maddesi uyarınca alınmış rızayı gösteren muvafakat formu.”

Özel Hastaneler Yönetmeliği, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>104</sup> GÜLTEZER, s. 201.

<sup>105</sup> HAKERİ, s. 336.

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2005 tarih, 2004/12088E. ve 2005/1728K. sayılı örnek kararında;

*“Uyuşmazlığa uygulanması gereken bu hukuki kuralların ışığında, somut olaya baktığımızda, ameliyat sırasında tutulması gereken kayıtların tutulmaması, ameliyatla ilgili raporun 7-8 ay sonra tutulması, çocuk olan hastanın yaşı ve kilosuna ile genel anestezi altında olduğu ve verilen ilaçların birbirini etkileyip hastaya daha fazla tesir edebileceği hususları nazara alınmadığı, dolayısı ile ameliyat sırasında doktorların gerekli dikkat, özen ve ciddiyeti göstermedikleri sabit olduğundan olayda davalı hastane ve doktorların kusurlu olduklarının kabulü zorunludur.”<sup>106</sup>*

gerekçesiyle, yerel mahkeme kararı bozulmuştur. Somut olayda kayıt tutma yükümlülüğünü yerine getirmeyen hekim, elinde yeterli kayıt bulunmadığı için hastaya yanlış tedavi uygulamıştır. Bundan dolayı da Yargıtay ilgili kararda hekimin sorumluluğuna gidilmesi gerektiğine karar vermiştir.

Özel hastane işleteni ve hastanelerde ifa yardımcısı olarak çalışan hekimler, teşhis ve tedavi süresince hastaya ait öğrendikleri sırları gizli tutup üçüncü şahıslara açıklamamakla yükümlüdür. Özel hastane ile hasta arasındaki sözleşmeye vekalet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması kabul edilmektedir.<sup>107</sup>

Hasta Hakları Yönetmeliğinde sağlık hizmeti verilmesi sebebiyle edinilen bilgilerin gizli tutulması gerekliliği düzenlenmiştir. Kişinin rızasına dayansa dahi kişilik haklarından tamamen vazgeçilmesi ilgililerin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz.<sup>108</sup>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2001 tarih, 2001/4-333E. ve 2001/335K. sayılı örnek kararına göre;

<sup>106</sup> Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2005 tarih, 2004/12088E. ve 2005/1728K. sayılı kararı,

(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

<sup>107</sup> GÜLTEZER, s. 209.

<sup>108</sup> Bilgilerin Gizli Tutulması” başlıklı 23. maddesine göre; “Sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle edinilen bilgiler, kanun ile müsaade edilen haller dışında, hiçbir şekilde açıklanamaz. Kişinin rızasına dayansa bile, kişilik haklarından bütünüyle vazgeçilmesi, bu hakların başkalarına devri veya aşırı şekilde sınırlandırılması neticesini doğuran hallerde bilginin açıklanması, bunları açıklayanın hukuki sorumluluğunu kaldırır. Hukuki ve ahlaki yönden geçerli ve haklı bir sebebe dayanmaksızın hastaya zarar verme ihtimali bulunan bilginin ifşa edilmesi, personelin ve diğer kimselerin hukuki ve cezai sorumluluğunu da gerektirir. Araştırma ve eğitim amacı ile yapılan faaliyetlerde de hastanın kimlik bilgileri, rızası olmaksızın açıklanamaz.”

Hasta Hakları Yönetmeliği,(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)



“*Dava dilekçesinde davalının başhekim olduğu devlet hastanesinde yatan bir hastanın AIDS olduğu yönünde basında yer alan haberler üzerine, bu hastanın davacı idare aleyhine açtığı idari davada hüküm altına alınan ve ödenen tazminatın yayına sebebiyet veren davalıdan rücuen tahsili istenmektedir. İdare Mahkemesi kararında basının hastaneye Hastane görevlileri tarafından çağrıldığı, hastanın AIDS olduğuna ilişkin haberler nedeniyle hastanın maddi ve manevi zarara uğradığı belirtilmektedir. Olaya ilişkin olarak düzenlenen 05.05.1992 günlü inceleme raporunda da, hastalarca veya personelce basına bilgi sızdırıldığı, basının başhekimliğe geldiği, davalının bazı doktorları çağırarak basına bazı bilgiler verdiği, gizlilik arz eden böyle hassas bir konuda bilgi verilip telefon ahizeleri elde fotoğraf çektilmesi hatasına düşülmesi ile basının sekizinci kattaki hasta odasına kadar çıkıp hastanın fotoğraflarını çekme olanağı bulabilmesinin hastane idaresi için suç oluşturduğu, görüşü belirtilmektedir. Davalı başhekimin basın elemanlarına henüz AIDS teşhisinin doğrulanmadığını bildirmiş olması, ertesi gün sonuçlanan testlerden böyle bir hastalığı bulunmadığı anlaşılan hastanın isim ve resimlerinin belirtilerek AIDS olduğu yönündeki haberler, basında yer alan davalı resimleri ve belirtilen inceleme raporundaki olgular itibarıyla davalının, kimliği gizli tutulması gereken bir hastalık şüphesi taşıyan hastanın basına afişe edilmesiyle sonuçlanan bu süreçte kusurlu davrandığını göstermektedir. Basın elemanlarının kendilerine verilen bilgilerden fazlasını yazmış olmaları davalının bu sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Şu durum karşısında davalının yayına sebebiyet verdiği kabul edilerek davanın kabulü gerekirken reddedilmesi yerinde değildir...)* gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

*Tarafların karşılıklı iddia ve savunmalarına, dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.*”<sup>109</sup>

Yukarıda vermiş olduğumuz Yargıtay kararında ise başhekim, AIDS şüphesiyle hastaneye yatırılan hasta hakkında, basın mensuplarının konuda haber yapması için birtakım bilgiler vermiş hatta basının hastanın odasına

<sup>109</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2001 tarih, 2001/4-333E. ve 2001/335K. sayılı kararı

(Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

ulaşım fotoğrafını çekmesine de müsaade etmiştir. Ardından basın kesin teşhis olmamasına rağmen hastanın adını soyadını belirtip, AIDS olduğu yönünde iddialar ortaya koymuştur. Başhekim ise hastanın AIDS olduğu konusunda net bir bilgi olmadığını belirtmiş ancak basın bunun aksi yönünde bilgi vermiştir. Mahkemede başhekimin bu beyanına dayanarak rücu edilemeyeceği gerekçesiyle, davayı reddetmiştir. Yargıtay ise yine de bu haberden dolayı başhekimi sorumlu tutmuştur ve idarenin başhekime rücu etmesi gerektiği kararına vararak mahkemenin direnme kararını bozmuştur. Görüldüğü üzere hekimin sır saklama yükümlülüğünü ihlal etmesi, hekimin hiç ummadığı sonuçlar ortaya çıksa bile kendisinin sorumluluğuna gidilebilecek kadar önemli bir kurumdur. Nitekim hastanın AIDS olduğu yönünde haberinin yapılması, insan onuruna aykırı bir durumdur ve bu duruma sebep olan kişi de başhekimdir. Hekimlerin bu konuda çok dikkatli davranmaları, her ne kadar hastanın rahatsızlığı hakkında kesin bir teşhis bulunmasa da bunu hiçbir şekilde basın mensuplarıyla paylaşılması gerekmektedir.

Hekimin sır saklama yükümlülüğünün kalktığı haller de vardır. Bunlar kısaca; hastanın rızası, zorunluluk hali, yetkili merciin emrinin veya kanuni hükmün yerine getirildiği haller olarak özetlenebilir.<sup>110</sup> Ayrıca acil durumlarda hastalara ait gizli bilgilerin kullanımı veya açıklanması söz konusu olabilir.<sup>111</sup>

Kişisel Verilerin Korunması Kanununda da kişisel sağlık verilerinin veri sahibinin açık rızası olmaksızın işlenebileceği istisnai haller düzenlenmiştir. Bunlar;

- Kamu sağlığının korunması
- Koruyucu hekimlik, tıbbî teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi,
- Sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi,

Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 17. maddesinde suçlar 18. maddesinde ise kabahatler düzenlenmiştir. Kanun suçlar bakımından Türk Ceza Kanununun ilgili hükümlerine atıfta bulunmuştur. Türk Ceza Kanuna göre ise tüzel kişiler hakkında güvenlik tedbiri uygulanacaktır.<sup>112</sup>

<sup>110</sup> BÜYÜKAY, Yusuf, Hekimin Sır Saklama Yükümlülüğü, s.390, ([http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004\\_VIII\\_16.pdf](http://eski.erzincan.edu.tr/birim/HukukDergi/makale/2004_VIII_16.pdf)), (Erişim Tarihi: 05.03.2018).

<sup>111</sup> HAKERİ, s. 343.

<sup>112</sup> Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 18. maddesine göre; “Aydınlatma yükümlülüğünü yerine getirmeyenler hakkında 5.000 Türk lirasından 100.000 Türk lirasına kadar, veri güvenliğine ilişkin yükümlülükleri yerine getirmeyenler hakkında 15.000 Türk YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)

Bir tüzel kişinin bünyesinde hukuka aykırı olarak kişisel veri arşivinin tutulması halinde eşya müsadere(TCK m.54), kazanç müsadere(TCK m.55), faaliyet izninin iptali(TCK m.60) gibi güvenlik tedbirlerine hükmlenir.<sup>113</sup>

### **7. Özel Hastanelerin Sır Saklama ve Kayıt Tutma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmemesi ve İhlali Nedeniyle Tazminat**

Hekim hastanın rızası olmadan sırrı açıklamış ve bundan bir zarar doğmuşsa, zarar gören hasta, maddi ve manevi tazminat isteyebilir.<sup>114</sup>Sırlar gizli tutulmaz yayılırsa, hastane işleticisi aleyhine BK m.116 ve BK m.66 çerçevesinde dava açılabilir.<sup>115</sup>

Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinde adam çalıştırmanın sorumluluğu, 116. maddesinde ise yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk hali düzenlenmiştir. Biri haksız filden kaynaklanan kusursuz sorumluluk hali, diğeri ise, borca aykırılıktan kaynaklanan kusursuz sorumluluk halidir.

Borçlar Kanununun 66. maddesinde düzenlenen kusursuz sorumluluk, başkalarını emri altında çalıştıran kimsenin (istihdam eden), kendisine yükletilmiş özen gösterme yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğu esasına dayanmaktadır.<sup>116</sup>TBK m.66'da öngörülen şartların gerçekleşmesi, adam çalıştıran için bir sorumluluk karinesi oluşturur.<sup>117</sup>

Çalışanın, adam çalıştıran için gördüğü iş, çalıştırmanın bir üçüncü kişiye olan borcunun ifasına yardımcı olmaktan ibaret ise ve çalışan bu borca aykırı bir davranışla alacaklıya zarar vermiş ise, çalıştırmanın bu yardımcı kişinin borca aykırılık oluşturan borçlu sıfatıyla sorumluluğu için TBK m.66 ve TBK m.116 yarışacaktır.<sup>118</sup>.

---

*lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, Kurul tarafından verilen kararları yerine getirmeyenler hakkında 25.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, Veri Sorumluları Siciline kayıt ve bildirim yükümlülüğüne aykırı hareket edenler hakkında 20.000 Türk lirasından 1.000.000 Türk lirasına kadar, idari para cezası verilir, maddede öngörülen idari para cezaları veri sorumlusu olan gerçek kişiler ile özel hukuk tüzel kişileri hakkında uygulanır."*

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

<sup>113</sup> AYDIN, s.127.

<sup>114</sup> GÜLTEZER s.444.

<sup>115</sup> GÜLTEZER s.211.

<sup>116</sup> OĞUZMAN Kemal, ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016, s. 141.

<sup>117</sup> OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s.149.

<sup>118</sup> OĞUZMAN/ÖZ, Cilt 2, s.143.

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 27.01.2014 tarih, 2013/19977E. ve 2014/926K. sayılı örnek kararında, “818 Sayılı B.K.nun *"istihdam edenlerin mesuliyeti"* başlığı altında düzenlenen 55. maddesi (6098 Sayılı T.B.K.nun 66. maddesi) uyarınca; *istihdam edenlerin müstahdemlerinin eylemlerinden sorumlu tutulmaları ilkesi, kendi yararı için başkasını çalıştıran kimsenin, bu işin ifasından meydana gelecek zarar tehlikesini bazı şartlar altında üzerine alması esasına dayanır. İstihdam eden, müstahdem veya işçilerini seçerken, onları çalıştırırken, başkalarına zarar vermemelerini sağlamakla ve buna dikkat ve özen göstermekle yükümlüdür.* 818 Sayılı Borçlar Kanununun 55. maddesi hükmü gereğince adam çalıştıranın sorumlu tutulabilmesi için; zararın çalışanın hukuka aykırı eyleminden doğması ve zararlar çalışanın eylemi arasında uygun illiyet bağının bulunması yeterlidir”<sup>119</sup> gerekçesine yer verilmek suretiyle Türk Borçlar Kanununun 66. maddesi gereği adam çalıştıranın kusursuz sorumluluğundan bahsedilmiştir.

## SONUÇ

Kişisel sağlık verilerini içinde barındıran hassas verilere gerek uluslararası düzenlemelerde gerekse Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nda özel bir koruma getirilmiştir. Nitekim hassas veriler oldukça nazik bir konu olup Anayasa ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ile doğrudan ilgilidir. Kişisel sağlık verilerinin ilgili olmayan kişilerin eline geçmesi veya ifşa edilmesi veri sahibinin sosyal ve ekonomik hayatı ile aile hayatını etkileyebileceği gibi kişi toplumdan dışlanma riskiyle karşı karşıya kalabilecektir. Bu sebepler ve Türkiye’nin tarafı olduğu uluslararası sözleşmelere uyumlanma gerekliliğiyle 07.04.2016 tarih ve 29677 sayılı Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 24.03.2016 tarih ve 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanun’unda kural olarak kişisel sağlık verilerini içinde barındıran özel nitelikli kişisel verilerin ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaklanmıştır. Ancak bu yasak mutlak olarak uygulanmamakta olup özel nitelikli kişisel verilerin veri sahibinin açık rızası olmaksızın işlenmesinde sınırlı sayıda hukuka uygunluk halleri düzenlenmiştir.

Kanundan ve sözleşmeden doğan kayıt tutma ve sır saklama yükümlülüğü bulunan hekimler ve hastaneler hastaların kişisel sağlık verilerini toplamak ve işlemek durumundadırlar. Bu husus özel hastaneler için bir yükümlülük olduğundan aksi taktirde özel hastanenin sorumluluğuna gidilebilecektir.

<sup>119</sup> Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 27.01.2014 tarih, 2013/19977E. ve 2014/926K. sayılı kararı, (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).  
YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)

Özellikle sağlık sistemindeki değişikliklerle Sosyal Güvenlik Kurumuna tabi olan hastaların da özel hastanelerden faydalanmasının önünün açılmasını takiben özel hastanelerin, hasta sayıları artmış, kişisel verilerin toplanması, işlenmesi, korunması konuları, özel hastaneler için ciddi bir sorumluluk haline gelmiştir.

Özel hastanelerin kayıt tutma yükümlülüğünün ihlali, tek başına sorumluk doğurmayacak ancak ispat külfeti hekime ve özel hastaneye ait olacak, sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde ise veri sahibinin kişi haklarıyla ilgili olduğundan doğrudan özel hastanenin sorumluluğuna gidilebilecektir. Özel hastanelerin sır saklama yükümlülüğünün ihlali halinde, özel hastaneler aleyhine Türk Borçlar Kanununun 66. ve 116. maddeleri gereğince dava açılabilir. Türk Borçlar Kanununun 66. maddesinde, haksız fiilden kaynaklanan kusursuz sorumluluk hali olan adam çalıştırmanın sorumluluğu, 116. maddesinde ise; borca aykırılıktan kaynaklanan kusursuz sorumluluk hali olan yardımcı kişilerin fiillerinden sorumluluk halleri düzenlenmiştir. Aynı zamanda özel hastaneler kişisel sağlık verilerini Kanuna aykırı şekilde işlemeleri, aktarmaları ve muhafaza etmeleri halinde Türk Ceza Kanununda hüküm altına alınan tüzel kişilere yönelik güvenlik tedbirleriyle ve Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 18. maddesinde düzenlenen idari para cezalarıyla da karşı karşıya kalabilecektir.

Kişisel sağlık verilerinin, Kanuna aykırı şekilde işlenmesi, aktarılması ve açıklanması veri sahibinin Anayasa ile güvence altına alınmış kişi haklarında geri dönülmesi imkansız tahribat yaratacağından, özel hastanelerin hastalara ilişkin kişisel sağlık verilerini Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ile güvence altına alınan özel hayatın gizliliği ilkesi de göz önünde bulundurularak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununda belirlenen esas ve usullere uygun şekilde toplaması, işlemesi, aktarması ve muhafaza etmesi, özel hastanelerin bünyesinde veri kayıt merkezi oluşturulması ve kişisel sağlık verileri konusunda bilgi sahibi nitelikli çalışan istihdam edilmesi, Kanuna uyumlanma sürecinde gerek özel hastanelerde gerekse kamu hastanelerinde çalışan tüm sağlık personeline kişisel sağlık verilerinin işlenmesi, aktarılması ve korunması hususlarında konunun uzmanları tarafından eğitim verilmesi gerektiği kanaatindeyim.

Teknolojik gelişmeler, bir yandan kişisel verilerin toplanmasını ve paylaşılmasını kolaylaştırmakta, diğer yandan da veri sahiplerinin mahremiyetlerinin hukuka aykırı şekilde ihlal edilmesine artan şekilde imkan

vermektedir.<sup>120</sup> Kişisel sağlık verileri, kişinin en özel bilgilerinden oluşmasından sebeple verilerin korunması da yüksek olmalıdır. Kanuna aykırı olarak elde edilmemeli, açığa çıkmamalıdır.

Kişisel sağlık verilerinin korunması için, bu tür verilerin kayıt altına alındığı her ortamda gerekli tedbirler alınmalıdır.

Söz konusu tedbirlerden biri olarak; kişisel sağlık verilerinin hukuka uygun bir şekilde işlenmesi amacıyla, verileri işleyenlerin Kişisel Verileri Koruma Kanunu, kişisel verilerin korunması hukuku konularında bilgilendirilmelidir. Gerekli aydınlatmaların yapılmasının ardından, veri işleyenlerle hukuki niteliğin de tanımlandığı sözleşmeler kayıt altına alınmalıdır.

Söz konusu verileri işleyenler aynı zamandan alınan tedbirler ve tedbirlerin nasıl alınacağına yönelik de bilgilendirilmelidirler.

Kişisel verilerin korunması için alınması gereken önlemler olduğu da şüphesizdir; Teknolojinin son dönemlerde ne denli geliştiği ve ilerlediği göz önüne alınırsa, verilerin işlenmesi hususunda da söz konusu teknolojik gelişmeler göz önüne alınarak buna uygun sistemler kullanılmalıdır. Oluşturulacak sisteme yapılacak girişler kısıtlanmalı, kişisel verilere erişecek kısım belirlenmelidir. Kişisel sağlık verilerinin depolandığı alanda güvenlik yüksek derecede sağlanarak, güvenlik ağı siber saldırılara karşı güçlü yapılandırılmalıdır.

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu md. 12’de Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler başlığı altında belirtildiği üzere; söz konusu maddeye uygun olarak gerekli denetimler yapılmalıdır. Ayrıca hukuka aykırı bir şekilde verilerin elde edilmesi durumunda Kişisel Verilerin Korunması Kuruluna gerekli bilgilendirmeler yapılmalıdır.

Aynı şekilde kişisel sağlık verilerinin korunması amacıyla anonimleştirme (anonim hale getirme) yöntemi de kullanılabilir. Anonimleştirme yöntemi; kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale gelmesini ifade etmektedir. Böyle bir tedbire örnek olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde görülen I. v. Finlandiya kararı verilebilir. Söz konusu kararda; başvuru, bir hastanede çalışmakta olup, aynı hastanede muayene olduktan sonra kendi verilerine hastanede çalışan herkesin ulaşabilmesinden dolayı gizliliğin sağlanmadığından sebeple başvuruda bulunmuştur. Her ne kadar kişinin başvurusundan sonra hastane gerekli önlemleri alıp kişinin bilgilerini

<sup>120</sup> AKSOY, Hüseyin Can, Kişisel verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2010, s. 77.

anonim hale getirmiş (sahte sosyal güvenlik numarası ve sahte kimlik bilgileri tanımlamıştır) olsa da; AİHM hastanenin aldığı önlemin gecikmiş bir önlem olduğunu öne sürerek ihlal kararı vermiştir.

Elbette hastanelerin hasta kabul bölümlerinde yapılacak düzenlemelerle, hastaların kişisel verileri ile sağlık verileri hakkında veri sorumlusuyla yaptıkların görüşmelerin mahremiyetinin sağlanması, tıpta uzmanlık alanlarına göre kullanılacak kayıtların kurulacak sistemler tarafından otomatik olarak analiz edilerek ‘‘gerektiği’’ oranda doktorlarla paylaşılması bu verileri doktora aktaran sağlık personellerinin veri sorumlusu olarak belirlenmesi ve yukarıda bahsettiğimiz eğitim süreçlerinde geçirilmeleri gibi spesifik yöntemlerle kişisel sağlık verilerinin yanı sıra kişisel verilerin korunmasına yönelik çalışmaların yapılmasının kişisel sağlık verilerinin ve geniş anlamda kişisel verilerin korunması hususunda önce ulusal daha ötesinde ise mehz kanunları içleştirmemiz dolayısıyla Avrupa mevzuatına uyumlu hale getirilmesinin doğru olacağı kanaatindeyim.

## KAYNAKÇA

**AKGÜL**, Aydın, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Işığında Kişisel Verilerin Korunması, Beta Yay. İstanbul, 2016.

**AKGÜL**, Aydın, Kişisel Verilerin Korunması Bağlamında Biyometrik Yöntemlerin Kullanımı ve Danıştay Yaklaşımı, <http://tbbdergisi.barobirlik.org.tr/m2015-118-1477>.

**AKINCI**, Ayşe Nur, T.C. Kalkınma Bakanlığı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi Çalışma Raporu 6, 2017 [http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2017/07/AB\\_Veri\\_Koruma\\_Tuzugu.pdf](http://www.bilgitoplumu.gov.tr/wpcontent/uploads/2017/07/AB_Veri_Koruma_Tuzugu.pdf).

**AKSOY**, Hüseyin Can, Kişisel Verilerin Korunması, Çakmak Yayınevi, Ankara 2010.

**ALTUNDİŞ**, Mehmet, Tıbbi Kişisel Verilerin Tutulması ve Korunması Yükümlülüğü ve İdarenin Bu Yükümlülüğünü Yerine Getirmemesinden Doğan Sorumluluğu.

**AVCI BRAUN**, Cihan, Kişisel Verilerin Korunmasında Rıza, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 2, Yıl: 2018, İstanbul.

Anayasa Mahkemesi'nin 09.04.2014 tarih 2013/122 E. 2014/74 K. Sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 25.12.2014 tarih, 2014/74E. ve 2014/201K. sayılı kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 25.02.1997 tarih ve 22009/93 Başvuru numaralı Z/Finlandiya kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 17/07/2008 tarih ve 20511/03 Başvuru numaralı I. / Finlandiya kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 10.10.2006 tarih ve 7508/02 Başvuru numaralı L.L. / Fransa kararı.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 02.06.2009 tarih ve 36936/05 Başvuru numaralı Szuluk/Birleşik Krallık kararı.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

[http://www.echr.coe.int/Documents/Convention\\_TUR.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_TUR.pdf).

**AYAN**, Mehmet, Tıbbi Müdahalelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Kazancı Hukuk Yayınları, Ankara 1991.

**AYDIN**, Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, On İki Levha Yay. 2015.

**BUDAK**, Ali Cem, "İspat Hukuk Açısından Hekimin Meslek Sırrı", Sağlık Alanında Etik ve Hukuk Uluslararası Sempozyumu, 17-19 Nisan 2008, Yeditepe Üniversitesi Rektörlük Binası Büyük Salon, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Roche Müstahzarları Sanayi A.Ş.'nin İşbirliği ile, s. 545-556, İstanbul 2008.

**ÇELİK**, Ahmet, Hekimlerin ve Hastanelerin Sorumluluğu, Araştırma Yazısı bkz. <http://www.tazminathukuku.com/arastirma-yazilari/hekimlerin-ve-hastanelerin-sorumlulugu.htm>.

**GÖZPINAR**, KARAN Gülşah, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu, Seçkin Yayınları, Ankara 2015.

**GÖZÜBÜYÜK**, A. Şeref, Yönetim Hukuku, Ankara 2001.

**GÜLTEZER**, Hatırnaz Erol, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

**GÜNEŞ**, Bahu, Hekimin Hukuki Sorumluluğu, Legal Yayıncılık, İstanbul 2016.

**HAKERİ**, Hakan, Tıp Hukuku, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.

**HATIRNAZ**, EROL Gültezer, Özel Hastanelerin Hukuki Sorumluluğu ve Hasta Hakları, Seçkin Yayınları, Ankara 2017.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)*



**KAYA**, Cemil, Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi, İÜHFY Y:2011, C.L'XIX.

Kişisel Verileri Koruma Kurumu İnternet Sitesi, Yayınlar, Açık Rıza, <http://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf>.

Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Hakkında 108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d24/1/1-0966.pdf>.

Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme, <http://www.resmigazete.gov.tr/main.aspx?home=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm&main=http://www.resmigazete.gov.tr/eskiler/2016/03/20160317.htm>.

**KORKMAZ**, İbrahim, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Bir Değerlendirme, TBB Dergisi, 2016 (124), Syf. 81-152.

**OĞUZMAN**, Kemal, **ÖZ**, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 2, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2016.

**ÖZDEMİR**, Hayrunissa, Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması, Seçkin Yayınları, Ankara, 2009.

**ÖZDEMİR**, Hayrunissa, Teşhis ve Tedavi Sözleşmelerinde Kayda Geçirme ve Sır Saklama Yükümlülüğü, Sağlık Hukuku Digestası, Yıl:1, S:1, Ankara Barosu Yayınları, Ankara 2009.

2016/679 Sayılı Genel Veri Koruma Tüzüğü, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1511338306845&uri=CELEX:32016R0679>.

95/46/EC Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Direktifi <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1511184627139&uri=CELEX:31995L0046>

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 17.06.2015 tarih ve 2014/4-56E. ve 2015/1679K. sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04.04.2001 tarih, 2001/4-333E. ve 2001/335K. sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İçtihat Programı).

Yargıtay 3. Hukuk Dairesi 27.01.2014 tarih, 2013/19977E. ve 2014/926K. sayılı kararı

(Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 07.02.2005 tarih, 2004/12088E. ve 2005/1728K. sayılı kararı

(Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

Yargıtay 13. Hukuk Dairesi'nin 09.04.2014 tarih, 2013/30822E. ve 2014/10772K. sayılı kararı (Sinerji Mevzuat ve İctihat Programı).

**YILMAZ**, Sabire Sanem, Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2017.

**YÜCEDAĞ**, Nafiye, Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İÜHFM, C. LXXV, S.2.

# \*KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ SURETİYLE KİŞİLİK HAKKI İHLÂLİNDE KAZANCIN DEVRİ TALEBİ\*

(HANDING OVER CLAIM OF PROFITS IN CASE OF VIOLATION OF A PERSONAL RIGHT BY PROCESSING PERSONAL DATA)

Ar. Gör. Mehmet Oğuz VURALOĞLU\*\* \*\*\*

## ÖZ

*Bir mutlak hak niteliğinde olan ve konusunu başlıca bir şahsın adı, sağlığı, resmi, sesi, sırları gibi varlıkların teşkil ettiği 'kişilik hakkı'nın ihlâli ile çeşitli görünümelerde karşılaşılabılır. Bunlardan biri de, hukuka aykırı olarak, 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinde tanımlandığı manasıyla 'kişisel verilerin işlenmesi'dir. Bu çalışmada, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkının ihlâli hâlinde hakkı saldırıya uğrayan kimsenin MK m.25/f.III uyarınca, saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkı olup olmadığı incelenecektir. Özellikle, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun ilgili kişinin haklarına dair düzenlemeleri mercek altına alınacak; kazancın devri talebine ilişkin mukayeseli hukuktaki düzenlemeler ve yeni yürürlüğe giren AB Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün ilgili hükmü de incelenerek değerlendirilecektir.*

**Anahtar Kelimeler:** *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, kişisel verilerin işlenmesi, kişilik hakkı ihlâli, kazancın devri talebi, gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, AB Genel Veri Koruma Tüzüğü*

## ABSTRACT

*Personal rights, which mainly consist of the name, health, picture, voice, secrets of a person and therefore have the notion of an absolute right, could be violated by several means. Illegally processing of personal data, according to the definition of the Article 3 of the Turkish Code of Personal Data*

---

<sup>†</sup> Eserin Dergimize geliş tarihi: 29.06.2018. İlk hakem raporu tarihi: : 03.07.2018. İkinci hakem raporu tarihi: 04.07.2018.

\* Bu makalenin yayıma hazırlanmadan önceki versiyonu, 2-3 Aralık 2017 tarihinde Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen "Avrupa ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Güncel Sorunlar" başlıklı Uluslararası Sempozyum'da tebliğ olarak sunulmuştur.

\*\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

\*\*\* Yazarın ORCID belirleyicisi: 0000-0002-7073-8401

**Esere Atf Şekli:** Mehmet Oğuz VURALOĞLU, "Kişisel Verilerin İşlenmesi Suretiyle Kişilik Hakkı İhlalinde Kazancın Devri Talebi" YÜHFD, C.XV, 2018/1, s.181-203

*Protection, is a type of such infringements. In this article, in case of violation of a personal right by processing personal data, the issue whether the injured person could claim handing over of profits gained by such violation, based on non-genuine benevolent intervention according to Article 25(3) of the Turkish Civil Code, will be analysed. In particular, the relevant provisions of the Turkish Code of Personal Data Protection regarding the rights of the injured person will be scrutinized and evaluated together with the analysis of rules of comparative law and the EU General Data Protection Regulation which has just entered into force.*

**Keywords:** *Turkish Code of Personal Data Protection, processing personal data, infringement of personal right, disgorgement of profits, non-genuine benevolent intervention, EU General Data Protection Regulation*

\*\*\*

## A. GİRİŞ

6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) hükümlerine aykırı olarak kişisel verilerin işlenmesi sonucunda kişilik hakkının ihlâli ile karşılaşılabilir. Bu çalışmada, öncelikle ülkemizde kişisel verilerin korunması hukukuna ilişkin mevzuat tespit edilecek, ardından kişisel veri ve kişilik hakkı kavramları ile bunların arasındaki ilişki ortaya konulacaktır. Sonrasında, KVKK'nın ilgili kişinin haklarına dair düzenlemeleri mercek altına alınarak, burada kazancın devrini talep hakkına ilişkin açık bir düzenlemenin yer almamasının sebebi incelenecektir.

Ardından, KVKK'da bu konuda bir düzenleme bulunmaması karşısında, kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkının ihlâli hâlinde, hakkı saldırıya uğrayan kimsenin Medeni Kanun (MK) m.25/f.III uyarınca, saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın kendisine devrini talep etmesinin mümkün olup olmadığı araştırılacaktır. Daha sonra mukayeseli hukukta konuya ilişkin düzenlemeler, güncel gelişmeler ışığında incelenecek ve KVKK, yaşanan bu değişimler karşısında değerlendirmeye tâbi tutulacaktır. Bu bağlamda, KVKK kapsamında sorumluluk için kusur şartının aranıp aranmayacağı sorusu da yanıtlanacaktır. Konu, yeri geldikçe yargı kararları ve kamuoyuna yansayan örneklerle aydınlatılmaya çalışılacaktır.

## B. Konuya İlişkin Mevzuat

Hukukumuzda kişisel verilerin korunması, temelini Anayasa'nın 20. maddesine 2010 yılında eklenen<sup>1</sup> üçüncü fıkradan almaktadır. Bu hükme

<sup>1</sup> 07.05.2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un ikinci maddesi ile yapılan bu ekleme, diğer YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)

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

Ülkemizde kişisel verilerin korunmasını hedefleyen bir yasa çıkartılmasına ilişkin çalışmaların temeli esasen daha eski tarihlere dayanmakla birlikte<sup>2</sup>, bu düzenleme ile yapılan açık atıftan sonra konu hakkında bir kanun hazırlanması çabaları artmış; ancak bu çalışmalar birkaç kez sekteye uğradıktan sonra nihayet KVKK 24 Mart 2016 tarihinde yasalaşmış ve 7 Nisan 2016 tarihinde Resmî Gazete’de (RG) yayımlanarak yürürlüğe girmiştir<sup>3</sup>.

KVKK doğrultusunda pek çok ikincil nitelikte düzenleme de yürürlüğe girmiş bulunmaktadır<sup>4</sup>. Bunların içinde, çalışmamızın konusunu teşkil eden kazancın devri talebi bakımından en önemli olanlar, KVKK m. 16 uyarınca oluşturulması gereken Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik<sup>5</sup> ile Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ<sup>6</sup>’dir. Keza, KVKK m.16/f.II uyarınca Veri Sorumluları Siciline kayıt zorunluluğuna getirilen

---

Anayasa değişiklikleri ile birlikte 12.09.2010 tarihinde yapılan Halkoylaması neticesinde kabul edilmiş ve konuya dair 22.09.2010 tarihli ve 846 sayılı Yüksek Seçim Kurulu kararı yayımlanmıştır, RG 23.09.2010, S. 27708. Bu Anayasa değişikliği hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tahmazoğlu Üzeltürk**, Sultan: Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Anayasa Değişikliği, Legal Hukuk Dergisi, S. 93 (Eylül 2010), s. 3151 vd.

<sup>2</sup> Önceki dönemde hazırlanan kanun tasarılarına, aşağıda yeri geldikçe değinilecektir.

<sup>3</sup> 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, RG 07.04.2016, S. 29677. KVKK’nın ‘Yürürlük’ başlıklı 32. maddesine göre; 8’inci, 9’uncu, 11’inci, 13’üncü, 14’üncü, 15’inci, 16’ncı, 17’nci ve 18’inci maddeleri yayımı tarihinden altı ay sonra, diğer maddeleri ise yayımı tarihinde yürürlüğe girmiş bulunmaktadır.

<sup>4</sup> Burada tüm düzenlemelere yer vermek mümkün olmamakla birlikte, uygulamada yoğun biçimde ihlâllerin yaşandığı iki hususa ilişkin yönetmeliklere işaret etmekte fayda vardır. Bunlardan ilki, yayımı tarihinde yürürlüğe girmesine karşın bugüne dek çok sayıda değişikliğe uğramış olan Kişisel Sağlık Verilerinin İşlenmesi ve Mahremiyetinin Sağlanması Hakkında Yönetmelik, RG 20.10.2016, S. 29863; diğeri ise 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi Veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik’tir, RG 28.10.2017, S. 30224. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin mevzuat derlemesi için bkz. **Kaya**, Mehmet Bedii / **Taştan**, Furkan Güven: Kişisel Veri Koruma Hukuku (Mevzuat-İçtihat), İstanbul 2018.

<sup>5</sup> 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe giren Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik, RG 30.12.2017, S. 30286.

<sup>6</sup> Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ, RG 10.03.2018, S. 30356.

istisnaların belirlendiği Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararı<sup>7</sup> da bu bağlamda önem arz etmektedir.

### C. Kişisel Veri – Kişilik Hakkı İlişkisi

KVKK'nın 'Tanımlar' başlıklı 3. maddesinin ç bendinde kişisel veri "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" şeklinde, d bendinde ise kişisel verilerin işlenmesi, "*Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem*" olarak tanımlanmıştır.

Bilindiği üzere kişilik hakları, konusunu başlıca bir şahsın adı, sağlığı, hayatı, resmi, sesi, sırları, onur ve haysiyeti, özel hayatı gibi manevî dünyasına ilişkin varlıkların teşkil ettiği, mutlak hak niteliği taşıyan haklardır<sup>8</sup>. Kişisel veri de KVKK'da "*Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak oldukça geniş bir biçimde tanımlandığına göre, yine verilen geniş tanım kapsamında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, hemen hemen her olayda eş zamanlı olarak bir kişilik hakkı ihlâli teşkil edecektir<sup>9</sup>.

Öğretide de kişisel verilerin işlenmesi için KVKK m. 5'te aranan açık rıza kıstası, isabetli bir biçimde kişilik hakkının bir görünümü olarak<sup>10</sup>, yani bir

<sup>7</sup> 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 16'ncı Maddesinin İkinci Fıkrası ile Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmeliğin 16'ncı Maddesi Uyarınca Veri Sorumluları Siciline Kayıt Yükümlülüğüne Getirilecek İstisnaların Belirlenmesi Hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulu Kararı, Karar No: 2018/32, RG 15.05.2018, S. 30422.

<sup>8</sup> **Oğuzman**, M. Kemal / **Seliçi**, Özer / **Oktay-Özdemir**, Saibe, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. bası, İstanbul 2016, s. 160 vd.; **Dural**, Mustafa / **Öğüz**, Tufan, Türk Özel Hukuku Cilt II – Kişiler Hukuku, 17. baskı, İstanbul 2016, s. 99 vd.; **Hatemi**, Hüseyin / **Kalkan Oğuztürk**, Burcu, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), İstanbul 2014, s. 57.

<sup>9</sup> Kişisel verilerin hukukî niteliği konusundaki farklı görüşlere ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Taştan**, Furkan Güven, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017, s. 51 vd. Aynı konuyla ilgili açıklamaları için ve özellikle Kıta Avrupası hukukunda hâkim görüşün kişilik hakkı görüşü olduğu yönünde bkz. ve karşı. **Aksoy**, Hüseyin Can, Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması (Kişisel Verilerin Korunması), Ankara 2010, s. 37 vd., özellikle s. 47.

<sup>10</sup> **Çekin**, Mesut Serdar: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFMD, c. LXXIV, S. 2 (2016), s. 633.

YÜHFD Cilt: XV Sayı:1 (2018)

tür mutlak hak olarak nitelendirilmektedir<sup>11</sup>. Zaten hukuka uygun bir işleme söz konusu ise, kişilik hakkı ihlâlinden söz etmek isabetli olmayacaktır. ‘Açık rıza’ KVKK m. 3’te “*Belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza*” olarak tanımlanmıştır. Bu rıza alınmaksızın gerçekleştirilen bir veri işlemesi ise, kural olarak hukuka aykırıdır<sup>12</sup>. Burada akla, kişilik hakkını ihlâl etmeyen hukuka aykırı bir işlemenin söz konusu olup olamayacağı gelebilir. Yukarıda, hemen hemen her hukuka aykırı veri işlemenin aynı zamanda kişilik hakkı ihlâli teşkil edeceği belirtildiği üzere, bu soruya da olumlu cevap vermek gerekir. Zira birtakım veri kategorilerinde kişilik hakkının ihlâlının istisnaen ihtimal dışı olduğu belirtilmektedir<sup>13</sup>.

KVKK Geçici m. 3’e göre, “*Bu Kanunun yayımı tarihinden önce işlenmiş olan kişisel veriler, yayımı tarihinden itibaren iki yıl içinde bu Kanun hükümlerine uygun hâle getirilir, Bu Kanun hükümlerine aykırı olduğu tespit edilen kişisel veriler derhâl silinir, yok edilir veya anonim hâle getirilir. Ancak bu Kanunun yayımı tarihinden önce hukuka uygun olarak alınmış rızalar, bir yıl içinde aksine bir irade beyanında bulunulmaması hâlinde, bu Kanuna uygun kabul edilir.*” Nitekim 7 Nisan 2018’e kadar pek çok tüzel kişinin KVKK doğrultusunda veri politikalarını güncellediği ve kişisel verilerin işlenebilmesi için ilgili kişilerden elektronik posta veya kısa mesaj yoluyla KVKK m.5/f.I uyarınca açık rıza almaya çalıştıkları tecrübe edilmiştir<sup>14</sup>.

<sup>11</sup> Çekin, s. 635.

<sup>12</sup> Hukuka uygunluk sebepleri açısından bkz. Yücedağ, Nafiye: Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İÜHFMD c. LXXV, S. 2 (2017), s. 765 vd. Rıza unsuru bakımından detaylı açıklamalar için bkz. Aksoy, Hüseyin Can: Kişisel Verilerinin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, c. III, s. 47 vd.

<sup>13</sup> Başalp, Nilgün, Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s. 58-59.

<sup>14</sup> Bu kapsamda uygulamada çoğunlukla KVKK hükümlerinin tekrarı şeklinde görülen muvafakatnamelerle, kazancın devri talebi bakımından bir sorumsuzluk anlaşması yapıldığı ya da ilgili kişinin dava açma hakkından feragat ettiği akla gelebilir. Ancak bu belgelerdeki zarar ve tazminat ifadelerinin de aşağıda yer verilecek açıklamalar doğrultusunda anlaşılması gerektiğinden, söz konusu belgelerde ayrıca bu konuda açıkça bir düzenleme olmadıkça, bunlara verilen onayların ilgili kişi açısından herhangi bir hak kaybına yol açmayacağı kanaatindeyiz.

## D. KVKK Kapsamında Kazancın Devri Talebi

### 1. KVKK Düzenlemeleri

İlk olarak kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi neticesinde oluşan kişilik hakkı ihlâlinde KVKK'nın özel hukuka ilişkin ne gibi yaptırımlar öngördüğü incelenmelidir. KVKK'nın 'Haklar ve Yükümlülükler' başlıklı üçüncü bölümünde, 'İlgili kişinin hakları' başlıklı 11. maddesinin 3 bendinde "*Herkes, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili; kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme hakkına sahiptir.*" düzenlemesi yer almaktadır.

KVKK m.3/b.1'ya göre, 'veri sorumlusu' "*Kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade eder. 'Veri işleyen' ise aynı maddenin 3 bendine göre, "*Veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi*" ifade etmektedir<sup>15</sup>.

KVKK m. 11'de öngörülen hukukî yükümlülükler veri sorumlusu için getirilmiştir. Ancak bu, veri işleyen hukuka aykırı işlemenin doğuracağı sonuçlardan sorumlu olmadığı anlamına gelmez. Nitekim KVKK m.12/f.II uyarınca, "*Veri sorumlusu, kişisel verilerin kendi adına başka bir gerçek veya tüzel kişi tarafından işlenmesi hâlinde, birinci fıkrada belirtilen tedbirlerin alınması hususunda bu kişilerle birlikte müstereken sorumludur.*"

KVKK'nın, 'Kurula şikâyet' başlıklı 14. maddesinin 3. fıkrasında da "*Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.*" düzenlemesinin bulunduğu görülmektedir. KVKK m.14/f.III'te gönderme yapılan genel hükümler, kişiliği koruyucu düzenlemelerin yer aldığı MK m. 23 vd. hükümleridir.

Dikkat çekmek gerekir ki, veri işleyen ve veri sorumlusu gerçek veya tüzel kişi olabilir; ancak KVKK'nın 'Kapsam' başlıklı 2. maddesi uyarınca KVKK yalnızca kişisel verileri işlenen gerçek kişiler bakımından uygulanma alanı bulur<sup>16</sup>.

### 2. MK m.25/f.III Düzenlemesi

MK m.25/f.III uyarınca kişilik hakkı saldırıya uğrayan kimselerin, maddî ve manevî tazminat talebinde bulunma hakkı saklıdır. Kişisel verilerin

<sup>15</sup> Bu kavramlara ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. Taştan, s. 67-69.

<sup>16</sup> Tüzel kişilerin kapsam dışı bırakılmasına ilişkin görüşler ve kişi kavramıyla ilgili diğer tartışmalı hususlar için bkz. Taştan, s. 29-34.



hukuka aykırı olarak işlenmesi neticesinde ilgili kişinin zarara uğraması durumunda bu zararın giderilmesini KVKK m. 11 uyarınca isteyebileceği yukarıda belirtilmişti. Bu nedenle bu açıdan bu hükmün pek bir anlam taşıdığı söylenemez.

Ancak MK m.25/f.III ayrıca, “*davacının, hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazancın vekâletsiz iş görme hükümlerine göre kendisine verilmesine ilişkin istemde bulunma hakkının saklı olduğunu*” da düzenlemektedir.

Bu hüküm, hukukumuzda ilk olarak 3444 sayılı Kanun’la, 743 sayılı eski Medenî Kanun’a 24/a maddesinin eklenmesiyle girmiştir. 3444 sayılı Kanun’un yürürlüğe girdiği 04.05.1988 tarihinden önceki dönemde, kazancın devri talebinin<sup>17</sup>, bugün Türk Borçlar Kanunu (TBK) m. 530’da düzenlenen vekâletsiz iş görme hükümlerine göre ileri sürülüp sürülemeyeceği tartışmalıydı<sup>18</sup>. Mülga Medenî Kanun m. 24/a bu tartışmalara son vermiş ve aynı hüküm yeni MK m.25/f.III’e de aynen alınmıştır. Burada iş gören bu işi iş sahibinin menfaatine değil, kendi menfaatine yaptığı için, MK düzenlemesinin yalnızca gerçek olmayan vekâletsiz iş görme<sup>19</sup> kurumunun özel bir görünümü olduğu doktrinde kabul görmektedir<sup>20</sup>.

Kazancın devri talebi ile mağdurun hiç elde etmek istemediği veya istese de elde edemeyeceği kazancın, kişilik hakkını ihlâl eden kimseden alınıp kendisine verilmesi amaçlanmaktadır. Bu davada, hakkı ihlâl eden kimsenin malvarlığında bu suretle meydana gelen artış talep edilir. Zarar, bir kişinin malvarlığında iradesi dışında meydana gelen eksilmeyi ifade ettiğine göre, eğer mağdurun elde edebileceği bir kazançtan söz edilebiliyorsa, bu kazanç zarar kapsamında mütalaa edilir ve sorumluluk şartları varsa, maddî tazminat talebinin koşullarını oluşturur. Eğer böyle değilse, ortada bir zararın mevcudiyetinden ve dolayısıyla maddî tazminat davası açma imkânından söz

<sup>17</sup> Kazancın devri talebi hakkında detaylı açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu Yılmaz**, Kumru: Haksız Kazancın İadesi, Ankara 2014; **Baş Süzel**, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015.

<sup>18</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 255.

<sup>19</sup> Borcun kaynaklarından biri olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görme kurumuna ilişkin detaylı açıklamalar için bkz. **Arkan Akbıyık**, Azra: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1999; **Şen Doğramacı**, Hayriye: Bir Borç Kaynağı Olarak Vekâletsiz İş Görme, “1926’dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku” – Medeni Kanun’un ve Borçlar Kanunu’nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (17-20 Şubat 2016), Ankara 2017, c. II, s. 1497 vd.

<sup>20</sup> **Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir**, s. 256; **Dural/Öğüz**, s. 156 N. 785; **Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 67 N. 55-57.

edilemez<sup>21</sup>. İşte bu dava ile mağdura, hiçbir zararı olmasa dahi kazancın devrini talep etme imkânı sunulduğundan, burada zararın varlığı şartından bağımsız bir yükümlülük düzenlenmektedir.

Gerçekten de bazı durumlarda ilgili kişi o veriyi hiçbir şekilde ekonomik anlamda değerlendirmek istemiyor olabilir. Yahut kendisi istemesine karşın hukuk düzeni bu iradesine sonuç bağlamıyor ya da bağlasa bile çok daha geniş imkânlara sahip olan veri sorumlusunun elinde bu veriler genellikle olduğu üzere topluca çok daha değerli hâle geliyorsa, muhtemelen ilgili kişinin kendi başına elde edeceğinden daha fazla bir kazanç sahibi olunacaktır<sup>22</sup>. İşte kazancın devri talebi, bu maddî zararı aşan kısmın da saldırıyı gerçekleştirenden alınıp ilgili kişiye verilmesini mümkün kılar.

Kazancın ispatı çoğu zaman zordur. Zira genellikle, elde edilen gelirin tamamı bu yolla gelmez. Örneğin, kişilik hakkına saldırı gerçekleştirilen radyo-televizyon yayınında, saldırı teşkil eden görüntü ya da kelimelerin yayına olan oranı, bunların kanalın izlenme payındaki etkisi, mesela haftalık yayınlanan bir program ise önceki haftalara göre nasıl bir etki yarattığı tespit edilir<sup>23</sup>. Yargıtay'ın kararları da bu yöndedir<sup>24</sup>. Hâkim burada TBK m. 50'nin kıyasen uygulanması sonucunda kazancı tespit edecektir. Kazancın miktarı, bu şekilde tespit edilen brüt kazançtan masraf ve ücretlerin çıkartılıp buna faiz işletilmesi neticesinde elde edilir<sup>25</sup>.

### 3. KVKK Kapsamında Kazancın Devri Talebinin Uygulanabilirliği

Yukarıda açıklanan hususlar çerçevesinde önümüzdeki sorun, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi suretiyle kişilik hakkı ihlâlinde kazancın devri talebinde bulunulup bulunulamayacağı noktasındadır. Zira az önce de değindiğimiz üzere KVKK, ilgili kişinin zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme hakkına sahip olduğunu ve genel hükümlere

<sup>21</sup> Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir, s. 255-256; Dural/Öğüz, s. 156 N. 787.

<sup>22</sup> Aydın, Gülşah Sinem: Kişilik Hakkı İhlâlinde Doğan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 2017, s. 171. Bu noktada farkın ne kadar büyük olabileceği, dünyaca ünlü sosyal medya ağı Facebook'un henüz birkaç ay önce ortaya çıkan veri sızıntısı skandalından 87 milyon kullanıcısının etkilenmiş olması ile daha iyi anlaşılabilir, <https://www.bbc.com/news/technology-43649018>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>23</sup> Serdar, İlknur, Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâli ve Kişiliğin Korunması, Ankara 1999, s. 269.

<sup>24</sup> Başta Emin Çölaşan'ın yazmış olduğu "Turgut Nereden Koşuyor?" adlı kitaba ilişkin olmak üzere, Yargıtay'ın bu yönde verdiği kararlar için bkz. Baş Süzetel, s. 288-290. Ayrıca bkz. Yargıtay 4. H.D. 20.05.1991, E. 1990/13291, K. 5116 (Serdar, s. 269'dan naklen).

<sup>25</sup> Baş Süzetel, s. 296.

göre tazminat hakkının saklı olduğunu belirtmektedir. Bu durumda öncelikle bu hükümlerin yorumlanması gereği ortaya çıkar.

‘Zarar’ ve ‘tazminat’ kelimelerinin kullanılması karşısında ilk bakışta akla, KVKK’nın sonraki tarihli özel kanun olduğu ve bu nedenle onun uygulanması gerektiği, dolayısıyla ilgili kişinin kazancın devri talebinde bulunma hakkının olmadığı fikri gelebilir. Ancak unutulmamalıdır ki, kanunların çatışmasından bahsedebilmek için somut bir soruna ilişkin iki ayrı kanunda birbiriyle taban tabana zıt iki ayrı hüküm bulunmalıdır. Söz konusu iki düzenleme birbirini tamamlıyor ve diğerine aykırı düzenlemeler içermiyorsa, böyle bir çatışmadan söz edilemez<sup>26</sup>.

Keza, ortada bir örtülü boşluk bulunduğu düşünülebilirse de, bir hükmün tespit edilen ruhu lafzıyla bağdaştırılabilirse, bir kanun boşluğundan söz edilemez; sadece yorumla belirlenen anlamına göre kanun hükmünün uygulanması ile yetinilir<sup>27</sup>. Dolayısıyla aslında önümüzdeki mesele sadece ‘zarar’ ve ‘tazminat’ kavramlarından ne anlamak gerektiğinin tespiti ile çözülebilir.

Öğretide kimi yazarlarca, kazancın devri talebi de bir tazminat davası türü olarak ele alınmaktadır<sup>28</sup>. Aynı şekilde uygulamada da bu ayırım netleşmiş değildir<sup>29</sup>. Bu talep hakkının düzenlenmesinin en önemli amacı, mağdurun zarara uğramadığı hallerde dahi failin elde ettiği kazancın kendisinden alınıp mağdura verilmesi olduğu halde, uygulamada bir terminoloji sorunu ile bu davada dahi davacının istemi yerine zararından söz edilmektedir<sup>30</sup>. Hatta burada ayrıca bir dava türüne gerek olmadığı, zaten bu taleplerin maddî

<sup>26</sup> **Oğuzman**, M. Kemal / **Barlas**, Nami, Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. bası, İstanbul 2017, s. 84 N. 274.

<sup>27</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 104 dn. 157; **Serozan**, Rona: Medeni Hukuk – Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015, s. 145 N. 27.

<sup>28</sup> **Öztan**, Bilge, Medenî Hukuk’un Temel Kavramları, 39. bası, Ankara 2014, s. 289. Yazar, kazancın iadesi davasını tazminat davaları adı altında göstermekle birlikte, bu davayı maddî tazminat davasından ayıran yönün, mağdurun bir zarara uğramamış olması tespitini yapmıştır, bkz. s. 292. **Helvacı** ise kazancın iadesi davasının doktrinde bir tür tazminat davası olarak kabul edildiğini belirtmekte ve tazminat davaları alt başlığında maddî ve manevî tazminat davalarının ardından üçüncü başlık olarak bu davaya yer vermektedir (**Helvacı**, Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001, s. 176-178).

<sup>29</sup> **Bulut**, Harun, Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul 2006, s. 195’te bu dava hakkından ‘Tazmini Nitelik Taşıyan Hukuk Davaları’ başlığı altında bahsedildiği görülmektedir.

<sup>30</sup> **Akdemir**, Pınar, Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası, İstanbul 2014, s. 122.

tazminat davası kapsamında ileri sürülebileceği dahi belirtilmiştir<sup>31</sup>. Oysa kazancın devri talebinin şartları olduğu halde yalnızca maddî ve manevî tazminat talebinin ileri sürüldüğü durumlarda taleple bağıllık ilkesi gereğince kazancın devri imkânından mahrum kalınmaktadır<sup>32</sup>. Dolayısıyla KVKK hükümleri yorumlanırken konuyu bu açılardan da ele almak bir zarurettir.

Lâfzî bir yorum yapılacak olursa, özellikle KVKK'nın 'Yürürlük' başlıklı 32. maddesinde, 11. ve 14. maddelerin KVKK'nın yayımı tarihinden altı ay sonra yürürlüğe gireceği belirtildiğinden, KVKK yürürlüğe girmeden önceki dönemde ya da bu altı aylık süreç içerisinde meydana gelen ihlaller dolayısıyla zarar ortaya çıkmış olsa bile bunun tazmin edilemeyeceği gibi bir sonuç ortaya çıkar ki, bunun kabulü mümkün değildir. Bu hüküm kanunda hiç yer almasaydı da bir kişilik hakkı ihlâlinde MK'daki sonuçların uygulanabileceğinde şüphe duymamak gerekir<sup>33</sup>.

Nitekim KVKK'nın 'İstisnalar' başlıklı 28. maddesinin 1. fıkrasının c bendinde, başkaca sebeplerle beraber "kişilik haklarını ihlâl etmemek kaydıyla" sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında kişisel verilerin işlenmesi halinde KVKK'nın uygulanmayacağı belirtilmiştir. Yasalaşma sürecinde kamuoyunda istisnaların geniş tutulduğu yönünde eleştirilen KVKK'nın aynı maddesinin ikinci fıkrasında ise "zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç" denilerek bu imkânların istisnalarla dahi ortadan kaldırılamayacak derecede önemli olduğu kabul edilmiş bulunmaktadır<sup>34</sup>.

Daha önceki dönemlerdeki KVKK tasarılarına bakıldığında, birinde tazminata ilişkin hiçbir hükmün yer almaması<sup>35</sup>, bir diğerinde ise yalnızca genel hükümlere atıf yapılmış olması<sup>36</sup> da görüşümüzü destekler niteliktedir. Aslında bundan hareketle, görüşümüzün tam tersine, burada ilgili kişinin

<sup>31</sup> **Kartal**, Bilal, *Aykırı Düşünceler - Kişilik Haklarına Yönelik Tazminat Davalarında Karşı Oylarım (Basın ve Basın Davaları Hakkında Açıklamalar)*, Ankara 2010, s. 26.

<sup>32</sup> **Baş Süzel**, s. 287.

<sup>33</sup> Nitekim KVKK henüz yasalaşmamışken kişilik hakkının ihlâli oluşturması nedeniyle kişisel verileri koruma yolları arasında kazancın iadesi davasını da saymak suretiyle aynı görüşte bkz. **Aksoy** (Kişisel Verilerin Korunması), s. 90.

<sup>34</sup> İstisnalar ve bunlara ilişkin açıklamalar için bkz. **Turan**, Metin: *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2017, s. 35-36.

<sup>35</sup> 2008 yılında hazırlanan tasarı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>, çevrimiçi, 28.06.2018. *Bununla birlikte tasarinın genel gerekçesinde "Herhalde, kişilik hakları ihlal edilen bireyin tazminat hakkı saklı tutulmuştur."* ifadesi bulunmaktadır. Bu durumda kazancın devrinin talep edilebileceği yönünde bkz. **Aksoy** (Kişisel Verilerin Korunması), s. 111.

<sup>36</sup> 2003 yılında hazırlanan tasarı m. 39 hükmü için bkz. **Başalp**, s. 169.

haklarına bir sınırlama getirilmesi hedeflendiği düşünülebilirse de, KVKK'da bunun amaçlandığını gösteren herhangi bir düzenleme olmadığı gibi, genel gerekçesi ve madde gerekçeleri incelendiğinde de böyle bir sonuca varmaya yönelik herhangi bir emare içermediği, çoğu zaman olduğu üzere yalnızca metnin tekrarıyla yetinildiği görülmektedir<sup>37</sup>. Komisyon raporları incelendiğinde de bu konuda bir tartışma yaşanmadığı anlaşılmaktadır<sup>38</sup>. Meclis görüşmelerini de incelediğimizde ilgili maddeler üzerinde böyle bir tartışmanın yapılmadığı tespit edilebilir<sup>39</sup>.

KVKK'nın 'Amaç' başlıklı 1. maddesine göre "Bu Kanunun amacı, kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir." Nitekim kanunun adı da 'Kişisel Verilerin Korunması'nı içerdiği için, amacını araştırmaya çok da gerek olmadığı, bu nedenle KVKK'nın kendisinden önceki dönemden daha az koruma içeren bir düzen getirmiş olarak yorumlanmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz. Zira "kanunun ruhu ile bağdaşmayan bir sözel anlam (lâfzî yorum) kabul edilemez"<sup>40</sup>. Hükmün amacı (ratio legis), ne anlama geldiğinin belirlenmesinde temel olarak alınacak etkidir<sup>41</sup>. Dolayısıyla KVKK hükümleri de mümkün oldukça kişisel verilere daha çok koruma sağlanmasının temini yönünde yorumlanmalıdır.

Tüm bu nedenlerle, KVKK'nın genel hükümlerdeki imkânları daraltma maksadının bulunmadığı sonucuna ulaşılmalıdır. Bundan ötürü, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi sonucunda mağdur olan ilgili kişinin, kazancın devrini de talep edebileceği kabul edilmelidir. Gerçi kazancın devri talebi, zararın gideriminin ötesinde taşıdığı caydırıcı işlevle birlikte bir özel hukuk cezası olarak<sup>42</sup> istisnai bir düzenlemedir ve bu sebeple ilk bakışta akla istisnai hükümlerin kıyas yoluyla genişletilemeyeceği prensibi gelebilir;

<sup>37</sup> 2016 yılında hazırlanan KVKK Tasarısı için bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>38</sup> KVKK hakkında Adalet Komisyonu raporu için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>39</sup> KVKK'nın konumuza ilişkin maddelerinin kabul edildiği 22 Mart 2016 tarihli Genel Kurul tutanağı için bkz. [https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=22579&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=91](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22579&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=91), çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>40</sup> Oğuzman/Barlas, s. 71 N. 244; Serozan, s. 140 N. 22.

<sup>41</sup> Oğuzman/Barlas, s. 76 N. 257.

<sup>42</sup> Serozan, s. 24 N. 22.

ancak dikkat edilmelidir ki, burada kıyasen uygulama değil, birebir koşulları olduğu için hükmün doğrudan uygulanması söz konusudur<sup>43</sup>.

MK m.25/f.III düzenlemesinin, gerçek olmayan vekâletsiz iş görmeye dayanan bir talep olduğu yukarıda izah edilmişti. Bir borç kaynağı olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin, bunun gibi başka kanunlarda da özel görünümüleri olabilir. Örneğin, haksız rekabette ve fikrî hakların saldırıya uğraması durumunda, ilgili mevzuat hükümleri uygulanma alanı bulur<sup>44</sup>.

#### 4. Mukayeseli Hukuk

##### a) Almanya

Mukayeseli hukukta da durum yukarıdaki açıklamalarımız doğrultusunda anlaşılmaktadır. Almanya’da konuyu düzenleyen Federal Alman Veri Koruma Yasası (BDSG) düzenlemesinde, 25 Mayıs 2018’de yürürlüğe giren (AB) 2016/679 sayılı ve 27 Nisan 2016 tarihli “Genel Veri Koruma Tüzüğü” (Tüzük) ile değişikliğe uğramadan önce, ikili bir ayrıma gidilerek, 7. maddede zararın tazmini öngörülmüş; 8. maddede ise kamu organları eliyle otomatik olan yollarla hukuka aykırı veri işlenmesi halinde kusursuz sorumluluk ilkesi benimsenmiş ve bundan doğan maddî ve ağır kişilik ihlallerinde manevî tazminat miktarının toplamda 130.000 Euro’yu geçemeyeceği belirtilmişti<sup>45</sup>.

Değişikliğe uğramadan önceki BDSG m. 7’de belirtilen zarardan ne anlaşılması gerektiği hususu Alman doktrininde tartışmalıydı. Ancak bu tartışma zararın hesaplanmasında Alman Federal Mahkemesi’nin (BGH) *Marlene Dietrich*<sup>46</sup> kararından bu yana geliştirdiği üç kat tazminat kuralının uygulanıp uygulanmayacağına ilişkindi. Bir görüş, zararın miktarının hakkı ihlâl edilen kişinin fiili zararıyla sınırlı olmadığı, tıpkı fikrî ve sınaî hakların ihlâlinde öngörüldüğü gibi, üç kat tazminatın talep edilebileceğini kabul etmekteydi<sup>47</sup>.

<sup>43</sup> **Oğuzman/Barlas**, s. 62 N. 219.

<sup>44</sup> Bu durumda hangi hükümlerin uygulanma alanı bulacağına ve kazancın devri talebi ile ilişkilerine dair ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Aydın**, s. 309 vd. ve s. 319 vd.

<sup>45</sup> Değişikliğe uğramadan önceki BDSG metnine ulaşmak için bkz. <https://beck-online.beck.de/>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>46</sup> BGH 1.12.1999, NJW 2000, 2195.

<sup>47</sup> **Tinnefeld**, Marie-Theres / **Buchner**, Benedikt / **Petri**, Thomas: Einführung in das Datenschutzrecht: Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 5. Auflage, München 2012, s. 289; **Lindhorst**, Matthias: Sanktionsdefizite im Datenschutzrecht, Frankfurt am Main 2010, s. 69; **Buchner**, Benedikt, Informationelle Selbstbestimmung, 2006, s. 304.

Diğer görüş ise, söz konusu karardan sonraki pek çok yasal düzenlemede bu kuralın açıkça yer bulması nedeniyle, bilinçli bir biçimde tercih edilmediğini öne sürerek burada bu esasın uygulanamayacağı yönündeydi. Bu durumun, hukuka aykırı biçimde kişisel verilerin işlenmesi suretiyle çoğu kez kişilik hakkı ihlâli de gerçekleşmekle birlikte bu sonucu doğurmayan hukuka aykırılıkların da mevcut olabileceğinden hareketle, üç kat tazminat esasının uygulanma alanını yersiz biçimde genişleteceği ileri sürülmüştü. Ancak altını çizmek isteriz ki, bu tartışmalar zararın kapsamını belirlemeye ilişkin olup; bu son görüşte olanlar tarafından dahi, üç kat tazminat kuralının genel geçer olarak uygulanmamakla beraber, ihlâl suretiyle elde edilen kazancın sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iade talebine konu olabileceği belirtilmekteydi<sup>48</sup>.

Nitekim eski BDSG m. 8'e ilişkin açıklamalarda da, BGH'nin *Caroline-I*<sup>49</sup> kararından bu yana kişilik haklarının ticarileşmesi görüşünden hareketle bu hakların ihlâlinde zararın hesaplanmasında elde edilen kazancın göz önüne alınması gerektiği yönündeki görüşünün, kişisel veriler alanında da uygulanması gerektiği ileri sürülmekteydi<sup>50</sup>. Yeri gelmişken, mülga BDSG m. 8'in aksine KVKK'da benimsenen, tazminat miktarı bakımından herhangi bir üst sınır öngörülmemesi tercihinin daha isabetli olduğunu belirtmek gerekir.

Elbette AB ülkesi bir üye olarak Almanya'da 25 Mayıs 2018 itibarıyla Tüzük hükümlerinin yürürlüğe girmesiyle değişen BDSG'nin konuya ilişkin 82. maddesi<sup>51</sup> kapsamında gerek bu görüşler, gerekse yargı uygulamasında farklılıklar görülebilir. Tüzük hakkındaki açıklamalara aşağıda yer vereceğimiz için şimdilik bu hatırlatmayı yapmakla yetiniyoruz.

## b) İsviçre

İsviçre'de ise konuyu düzenleyen İsviçre Veri Koruma Yasası'nın (DSG) gerçek kişiler ve özel hukuk tüzel kişileri tarafından ihlâl halinde dava haklarını düzenleyen 15. maddesinin, İsviçre Medeni Kanunu'nun (ZGB)

<sup>48</sup> **Quaas**, Sabine, Datenschutzrecht, Beck'scher Online-Kommentar, 24. Edition, 1.8.2017, BDSG § 7 Rn. 67-69.

<sup>49</sup> BGH 15.11.1994, NJW 1995, 861. Kararın özeti için bkz. **Baş Süzel**, s. 175.

<sup>50</sup> **Quaas**, BDSG § 8 Rn. 40. Eserde, böylesi bir durumla kamu organlarının verileri işlemesi halinde çok daha nadir karşılaşılabileceği belirtilmesine rağmen, ülkemizde maalesef durumun bu yönde olmadığını, pek çok vatandaşın e-devlet üzerinden veya sağlık kurumları aracılığıyla verilerinin sızdırıldığı gibi vahim iddiaların bazı dönemlerde kamuoyunun gündemine geldiğini hatırlatmakta fayda vardır.

<sup>51</sup> Yeni BDSG metni için bkz. [https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_2018/](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/), çevrimiçi, 28.06.2018.

kazancın devri talebini de içeren 28a hükmü dâhil genel düzenlemelerine yollama yaptığı görülmektedir<sup>52</sup>.

Yine DSG'ye bakıldığında, kamu hukuku tüzel kişileri bakımından da bir ayırım yapıldığı, m. 23 uyarınca, federal organların özel hukuka tâbi olduğu hallerde hukuka aykırı veri işlemlerinden ötürü, az önce açıkladığımız kurallar doğrultusunda sorumlu olduğu görülecektir. Yani kazancın devri talebi burada da söz konusu olmaktadır.

Diğer kamu hukuku tüzel kişileri açısından ise, davaları düzenleyen m. 25 hükmünde herhangi bir tazminat düzenlemesi yoktur. Bunlar için idari yargılama usulüne gönderme yapılmış olup, bu durum zararın mevcudiyetini gerektirir. Oysa KVKK'da kanaatimizce isabetli bir biçimde böyle bir ayırım yapılmamış olup, hazırlık çalışmaları incelendiğinde de böyle bir sonucun amaçlandığına dair herhangi bir bulguya rastlanmamaktadır<sup>53</sup>.

### c) AB Hukuku

AB'de kişisel verilerin korunması yakın zamana kadar Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli "Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafığı Yönergesi"<sup>54</sup> (Yönerge) doğrultusunda idi. Bu bağlamda üye ülkeler bir ölçüde serbestiye sahiplerdi<sup>55</sup>. 25 Mayıs 2018'de ise (AB) 2016/679 sayılı ve 27 Nisan 2016 tarihli "Genel Veri Koruma Tüzüğü" (Tüzük) yürürlüğe girmiş ve böylece AB çapında bütünüyle bağlayıcı ve doğrudan uygulanan bir düzenleme ortaya çıkmıştır<sup>56</sup>.

Tüzük m. 94 gereği 25 Mayıs 2018 itibarıyla Yönerge yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak KVKK'nın, Yönerge kaynak alınarak hazırlandığı bilinmektedir<sup>57</sup>. KVKK hükmüne verilebilecek anlam bakımından, öncelikle

<sup>52</sup> Kanun metni için bkz. <https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19920153/index.html>, çevrimiçi, 28.06.2018. Yeri gelmişken, ZGB'nin kişisel durum sicillerine ilişkin düzenlemeleri arasında, kişisel verilerin korunması hakkında m. 43a özel hükmünün sevk edildiği de hatırlatılmalıdır, bkz. **Serozan**, s. 467.

<sup>53</sup> KVKK'nın hazırlık çalışmaları için bkz. yukarıda dn. 37, 38 ve 39'da yer verilen metinler.

<sup>54</sup> Yönerge metni ve gerekçesi için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>55</sup> Yönergelerin AB Hukuku açısından özellikleri için bkz. **Can**, Hacı: Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, Ankara 2015, s. 25 vd.

<sup>56</sup> Tüzüklerin AB Hukuku açısından özellikleri için bkz. **Can**, s. 24-25.

<sup>57</sup> KVKK'nın kaynağı bakımından s. 15'te yer alan "Kanun; Avrupa Birliği tarafından 95/46/EC sayılı ve 24 Ekim 1995 tarihli "Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunması ve Serbest Veri Trafığı Direktifi" kaynak alınarak hazırlanmıştır. Bu Direktifle, üye ülkelerdeki bireylerin kişisel verilerinin üst düzeyde korunması ve kişisel *YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*



yürürlüğe girdiği dönemde esas aldığı Yönerge hükmünü incelemekte fayda vardır. Yönerge'nin 23. maddesinde, bu Yönerge doğrultusunda üye devletlerce hazırlanacak mevzuata aykırı bir biçimde veya başka herhangi bir surette hukuka aykırı olarak kişisel verilerin işlenmesi halinde ortaya çıkacak zararlardan ötürü ilgili kişinin veri sorumlusundan tazminat talep etme hakkının düzenlenmesi gerektiği ifade edilmektedir.

Aynı maddenin ikinci fıkrasında ise, veri sorumlusunun zarara yol açan fiilden sorumlu olmadığını ispatlayabildiği ölçüde bu sorumluluktan kısmen veya tamamen muaf tutulabileceği belirtilmekteydi. Gerekçede de, özellikle verisi işlenen kişinin de kusurlu olması veya mücbir sebepler bu konuda örnek olarak gösterilmiş ve bu tazminat sorumluluğunun gerekli önlemleri almayan hem özel hukuk hem de kamu hukuku tüzel kişileri için getirilmesi amaçlandığı ifade edilmişti<sup>58</sup>.

Bu açıklamalar doğrultusunda KVKK hazırlanırken yalnızca Yönerge'nin tercüme edilmesi ile hareket edilerek 'zarar' ve 'tazminat' kelimelerinin kullanıldığı, AB üyesi Almanya'da bile aynı ifadeler kullanılmasına karşın kazancın devrinin istenebileceğinin savunulduğu, bu nedenlerle KVKK kapsamında da bu talepte bulunulabileceği belirtilmelidir.

25 Mayıs 2018'de tüm AB üyesi ülkelerde yürürlüğe giren Tüzüğün 82. maddesine<sup>59</sup> göre ise, bu Tüzüğün ihlâli halinde, maddî veya manevî zarar gören kimse, veri işleyen veya veri sorumlusundan tazminat talep etme hakkına sahiptir. Böylece Yönerge'nin aksine Tüzük ile birlikte veri işleyen sorumluluğu da açıkça öngörülmüş ve bunların ilgili kişiye karşı müteselsilen sorumlu oldukları belirtilmiştir. Yine Yönerge'de olduğunun aksine Tüzük'te manevî tazminat da açıkça talep edilebilecek kalemler arasında sayılmıştır.

AB Hukuku'nda tüzük hükümlerinin üye ülkelerce değiştirilmesi mümkün olmamakla ve kazancın devri talebine ilişkin bir düzenleme Tüzük'te bulunmamakla birlikte, 82. maddedeki 'tazminat' kavramından ne anlaşılması gerektiğine dair yasama yorumunda<sup>60</sup>, tazminatın üye ülkenin yerleşik içtihatları doğrultusunda verilebilecek en geniş anlamda ele alınması

---

verilerin Avrupa Birliği içerisinde özgür dolaşımını sağlayacak açık ve kalıcı bir düzenleme yapılması amaçlanmıştır." şeklinde yapılan izahat ve KVKK'nın uygulanmasına yönelik diğer sorulara ilişkin faydalı açıklamalar için bkz. <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/6698%20SAYILI%20KİŞİSEL%20VERİLERİN%20KORUNMASI%20KANUNUNUN%20UYGULANMASINA%20YÖNELİK%20SORU%20VE%20CEVAPLAR.pdf>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>58</sup> Yönerge kapsamında ilgili kişinin tazminat talebi bakımından bkz. **Özdemir**, Hayrunnisa: Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler, EÜHFD, c. XIII, S. 1–2 (2009), s. 300.

<sup>59</sup> Bkz. <https://gdpr-info.eu/art-82-gdpr/>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>60</sup> Bkz. <https://gdpr-info.eu/recitals/no-146/>, çevrimiçi, 28.06.2018.

gerektiği belirtilmiştir. Keza, bu düzenlemenin, üye ülkelerin yerel yasalarının veya AB Hukuku'nun ihlâli halinde doğabilecek diğer taleplere hâlel getirmeyeceği vurgulanmıştır. Bu açıklamalar ışığında, örneğin Almanya'da, hakkı ihlâl edenin elde ettiği kazancın, tazminat miktarının belirlenmesinde hesaba katılmaya devam edeceği ileri sürülebilir.

### 5. KVKK'nın Değerlendirilmesi

Ülkemizde kişisel verileri koruma hukukunun gelişmesinin sebeplerinden biri de AB standartları ile uyum<sup>61</sup> olduğuna göre, Tüzük hükümleri doğrultusunda KVKK'nın değerlendirilmesinde fayda vardır. Bu kapsamda ilk olarak, veri sorumlusunun yanı sıra, veri işleyen için de sorumluluğun KVKK m. 12 yerine açıkça ilgili kişinin hakları arasında m. 11'de düzenlenmesinin yerinde olacağı düşüncesindeyiz. Bundan daha önemlisi ise KVKK m. 12'de öngörülen müşterek sorumluluk esasının aksine, KVKK'da bir değişiklik yapılarak veri işleyen ile veri sorumlusunun müteselsilen sorumlu olacaklarının benimsenmesidir. Bunun neticesinde veri sorumlusu ya da veri işleyen, ilgili kişinin tüm isteminden tek başına sorumlu tutulacağından, böylesine bir düzenleme kişisel verilerin korunması amacına daha çok hizmet eder.

İlgili kişinin hakları bakımından ise, KVKK'nın Tüzük karşısında eksik bir yönü yoktur. Bu bağlamda KVKK m. 11'de 'zarar' ifadesi kullanılmak suretiyle manevî zararın tazmini talebinin dışlanmış olmadığını vurgulamakta fayda vardır. Konumuzu oluşturan kazancın devri talebi açısından ise, Tüzük'te bir düzenlemeye yer verilmemiş olmasının, kazancın devri talebine hâlel getirmeyeceği yönündeki görüşümüzü yukarıda açıklamıştık. Dolayısıyla bu bakımdan önerilebilecek olan husus, KVKK'da bu hakkın varlığının açıkça düzenlenmesi veyahut talepler sayılmaksızın İsviçre'deki gibi doğrudan genel hükümlere atıf yapılmasıdır. Böylece tüm soru işaretleri ortadan kalkar.

Kazancın devri talebinin KVKK kapsamında ileri sürülmesi, koşulları bakımından çok ciddi farklılıklar arz etmez. Konumuz açısından söz konusu kişilik hakkı ihlâlinin, verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi suretiyle ilgili kişi adına bir iş görülmesi şeklinde ortaya çıkması gerektiğini hatırlatmak gerekir<sup>62</sup>. Bunun neticesinde iş gören bir kazanç elde etmeli ve kazanç ile

<sup>61</sup> Henkoğlu, *Türkey: Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara 2015, s. 84.

<sup>62</sup> Bu bağlamda, ilgili kişilerin rızaları dışında cep telefonu numaralarının gelir elde etmek amacıyla başka kişilerle paylaşılması; kimlik bilgileri kullanılarak adlarına yapılan iş ve işlemler üzerinden gelir elde edilmesi; sağlığa ilişkin verilerin özel hastaneler, ilaç firmaları, *YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

kişilik hakkı ihlâli arasında illiyet bağı olmalıdır<sup>63</sup>. Kazancın devri talebinin maddî<sup>64</sup> ve manevî tazminat<sup>65</sup> talepleri ile ilişkisi<sup>66</sup>, tâbi olduğu zamanaşımı<sup>67</sup>, yöneltileceği görevli ve yetkili mahkeme<sup>68</sup> ve diğer sorumluluk sebepleri ile yarışması<sup>69</sup> bakımından da kişilik hakkı ihlâlinin kişisel verilerin işlenmesi suretiyle oluşması bir farklılık yaratmaz.

Burada özellikle değinilmesi gereken husus ise, kusur unsurudur. Genel olarak gerçek olmayan vekâletsiz iş görmenin şartları arasında kusurun aranıp aranmayacağı tartışmalıdır<sup>70</sup>. Kişilik hakkı ihlâlinden doğan vekâletsiz iş görmeye ilişkin olarak ise öğretide, İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı (OR

sigorta şirketleri, derneklerle paylaşarak kazanç sağlanması gibi örneklerle uygulamada sıkça karşılaşılmaktadır.

<sup>63</sup> Öğretide, bir borç kaynağı olarak vekâletsiz iş görmenin şartlarını ele alan çok sayıda eser bulunmakla birlikte, sorumluluğun kişilik hakkı ihlâli kaynaklı olmasını ele alması bakımından bkz. **Aydın**, s. 52 vd.

<sup>64</sup> Konuya ilişkin öğretide ilk bakışta farklı görüşler varmış gibi gözükse de, biraz detaylı incelendiğinde aslında mesele üzerinde büyük ölçüde uzlaşma sağlandığı fark edilmektedir. (**Arpacı**, Abdülkadir: *Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler)*, 2. Bası, İstanbul 2000, s. 162 ve özellikle dn. 233; karş. **Dural/Öğüz**, s. 157 N. 788.) Kazancın devri talebi ile maddî zararının üstünde bir meblağ elde eden kimse, ayrıca maddî tazminat talebinde bulunamaz. Eğer kazancın devri talebi zararı karşılamıyorsa, (yoksun kalman kâr için, yalnızca kazancı aşığı nispette) maddî tazminat davası da açılabilir, bkz. **Serozan**, s. 177 dn. 63; **Baş Süzel**, s. 282.

<sup>65</sup> Manevî tazminat istemi, her durumda kazancın devri talebi ile birlikte ileri sürülebilir. (**Hatemi/Kalkan Oğuztürk**, s. 68; **Baş Süzel**, s. 282) Bununla birlikte, **Arpacı**, eğer manevî tazminat olarak bir miktar paranın ödetilmesi talep edilecekse, en azından kazancın devrine hükmedilen ve bu meblağın uğranılan maddî zarar miktarının çok üstünde olduğu hallerde böyle bir talebi ileri sürmenin hakkaniyete aykırı olabileceğini belirtmektedir. Yazar da diğer iki talebin malvarlığına ilişkin iken manevî tazminatın daha farklı bir amaca yöneldiğini kabul etmekte ve burada bir koyundan iki post çıkarma durumundan bahsedilemeyeceğinin altını çizmekte, yalnızca kanun hükmü değiştirilene kadar oluşabilecek bir tehlikeye işaret ederek somut olay şartlarının nazara alınmasının uygun olacağını belirtmektedir. (**Arpacı**, s. 162 dn. 233; aynı yönde **Serozan**, s. 177 dn. 63) Dolayısıyla burada da ciddi bir görüş ayrılığı bulunmadığı belirtilmelidir.

<sup>66</sup> Mesele, MK m. 25/f.III'ün, davacının maddî ve manevî tazminat talepleri ile kazancın devrine ilişkin istemde bulunabileceğini düzenlemesi üzerine doktrinde yukarıda açıklandığı üzere tartışılmıştır. Konuya ilişkin aydınlatıcı bir örnek için bkz. **Dural/Öğüz**, s. 157 N. 789.

<sup>67</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Aydın**, s. 202 vd.; **Baş Süzel**, s. 130 vd.

<sup>68</sup> Bu konuda detaylı açıklamalar için bkz. **Aydın**, s. 229 vd.; **Küçük**, Barış: *Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Davalarda Yetkili Mahkeme*, KHÜHFD, S. 1 (2013) s. 53 vd., özellikle s. 54-55.

<sup>69</sup> Burada hemen belirtmek gerekir ki, mağdurun sebepsiz zenginleşmeye dayanan bir talepte bulunması da şartları gerçekleşirse mümkün olmakla birlikte, kazancın devri talebi sebepsiz zenginleşmenin objektif zenginleşme koşulundan da bağımsız, dolayısıyla onun boyutlarını da aşan bir cezai yaptırım olarak öne çıkmaktadır. (**Serozan**, s. 477 N. 19g)

<sup>70</sup> **Baş Süzel**, s. 41 vd.

2020) m. 69'da<sup>71</sup> açıkça, hakka tecavüz edenin durumu bilmesi veya bilmesi gerekmesi koşulu aranmasına, yani kusurun varlığı bir şart olarak öngörülmesine rağmen, hükmün amacı gereği hakkı ihlâl edilenin menfaatinin ön planda tutulması gerektiği ve bu nedenle kusur şartının aranmasının yerinde olmayacağı ileri sürülmüştür<sup>72</sup>.

KVKK devreye girdiği zaman kusura ilişkin tartışmalar daha da karmaşık bir hâl almaktadır. Zira buraya kadar yapılan açıklamaların yanı sıra doktrinde, KVKK düzenlemelerinde kusurdan bahsedilmediği için bir kusursuz sorumluluk hâli öngörüldüğünü savunan bir görüş vardır<sup>73</sup>. Bu görüş uyarınca, veri sorumlusunun KVKK m. 12 doğrultusunda üzerine düşen görevleri yerine getirdiğini ispat etmesi, kurtuluş beyyinesi teşkil eder<sup>74</sup>. Bir başka görüş uyarınca ise, tehlike sorumluluğunun şartlarının oluşup oluşmadığı yönünden mesele ele alınmış; hakkaniyet ilkesi gereği bu kapsamda değerlendirilse bile, bunun her zaman ilgili kişi için olumlu sonuçlar doğurmayacağı ve özellikle üçüncü kişinin ağır kusuru bulunması durumunda veri sorumlusunun sahip olacağı rücu imkânı nedeniyle beklenen etkiyi doğurmayacağı savunulmuştur<sup>75</sup>.

Uygulamada bilhassa kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkı ihlâli, değinilen bu son husus kapsamında sıkça gerçekleşir. Ayrıca KVKK m. 12'de veri sorumlusuna ağır görevler verildiği de değerlendirildiğinde, kusurun varlığı şartının aranmasının, aslında ilgili kişinin menfaatinin çoğu uyuşmazlıkta zedelemeyeceği öngörülebilir. Tüm bu nedenlerle, KVKK'da açıkça öngörülmediği için, istisnai bir durum olan kusursuz sorumluluğun dar yorumlanması ilkesinden ayrılmaya gerek olmadığı düşüncesindeyiz. Bu sonuç, Tüzük, OR 2020 düzenlemesi ve kişisel verilerin işlenmesi suretiyle kişilik hakkı ihlâlinde kazancın devrinin talep edilebileceği görüşümüzle de tutarlıdır. Zira aksi halde, zararın varlığı şartından bağımsız olma yönüyle istisnai bir düzenleme olan kazancın devri talebinin uygulanması isabetsiz bir

<sup>71</sup> Bkz. <http://or2020.ch/Or2020/DocView/0dfc060f-734f-4659-88aa-1a5c0cea367d?hitPos=2>, çevrimiçi, 28.06.2018.

<sup>72</sup> **Helvacı**, Serap / **Aydın**, Gülşah Sinem, Kişilik Hakkı İhlâlinde Doğan Vekâletsiz İşgörmeye Kusurun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu, MÜHF-HAD, c. 23, S. 1 (2017), s. 265 vd., özellikle s. 294-295.

<sup>73</sup> **Çekin**, s. 638; **Korkmaz**, İbrahim: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme, TBB Dergisi 2016 (124), s. 134 dn. 227.

<sup>74</sup> **Çekin**, s. 638.

<sup>75</sup> **Gürpınar**, Damla: Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, c. 19, Özel Sayı-2017, s. 679 vd., özellikle s. 691-694.

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*

biçimde genişletilmiş olur. Kanun koyucu bir kusursuz sorumluluk hâli ihdas etmek istiyorsa, bunu açıkça düzenlemelidir<sup>76</sup>.

### E. Sonuç

Bu çalışma ile ülkemizdeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel mevzuat ortaya konmuş, kişisel veri ve kişilik hakkı kavramları tanımlanarak aralarındaki sıkı ilişki tespit edilmiştir. KVKK'nın ilgili kişinin haklarına ilişkin düzenlemelerinde yalnızca zarar ve tazminat kavramlarından söz edilmekle birlikte, burada kanun koyucunun, ilgili kişinin kazancın devrini talep etme hakkını ortadan kaldırma maksadı gütmeyeceği, hüküm amacıyla birlikte yorumlandığında bu talebe cevaz verileceği sonucuna ulaşılmıştır. Özellikle Tüzük ile birlikte AB Hukuku'nda konuya ilişkin değişiklikler ve bunların üye ülkelerin iç hukuklarına nasıl etki edebileceği belirlenmiş, bu bağlamda ihlâl suretiyle elde edilen kazancın, zararın miktarının belirlenmesinde nazara alınmaya devam edileceği öngörülmüştür.

Önümüzdeki süreçte Tüzük kapsamında AB Hukuku'nda ve yalnız KVKK bağlamında değil, diğer kişilik hakkı ihlallerinde de Türk Hukuku'nda kazancın devri talebi bakımından yaşanacak gelişmeler dikkatle izlenecektir. Acil bir ihtiyaç teşkil etmemekle birlikte, yakın dönemde ülkemizde Tüzük hükümleri doğrultusunda KVKK'da değişiklikler yapılması gündeme gelebilecektir. Böyle bir çalışma yapılması durumunda, özellikle son bölümde yer verdiğimiz önerilerimizin de nazara alınmasının, bilhassa konumuz açısından kazancın devri talebinin de KVKK'da açıkça düzenlenmesinin yahut yalnızca MK hükümlerine yollama yapılmasının, uygulamada doğabilecek soru işaretlerinin giderilmesinde faydalı olacağı kanaatindeyiz.

<sup>76</sup> Konuyu, Tüzük m.82/f.III uyarınca da benimsenen, Yönerge m.23/f.II'de veri sorumlusunun kusurlu olmadığını ispat ederek sorumluluktan kurtulabileceği yönündeki düzenleme ışığında ele alıp, görüşümüzle paralel olarak Türk Hukuku'nda kusur sorumluluğunun kural olması gerekçesiyle KVKK kapsamında sorumluluk için kusur şartı aranacağı sonucu için bkz. **Taşan**, s. 176 dn. 556. Bununla birlikte, veri işleyen ile veri sorumlusunun arasında bir istihdam ilişkisi bulunması durumunda TBK m. 66 gereği adam çalıştırmanın kusursuz sorumluluğu hükümlerine göre veri sorumlusuna başvurulabileceği yönünde bkz. **Taşan**, s. 69 dn. 240.

**KAYNAKÇA**

**AKDEMİR**, Pınar: Kişilik Haklarının İhlalinden Elde Edilen Kazancın İadesi Davası, İstanbul 2014

**AKSOY**, Hüseyin Can: Medeni Hukuk ve Özellikle Kişilik Hakkı Yönünden Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2010

**AKSOY**, Hüseyin Can: Kişisel Verilerinin İşlenmesi Kapsamında Rıza Unsuru ve Sınırlı Ehliyetsizlerin Durumu, Halûk Konuralp Anısına Armağan, Ankara 2009, c. III, s. 47-67.

**ARKAN AKBIYIK**, Azra: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 1999

**ARPACI**, Abdülkadir: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), 2. Bası, İstanbul 2000

**AYDIN**, Gülşah Sinem: Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İş Görme, İstanbul 2017

**BAŞALP**, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004

**BAŞ SÜZEL**, Ece: Gerçek Olmayan Vekâletsiz İş Görme – Menfaat Devri Yaptırımı, İstanbul 2015

**BUCHNER**, Benedikt: Informationelle Selbstbestimmung, Tübingen 2006

**BULUT**, Harun: Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, İstanbul 2006

**CAN**, Hacı: Avrupa Birliği Sözleşme Hukuku, Ankara 2015

**ÇEKİN**, Mesut Serdar: 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFMD, c. LXXIV, S. 2 (2016), s. 629-644.

**DURAL**, Mustafa / **ÖĞÜZ**, Tufan: Türk Özel Hukuku Cilt II – Kişiler Hukuku, 17. baskı, İstanbul 2016

**GÜRPINAR**, Damla: Kişisel Verilerin Korunmamasından Doğan Hukuki Sorumluluk, D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ'a Armağan, c. 19, Özel Sayı-2017, s. 679-694.

**HATEMİ**, Hüseyin / **KALKAN OĞUZTÜRK**, Burcu: Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler – Tüzel Kişiler), İstanbul 2014

**HELVACI**, Serap: Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul 2001

**HELVACI**, Serap / **AYDIN**, Gülşah Sinem: Kişilik Hakkı İhlâlinden Doğan Vekâletsiz İşgörmeye Kusurunun Bir Şart Olarak Aranıp Aranmayacağı Sorunu, MÜHF-HAD, c. 23, S. 1 (2017), s. 265-301.

**HENKOĞLU**, Türkay: Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2015

**KARTAL**, Bilal: Aykırı Düşünceler - Kişilik Haklarına Yönelik Tazminat Davalarında Karşı Oylarım (Basın ve Basın Davaları Hakkında Açıklamalar), Ankara 2010

**KAYA**, Mehmet Bedii / **TAŞTAN**, Furkan Güven: Kişisel Veri Koruma Hukuku (Mevzuat-İçtihat), İstanbul 2018

**KILIÇOĞLU YILMAZ**, Kumru: Haksız Kazancın İadesi, Ankara 2014

**KORKMAZ**, İbrahim: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme, TBB Dergisi 2016 (124), s. 81-152.

**KÜÇÜK**, Barış: Kişilik Hakkının İhlalinden Doğan Davalarda Yetkili Mahkeme, KHÜHFD, S. 1 (2013) s. 53-61.

**LINDHORST**, Matthias: Sanktionsdefizite im Datenschutzrecht, Frankfurt am Main 2010

**OĞUZMAN**, M. Kemal / **BARLAS**, Nami: Medenî Hukuk – Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 23. bası, İstanbul 2017

**OĞUZMAN**, M. Kemal / **SELİÇİ**, Özer / **OKTAY-ÖZDEMİR**, Saibe: Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), 16. bası, İstanbul 2016

**ÖZDEMİR**, Hayrunnisa: Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler, EÜHFD, c. XIII, S. 1–2 (2009), s. 285-303.

**ÖZTAN**, Bilge: Medenî Hukuk'un Temel Kavramları, 39. bası, Ankara 2014

**QUAAS**, Sabine: Datenschutzrecht, Beck'scher Online-Kommentar, 24. Edition, 2017

**SERDAR**, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâli ve Kişiliğin Korunması, Ankara 1999

**SEROZAN**, Rona: Medeni Hukuk – Genel Bölüm / Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul 2015

**ŞEN DOĞRAMACI**, Hayriye: Bir Borç Kaynağı Olarak Vekâletsiz İş Görme, “1926'dan Günümüze Türk-İsviçre Medeni Hukuku” – Medeni Kanun'un ve Borçlar Kanunu'nun 90. Yılı Uluslararası Sempozyumu (17-20 Şubat 2016), Ankara 2017, c. II, s. 1489-1502.

**TAHMAZOĞLU ÜZELTÜRK**, Sultan: Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Anayasa Değişikliği, Legal Hukuk Dergisi, S. 93 (Eylül 2010), s. 3151-3156.

**TAŞTAN**, Furkan Güven: Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017

**TINNEFELD**, Marie-Theres / **BUCHNER**, Benedikt / **PETRI**, Thomas: Einführung in das Datenschutzrecht: Datenschutz und Informationsfreiheit in europäischer Sicht, 5. Auflage, München 2012

**TURAN**, Metin: Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2017

**YÜCEDAĞ**, Nafiye: Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri, İÜHFMD c. LXXV, S. 2 (2017), s. 765-789.

### ÇEVİRİMİÇİ KAYNAKLAR

<https://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19920153/index.html>

<https://www.bbc.com/news/technology-43649018>

<https://beck-online.beck.de/>

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046>

<https://gdpr-info.eu/art-82-gdpr/>

<https://gdpr-info.eu/recitals/no-146/>

[https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg\\_2018/](https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/)

<https://www.kazanci.com.tr/>

<https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/6698%20SAYILI%20KİŞİSEL%20VE RİLERİN%20KORUNMASI%20KANUNUNUN%20UYGULANMASIN A%20YÖNELİK%20SORU%20VE%20CEVAPLAR.pdf>

<http://or2020.ch/Or2020/DocView/0dfc060f-734f-4659-88aa-1a5c0cea367d?hitPos=2>

<http://www2.tbmm.gov.tr/d23/1/1-0576.pdf>

<http://www2.tbmm.gov.tr/d26/1/1-0541.pdf>

<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf>

[https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak\\_g\\_sd.birlesim\\_baslangic?P4=22579&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=91](https://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tutanak_g_sd.birlesim_baslangic?P4=22579&P5=H&PAGE1=1&PAGE2=91)

### KISALTMALAR

AB: Avrupa Birliği

b.: bent

BDSG: Federal Alman Veri Koruma Yasası

BGH: Alman Federal Mahkemesi

bkz.: bakınız

c.: cilt

D.E.Ü.: Dokuz Eylül Üniversitesi

*YÜHFD Cilt: XV Sayı: 1 (2018)*



- DSG: İsviçre Veri Koruma Yasası  
dn.: dipnot  
E.: Esas  
EÜHFD: Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
f.: fıkra  
H.D.: Hukuk Dairesi  
İÜHFM: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası  
K.: Karar  
karş.: karşılaştırınız  
KHÜHFD: Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi  
KVKK: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu  
m.: madde  
MK: Medenî Kanun  
MÜHF-HAD: Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk  
Araştırmaları Dergisi  
N.: Numara  
NJW: Neue Juristische Wochenschrift  
OR 2020: İsviçre Borçlar Kanunu Tasarısı  
RG: Resmî Gazete  
Rn.: Randnummer  
s.: sayfa  
S.: Sayı  
TBK: Türk Borçlar Kanunu  
Tüzük: (AB) 2016/679 sayılı ve 27 Nisan 2016 tarihli Genel Veri Koruma  
Tüzüğü  
vd.: ve devamı  
Yönerge: Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi'nin 95/46/EC sayılı  
ve 24 Ekim 1995 tarihli Kişisel Verilerin İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin  
Korunması ve Serbest Veri Trafiki Yönergesi  
ZGB: İsviçre Medenî Kanunu