



VERİ TEMELLİ EKONOMİ ÇAĞINDA BİR TEMEL HAK OLARAK KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN*

ÖZET

2010 yılında yürürlüğe giren 5982 sayılı Kanun ile Anayasa m. 20'ye eklenen üçüncü fıkra kapsamında herkes kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu bağlamda kişilerin kişisel verileri üzerindeki hakları, temel hak statüsünde korunacaktır. Dünyanın içinde bulunduğu Covid-19 pandemisi uzun zamandır süregelen dijital dönüşüm sürecini de hızlandırmış, kişisel veriler her zamankinden daha da çok ihlallere açık hâle gelmiştir. Bu durum da kişisel verilen günümüzde özellikle söz konusu dijital dönüşümü gerçekleştiren çok uluslu şirketler tarafından işlenmesi durumunda ne şekilde korunacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bu bağlamda temel hak ve özgürlüklerin sadece devlet-birey arasındaki ilişkiye etki edebileceği, bunun dışında özel hukuk kişilerinin aralarındaki ilişkiler kapsamında doğrudan uygulama alanı bulamayacağı yönündeki uluslararası çapta yaygın bir uygulama günümüzde birçok devletten daha güçlü konuma sahip teknoloji şirketlerine karşı birtakım adaletsiz sonuçlar doğurabilecektir. Dolayısıyla teknoloji şirketlerinin kişisel verilerin korunması temel hak ve özgürlüğü açısından devletler kadar güçlü bir konumu haiz olduğundan hareket edilerek devletin gerekli durumlarda koruma yükümlülüğünün bir tezahürü olarak temel hak ve özgürlüklerin söz konusu ilişkilere doğrudan uygulanabilirliği incelenecektir. Bu sayede günümüzde devletler kadar güçlü konuma gelmiş olan teknoloji şirketleri ile bireyler arasındaki güç eşitsizliğinin temel hak ve özgürlüklerin amacına aykırı düşmeyecek şekilde bertaraf edilmesi amaçlanmaktadır.

Anahtar kelimeler: kişisel veriler, kişisel verilerin korunması, teknoloji şirketleri, dijital dönüşüm, temel hak ve özgürlükler

* Türk Alman Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

PROTECTION OF PERSONAL DATA AS A FUNDAMENTAL RIGHT IN THE DATA-BASED ECONOMIC ERA

ABSTRACT

Pursuant to the third paragraph added to Article 20 of the Constitution by Law no. 5982 which entered into force in 2010, everyone has the right to request the protection of their personal data. In this context, the rights of individuals on their personal data will be protected as a fundamental right. The Covid-19 pandemic that the world suffers has accelerated the long-running digital transformation process, and personal data have become more vulnerable than ever. This raises the question of how personal data will be protected today, especially if it is processed by multinational companies that perform the digital transformation. In this context, the internationally widely-accepted opinion that fundamental rights and freedoms may only affect the relationship between the state and the individual and cannot be directly applied to the relations among persons governed by private law may have some unfair consequences in respect of technology companies that have a stronger position than many states today. Therefore, it should be considered whether the state's obligation to protect the human rights can be directly applied to the said relations, considering that the technology companies are as powerful as the State in terms of the fundamental right and freedom of the protection of personal data. It is thereby aimed at eliminating the inequality of power between technology companies, which have become as powerful as states today, and individuals, in a way that would not fall foul of the purposes of fundamental rights and freedoms.

Keywords: personal data, protection of personal data, technology companies, digital transformation, fundamental rights and freedoms

I. GİRİŞ

2010 tarihinde 5982 sayılı Kanun m. 2 ile Anayasa m. 20'ye, üçüncü bir fıkra eklenmiş ve söz konusu hükümde herkesin kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. İlgili düzenlemeye 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.

Söz konusu hüküm vesilesiyle kişisel verilerin korunması hakkının artık bir temel hak ve özgürlük olarak korunacağı hususunda tereddüt yoktur. Bununla birlikte içinde bulunduğumuz dijital dönüşüm süreci, özellikle Covid-19 pandemisiyle daha da hızlanmış, kişisel veriler uluslararası şirketlerce çok geniş çapta toplanmaya başlanmış ve dolayısıyla kişisel verilerin korunması hakkı, her zamankinden daha da çok ihlallere açık bir hâle gelmiştir. İşte bu sebeple bir temel hak ve özgürlük niteliğini haiz olan kişisel verilerin korunması hakkının veri temelli ekonomi çağında nasıl korunması gerektiği hususunun incelenmesi önem kazanmıştır.

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İŞLEVİ

Temel hak ve özgürlükler, başlangıç aşamasında bireyi, güç tekeline elinde bulunduran devlete karşı koruma amacıyla getirilmiştir¹. Ancak günümüzde çok uluslu şirketlerin birçok devletten daha güçlü bir konuma sahip olduğu dikkate alındığında bireylerin bu şirketlere karşı da temel hak ve özgürlükler bağlamında nasıl korunması gerektiği sorusu önem kazanmaktadır. Bunun için öncelikle temel hak ve özgürlüklerin sınıflandırılmalarına değinilecek, dikey ve yatay etki sorunları ele alınacak ve veri koruma hukuku özelinde değerlendirmeler yapılacaktır.

¹ bkz. Kaneti S. (1990). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53., S. 1-4. s. 19.

Klasik sınıflandırmalara göre temel hak ve özgürlükler; negatif, pozitif ve aktif statü hakları olarak üçe ayrılmaktadır². Bunun yanında yeni sınıflandırmalar savunulsa da konumuz açısından bu ayırım yeterlidir³.

Negatif statü hakları, “kişinin devlet tarafından ihlal edilmemesi ve dokunulmaması gereken özel alanının sınırlarını belirleyen haklar olarak nitelendirilmektedir”. Burada devlete müdahale etmeme ödevi yüklenmektedir. Pozitif statü haklarında ise devlete olumlu bir davranışta bulunma yükümlülüğü getirilmektedir⁴.

Benzer şekilde dikey ve yatay ilişkiye de değinilmesi gerekmektedir. Buna göre devlet-birey arasındaki ilişki, dikey ilişkiyi ifade etmekte, birey-birey arasındaki ilişkide ise yatay ilişki gündeme gelmektedir⁵. Bu ayırım, temel hak ve özgürlüklerin muhatabı açısından büyük önem arz etmektedir. Şöyle ki gerek negatif gerek ise pozitif statü hakları tanımından anlaşılacağı üzere temel hak ve özgürlüklerin asıl muhatabı devlettir. Özellikle negatif statü hakları bağlamında bunun sebebi açıktır. Gerek hukuki gerek ise fiili imkânlar dikkate alındığında yasama, yürütme ve yargı yetkisini elinde bulunduran devlet, bireye karşı güç tekeline haiz ve üstün bir konumdadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin birincil amacı, söz konusu güç tekeline karşı bireylere de savunma imkânı tanımaktır. Pozitif yükümlülüklerde ise temel hak ve özgürlükler, güç tekeline elinde bulunduran devleti sadece sınırlandırmamakta, bununla birlikte ona, bireyler arasındaki ilişkiye müdahale etme ve gerektiği takdirde bir tarafı koruma ödevi getirmektedir. Ancak görüldüğü üzere bütün bu örneklerde temel hak ve özgürlüklerin muhatabı devlettir.

Temel hak ve özgürlüklerin bireyler arasındaki etkisi noktasında ise durum daha farklıdır. Zira devlet-birey ilişkisine kıyasla birey-birey arasındaki yatay ilişkide kural olarak hukuki ve fiilî bir güç eşitsizliği söz konusu değildir. Bilakis Türk Borçlar Hukuku; eşit ve hür konumdaki bireylerin kişisel münasebetlerini kural olarak dilediği

² bkz. Bulgan, B. G. (2017). *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 47-53; Atar, Y. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Seçkin Kitabevi, s. 131-132.

³ Gemalmaz, S. (2007). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s. 1437-1453.

⁴ Gözler, K. (2017). *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, s. 153-154; Kapani, M. (1981). *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 6; Kaboğlu, İ. Ö. (2013). *Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, Ankara: İmge Yayınevi, s. 40; Atar, Y. (2017). s. 132.

⁵ Daha geniş bilgi için bkz. Boyar, O. (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 16 vd.

şekilde düzenlemelerine, TBK m. 26 çerçevesinde de düzenlendiği üzere serbestçe müsaade etmiştir⁶. Aynı irade serbestisi, Anayasa m. 48 f. 1 bağlamında da açıkça “sözleşme hürriyeti” olarak düzenleme bulmuştur. Oysa temel hak ve özgürlüklerin söz konusu yatay ilişkide doğrudan uygulanması, bir bireyin temel hak ve özgürlüklerinin korunması, diğer bireyin temel hak ve özgürlüklerinin sınırlandırılması sonucunu beraberinde getirmektedir⁷. Bu sonuç ise temel hak ve özgürlüklerin bireyi korumaktan çok onun haklarını sınırlandırması gerçeğini beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükler, bu durumda işlevsellik açısından tam tersine bir etki göstermektedir.

Yatay etki bağlamında Anayasa m. 11 f. 1 ve m.12 f. 2 hükümlerine de dikkat çekmekte fayda vardır. Zira her iki hüküm de temel hak ve özgürlüklerin sadece hürriyetler değil aynı zamanda sorumluluk ve ödevler de ihtiva etmekte ve dolayısıyla hükümlerde bireyler temel hak ve özgürlüklerle bağlı kılınmaktadır. Bu ise doktrinde eleştirilmektedir⁸. Dolayısıyla bir taraftan bireysellik, liberalizm akımlarının etkisi altında kaleme alınmış ve hâlen de bu şekilde uygulanan özel hukuk hükümleri, diğer yandan hürriyet-otorite dengesini otoriteden yana kullandığı gerekçesiyle eleştirilen bir Anayasa mevcuttur⁹.

⁶ Kocayusufpaşaoğlu, N. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt I*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 130 vd.

⁷ bkz. Seifert, A. (2011). “Die horizontale Wirkung von Grundrechten, Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen”, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, s. 696, 699.

⁸ Erdoğan, M. (2002). *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara: Yetkin Yayınları, 95-96: “Anayasanın 12. Maddesinin 1. Fıkrasında her ne kadar doğal hak anlayışını andıran bir formül yer alıyorsa da, aynı maddenin 2. Fıkrası temel hak ve hürriyetleri kişinin ‘topluma, ailesine ve diğer kişilere karşı ödev ve sorumlulukları’ ile kayıtlamaktadır. Bu şekilde, hal olmaktan çok (veya en az o kadar) ödev ve sorumluluk olarak tanımlanan bir anayasal bağışlar kategorisini insan hakları olarak nitelendirmek elbette mümkün değildir. Çünkü, bir şeyin aynı zamanda hem ‘hak’ hem de ‘ödev ve sorumluluk’ olması mümkün değildir. Böyle bir şeyi kabul etmek, bir kişinin hem aynı konu üzerinde ‘hak-sahibi’ hem de aynı şeye ilişkin olarak ‘ödevli’ olabileceğini ileri sürmek demektir. Oysa, tam tersine, bir hak, hak-sahibine değil başkalarına birtakım ödev veya yükümlülükler yükler. Bu, özellikle insan hakları bakımından böyledir. Eğer insan hakları tek taraflı meşru talep veya iddialar olmasalardı, onların ayrı bir kategori olarak var olmalarına gerek olmazdı ve tümüyle işlevsizleşirdi. Bunun böyle olduğu, 1982 Anayasasının ‘temel hak ve hürriyetler’le ilgili diğer düzenlemelerinin kişilere güvenceli korunmuş alanlar sağlamaktan çok, devletin bireylerin özel alanlarına ve diğer özgürlük kullanımlarına müdahalesinin bahanesi olarak iş görmelerinden de anlaşılmaktadır.” Benzer görüşte Yazıcı, S. (2011). *Yeni Bir Anayasa Yapımı Sürecinde Türkiye Seçkinlikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 85-86.

⁹ Yazıcı, S. (2012). *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, s. 122-135; Yazıcı, S. (2011). s. 65-71; 74-79; 88-96; 102-105; 108-120; Erdoğan, M. (2002). s. 93-106; Tanör, B. (1994). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: Beta Basım Yayım, s. 127-47; daha geniş bilgi için bkz. Boyar, O. (2019). s. 129 vd.

Bütün bu genel açıklamalar, güç tekeli elinde bulunduran devlet ile daha güçsüz bir konumda olan bireyler arasındaki ilişki esas alınarak şekillenmiştir. Oysa belirtildiği üzere günümüz dünyasında bazı teknoloji şirketleri, birçok devletten daha güçlü konuma sahiptir. Bu takdirde temel hak ve özgürlüklerin sadece devlet-birey arasındaki ilişkiye etki edebileceği, bunun dışında yatay ilişki bağlamında doğrudan uygulama alanı bulamayacağı tezinin tekrar gözden geçirilmesi gerekecektir. Gerçekten de 2018 yılı verilerine göre 5 büyükler olarak adlandırılan teknoloji devleri Facebook, Alphabet, Amazon, Microsoft ve Apple, ciroları itibarıyla 802 milyar Dolara ulaşmakta, bu sayede 850 milyar dolarlık GMSH ile 18. sırada olan Hollanda ve 684 milyar dolarlık GMSH ile 19. sırada bulunan Suudi Arabistan'ın arasında yer almaktadır¹⁰. Dolayısıyla söz konusu şirketlerin gelirleri, bunları, şayet bir devlet olsalardı dünyanın en büyük 19. ekonomisi hâline getirebilecekti. Yine bu çerçevede söz konusu şirketler, elde ettikleri veriler sayesinde birçok ulusal istihbarat biriminden daha fazla ve daha hassas verilere sahip olabilmektedir. Dolayısıyla bu şirketlerin de güç tekeli elinde bulunduran devletler gibi benzer bir konuma sahip olduklarını iddia etmek çok da ihtimal dışı gözükmemektedir.

Bu sebeple söz konusu teknoloji şirketlerinin kazandığı bu eşsiz konum ve bunun da beraberinde getirdiği güç dengesizliği açısından temel hak ve özgürlüklerin ne tür bir etkisi olması gerektiği hususu incelenecektir.

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

A. DİKEY İLİŞKİ

Özü itibarıyla veri koruma hukukunun başlangıç noktası dikey ilişkidir. Özellikle 1970'li yıllarda makinalar tarafından farklı kaynaklardan devlet eliyle veri toplanmaya ve işlenmeye başlanmış, bununla birlikte bu verilerin toplanma amacı dışında kullanılabilmesi tehlikesine işaret edilmiştir. İşte güçlü konumdaki devlet otoritelerinin bireylere ait verileri amaç dışı kullanmalarını önlemek amacıyla 1970'li yıllarda veri koruma hukuku gelişmiş, ilk ulusal düzenlemeleri 1980'li yıllarda uluslararası düzenlemeler de takip etmiştir¹¹.

¹⁰ Daha geniş bilgi için bkz. <https://www.visualcapitalist.com/how-tech-giants-make-billions/> (Erişim tarihi: Kasım 2020).

¹¹ Özellikle bkz. İktisadi İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD) tarafından, 23.09.1980 tarihinde

Negatif yükümlülükler bağlamında öncelikle devlet otoritelerinin bireyin kişisel verilerinin korunması hakkına ölçsüz şekilde müdahalesinin önlenmesi amaçlanmıştır. Dolayısıyla negatif yükümlülük bağlamında önem arz eden husus, devletin bireylerin kişisel verileri koruma hakkına müdahale etmesi hâlinde ölçülü davranmasına işaret etmektedir.

Ancak veri koruma hukuku, başlangıç aşamasında dikey ilişkiyi esas alsada özel teşebbüslerin bu alandaki faaliyetleri dikkate alındığında artık sadece dikey ilişkiyle sınırlı kalmanın yetersiz olacağı anlaşılmıştır. Bu bağlamda her ne kadar bireysellik ve liberalizm, özel hukuk düzeninin önemli unsurları olsa da, devletin bu ilişkilere de müdahalesi başlamıştır. Özellikle günümüzdeki düzenlemelere bakıldığında bunların hemen hemen hepsinde yatay ilişki ile dikey ilişki arasında bir farklılığın olmadığı dikkat çekmektedir. Örnek olarak Alman Federal Veri Koruma Kanunu, 2016 yılında yayımlanan ve 2018 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü¹² ('Tüzük') ile ikame edilene kadar dikey ilişki ve yatay ilişkiye mahsus özel düzenlemeler sevk etmekteydi. Oysa gerek 1995 tarihli AB Veri Koruma Direktifi¹³ ('Direktif') gerek ise Tüzük, söz konusu ayırıma yer vermemekte, veri sorumlusu ile veri işleyen arasındaki ilişkileri düzenlerken bütün veri sorumlularını eşit olarak değerlendirmektedir.

Kuşkusuz bu bağlamda devlet otoritelerinin ve özellikle kanun koyucunun söz konusu pozitif yükümlülüğünü yerine getirirken geniş bir takdir yetkisi söz konusu olacaktır¹⁴. Bu kapsamda tesis

kabul edilen "Kişisel Alanın ve Sınır Aşan Kişisel Bilgi Trafikinin Korunmasına İlişkin Rehber İlkeler", ve Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 28 Ocak 1981 tarihinde imzaya açılan ve 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe giren Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi, Sözleşme metni ve taraf ülkeler için bkz. <https://www.coe.int/en/web/conventions/home/-/conventions/treaty/108> (Erişim tarihi: Kasım 2020).

¹² Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), farklı dillere tercüme edilmiş olan Tüzük metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj> (Erişim tarihi: Kasım 2020).

¹³ Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:en:HTML> (Erişim tarihi: Kasım 2020).

¹⁴ İHAM'a göre devletlerin pozitif yükümlülükleri İHAS m. 1'den kaynaklanmaktadır. Buna göre devletler, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin hak ve özgürlüklerden

edilmesi amaçlanan ideal menfaat dengesi, özel hukuk alanındaki irade serbestisi ve bireysellik anlayışından hareketle ancak bireyin kendi hakkını koruyamadığı takdirde müdahalede bulunacaktır. Dolayısıyla pozitif yükümlülükler bağlamında, negatif yükümlülüklerle kıyasla ölçülülük değil ikincillik (subsidiarite) ilkesinin önem kazandığını söylemek mümkündür¹⁵. İşte bu yaklaşım, aynı zamanda bir temel hak ve özgürlük olan kişisel verilerin korunması hakkının kanun koyucu tarafından somutlaştırılmış hâli olan 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nun¹⁶ ("Kanun") muhtelif hükümlerinin yorumlanması kapsamında ışık tutucu niteliktedir. Zira Kanun m. 5 f. 2 b. c hükmünde sözleşmenin ifası kapsamında kullanılan gereklilik, m. 5 f. 2 b. f kapsamında "meşru menfaat", m. 12 f. 1'de yer verilen "uygun güvenlik düzeyi" gibi kavramlar, hep bu ilke çerçevesinde yorumlanmalı, ancak bireyin kendi menfaatlerini koruyamadığı takdirde artık devletin müdahalesi zorunlu olmalıdır.

Ne var ki yukarıda da belirtildiği üzere teknoloji şirketlerinin birçok devlet kadar ve hatta bunlardan çok daha güçlü bir konuma sahip olması, bireysellik ve liberalizm ilkelerine dayanan özel hukuk ilişkilerinde söz konusu ikincillik ilkesinin ne kadar geçerli olduğu sorusunu da beraberinde getirmektedir. Özellikle belirtelim ki devlet-birey ilişkisi esas alınarak geliştirilen söz konusu ilkenin, günümüz çağında birçok devletten daha güçlü bir konuma gelmiş olan teknoloji şirketleri karşısında yeniden değerlendirilmesi gerektiği kanaati hasıl olmuştur. Facebook tarafından siyahi ve beyaz kullanıcılara farklı reklamlar gösterilmesi¹⁷, UBER'in telefonun pil seviyesine göre fiyatlandırma yapması¹⁸, Amazon'un işbaşvurularının değerlendirilmesi sürecinde kullandığı yapay zekâ yazılımının erkekler tarafından gelen başvurulara

yararlanmalarını sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır. (Boyar, O. (2013). "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Yatay Etki". İçinde: İnceoğlu, S. (Ed.) (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayıncılık: İstanbul, s. 53-80. S. 54. İHAM, aynı zamanda yerleşik içtihatlarında pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda devletlerin daha geniş takdir hakkına sahip olduklarını kabul etmektedir. (Case of Rees v. The United Kingdom, App. No. 9532/81, 17/10/1986, p. 37).

¹⁵ bkz. Neuner, J. (2020). "Das BverfG im Labyrinth der Drittwirkung", *Neue Juristische Wochenschrift*, s. 1851, 1852 vd.

¹⁶ 7/4/2016 tarih ve 29677 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁷ Facebook Will Stop Some Ads From Targeting Users by Race, The New York Times, <https://www.nytimes.com/2016/11/12/business/media/facebook-will-stop-some-ads-from-targeting-users-by-race.html> (Erişim tarihi: Kasım 2020).

¹⁸ Calo, R. Ve Rosenblat A. (2017). "The Taking Economy: Uber, Information, And Power", *Columbia Law Review* Vol. 117, No. 6, s. 1623 vd.

öncelik tanınması ve bunun ancak belirli bir süre sonra farkedilmesi¹⁹, Cambridge Annalytica şirketinin sosyal medya hesaplarından elde ettiği veriler neticesinde potansiyel seçmenlerin psikogramlarını oluşturması ve bu sayede seçim sürecine etki etmesi²⁰ gibi söz konusu teknolojiler, ayırmacılık, kutuplaştırma, güçlü konumun kötüye kullanımı gibi noktalarda çarpıcı örnekler teşkil etmektedir. Bu çerçevede tahsis edilmesi gereken menfaat dengesi, bütün bu gelişmeleri de dikkate almalı, bireyler açısından işlevsel bir koruma mekanizması sağlamalıdır.

B. YATAY İLİŞKİ

Devletin bireylere karşı koruma yükümlülüğünden bağımsız olarak yatay ilişki, temel hak ve özgürlüklerin ne zaman ve hangi şartlar altında doğrudan özel hukuk ilişkilerine uygulanacağı ile alakalı bir meseledir. Belirtildiği üzere bu çerçevede en önemli sorun, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine doğrudan uygulandığı takdirde ilişkinin bir tarafını korurken diğer tarafını sınırlandırması ve dolayısıyla temel hak ve özgürlüğün amacının tersine çevrilmesidir. Bu sebeple temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine doğrudan mı, dolaylı mı uygulanabileceği hususu tartışmalıdır.

Temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkileri kapsamında bireylerin gerçekleştirdiği hukuki işlemlere de doğrudan uygulanmasını savunan görüş²¹, bunun dayanağı olarak temel hak ve özgürlüklerin sadece devlet otoritesini değil özel kişileri de muhatap aldığını belirtmektedir. Temel hak ve özgürlüklere aykırılık bu sayede örnek olarak BK m. 27 bağlamında kanunun emredici hükümlerine aykırılık ya da BK m. 49 bağlamında mutlak ve nispi hak ihlaline gerekçe gösterilebilecektir. Benzer şekilde kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında temel hak ve özgürlüğe aykırılık, veri işleme faaliyetinin hukuka aykırı olarak nitelendirilmesine sebebiyet verebilecektir.

¹⁹ Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> (Erişim tarihi: Kasım 2020).

²⁰ Skandal hakkında daha geniş bilgi için bkz. The Cambridge Analytica Files, The Guardian, <https://www.theguardian.com/news/series/cambridge-analytica-files> (Erişim tarihi: Kasım 2020).

²¹ Nipperdey, C. (1959). *BGB Allgemeiner Teil*, Tübingen: J. B. Mohr, § 15 IV 4; Leisner, W. (1960). *Grundrechte und Privatrecht*, Münih: C.H. Beck, s. 356 vd.; Ramm, T., *Die Freiheit der Willensbildung - Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, Stuttgart: G. Fischer, s. 38 vd.; 56 vd. Ayrıca AİHM'nin 13.07.2004 tarihli Pla ve Puncernau/Andorra kararında da doğrudan yatay etki eğilimini görmek mümkündür.

Ancak burada işaret edilmesi gereken sorun şudur: Kanun koyucu, bir sözleşmenin geçerliliği ya da bir veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğu noktasında hâlihazırda özel düzenlemeler sevk etmiştir. Bu düzenlemeler kapsamında hâlihazırda bir menfaat dengesi, kanun koyucunun takdir yetkisine dayanılarak tahsis edilmiştir. Dolayısıyla temel hak ve özgürlükleri, bireysellik ve liberalizm esasına dayanan özel hukuk ilişkilerinde yapılan hukuki işlemlere doğrudan uygulamak, bu özel düzenlemelerin dolanılması ve dolayısıyla kanun koyucu tarafından tahsis edilen menfaat dengesinin de ortadan kaldırılması anlamına da gelebilecektir.

Öte yandan Anayasa, belirtildiği üzere temel hak ve özgürlüklerin sorumluluk ve ödevleri de beraberinde getirdiğini belirtmekle, temel hak ve özgürlüklerin doğrudan da uygulanabilirliğine zemin hazırlamaktadır. Ancak hürriyet-otorite dengesinin otorite lehine tesis edildiği eleştirisi, özel hukuk ilişkilerinde de söz konusudur. Zira söz konusu temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanması, ilişkinin diğer tarafı açısından kısıtlayıcı sonuçlara sebebiyet vermektedir.

Doğrudan etkiyi haklı kılan husus ise bireylerin her ne kadar hukuki açıdan eşit konuma sahip olmalarına rağmen fiilî açıdan bunun çoğu zaman söz konusu olmamasıdır. Kanun koyucunun ise iradesini ortaya koyup somut bir kanuni düzenleme yapmadığı hâllerde bu düzenlemeye kadar bekleyip hak ihlaline müsaade etmek de devletin pozitif yükümlülüklerine aykırılık teşkil edecektir²². Kaldı ki yine belirtildiği üzere günümüzde teknoloji devleri, kişisel verilerin korunması alanında birçok devletten daha güçlü bir konuma sahip olduğu için bunların temel hak ve özgürlüklerin korunması bağlamında kişisel verilerin korunması temel hak ve özgürlüğü açısından doğrudan muhatap kılınmaları imkân dahilinde değerlendirilebilecektir.

Temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerinde ancak dolaylı olarak etki göstereceğini savunan diğer görüş²³ ise özellikle yatay etki bağlamında temel hak ve özgürlüklerin amacının tersine çevrilmesinden hareket etmekte, bu sebeple temel hak ve özgürlüklerin ancak özel hukuk

²² Örnek olarak bakınız: *Türkiye Emekliler Derneği*, B. No: 2012/1035, 17/7/2014, § 39.

²³ Dürig, G. (1956). "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", *Festschrift für Nawiasky- Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, München: C. H. Beck, s. 157, 158 vd.; Alman Federal Anayasa Mahkemesi de birçok kararında bu görüşe yaklaşmıştır: BVerfGE 7, s. 198, 205 vd- Lüth.

düzenlemeleri kapsamında öngörülen “genel hükümler” çerçevesinde dikkate alınabileceğine işaret etmektedir. Buna göre “dürüstlük kuralı”, “ahlaka aykırılık” gibi genel ve soyut nitelikteki hükümler somutlaştırılırken özellikle temel hak ve özgürlüklerin dikkate alınması gerekecek, bu sayede temel hak ve özgürlükler bu genel hükümler vesilesiyle özel hukuk ilişkilerine de sirayet edecektir. Ancak bu görüşün de zayıf noktası, temel hak ve özgürlüklerin özel hukuk ilişkilerine sirayet edebilmesi için genel hüküm niteliğinde düzenlemeleri zorunlu kılmasıdır. Oysa genel nitelikte bir düzenlemenin olmadığı durumlarda da temel hak ve özgürlüklerin bireyler tarafından ihlali pekâlâ gündeme gelebilecektir. Kaldı ki şayet temel hak ve özgürlükler özel hukuk ilişkilerine ancak dolaylı olarak etki edecekse bireysel başvuru müessesesinin de hiçbir anlamı kalmayacaktır. Zira bu takdirde bireysel başvurunun inceleme konusu, sadece ilgili genel hükmün temel hak ve özgürlüklere uygun şekilde yorumlanıp yorumlanmadığından ibaret olacak; genel hükmün bulunmadığı hâllerde ise başvuru reddedilecektir. Bunun kabulü ise elbette mümkün değildir.

Dolayısıyla üçüncü bir görüş²⁴, özel hukuk ilişkileri bağlamında devletin koruma yükümlülüğünü dayanak noktası olarak değerlendirmektedir. Tıpkı dikey ilişkide olduğu gibi yatay ilişkide de devlet, sadece negatif anlamda müdahale etmemekle yükümlü olmamakta, gerektiği takdirde koruyucu şekilde müdahale etme ödevine de sahip olmaktadır. Dolayısıyla özel hukuk alanında bireylere tanınan serbesti, şayet diğer bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin ihlaline sebebiyet veriyor ya da en azından ihlal tehlikesini artırıyorsa devletin bu temel hak ve özgürlükleri korumak için gerekli önlemleri alması gerekmektedir. Özellikle yargı erki açısından bu vazifenin ifası için temel hak ve özgürlüklerin doğrudan uygulanması zorunlu olabilecektir. Ancak bu çerçevede de sınırlayıcı müdahalelerde ölçülülük ilkesinin ve pozitif müdahalelerde ise ikincillik ilkesinin dikkate alınması gerekecektir.

IV. SONUÇ

Sonuç itibariyle teknoloji şirketlerinin kişisel verilerin korunması temel hak ve özgürlüğü açısından devletler kadar güçlü bir konumu haiz olduğu tartışmasızdır. Bu çerçevede devlet, dikey ilişkide teknoloji

²⁴ Canaris, C. W. (1984). “Grundrechte und Privatrecht”, *Archiv für die civilistische Praxis (Acp)*, C. 184, s. 202, 225 vd.

şirketlerine sınırlandırma getirirken bunların menfaatlerini de dikkate almalı ve ölçülülük ilkesi çerçevesinde hareket etmelidir. Yine dikey ilişkide bireylerin korunması noktasında devlet, bireysellik ve liberalizm esasına dayalı olan özel hukuk ilişkilerinde ancak bireylerin kendilerini korumakta yetersiz kaldığı noktalarda söz konusu ilişkilere müdahale etmelidir. Bunun somut bir örneği, 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'dur.

Yatay ilişkide ise temel hak ve özgürlüklerin kural olarak doğrudan uygulanması, temel hak ve özgürlüklerin amacına aykırı düşeceği için bunun ancak istisnai durumlarda gündeme gelmesi söz konusu olacaktır. Bu bağlamda doğrudan ya da dolaylı etki kavramları yerine, dikey ilişkideki düzenlemelerin yetersiz kalması sebebiyle temel hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla devletin koruma yükümlülüğünün doğrudan uygulamayı zorunlu kılması gerekecektir. Kanaatimizce bu sayede günümüzde devletler kadar güçlü konuma gelmiş olan teknoloji şirketleri ile bireyler arasındaki güç eşitsizliği, temel hak ve özgürlüklerin amacına aykırı düşmeyecek şekilde bertaraf edilmiş olacaktır.

KAYNAKÇA

- ATAR, Yavuz (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, İstanbul: Seçkin Kitabevi.
- BOYAR, Oya (2019). *Anayasa ve Özel Hukuk*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BULGAN, Birden Güngören (2017). *Georg Jellinek'in Hak ve Devlet Kuramı*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- CANARIS, Claus Wilhelm (1984). "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis (Acp)*, C. 184, ss. 202, 225.
- DURIG, Günter (1956). "Grundrechte und Zivilrechtsprechung", *Festschrift für Nawiasky - Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung*, München: C.H. Beck.
- ERDOĞAN, Mustafa (2002). *Anayasa ve Özgürlük*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- GEMALMAZ, Semih (2007). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş*, İstanbul: Legal Yayıncılık.
- GÖZLER, Kemal (2017). *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım.
- İNCEOĞLU, Sibel (Ed.) (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme*, Beta Yayıncılık: İstanbul.
- KABOĞLU, İbrahim Özden (2013). *Özgürlükler Hukuku 1 İnsan Hakları Genel Kuramına Giriş*, Ankara: İmge Yayınevi.
- KANETİ, Selim (1990). "Anayasa Mahkemesi Kararlarına Göre Anayasa'nın Özel Hukuk Alanındaki Etkileri", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 53., S. 1-4. ss. 199-211.
- KAPANİ, Münci (1981). *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- KOCAYUSUFPAŞAOĞLU, Necip (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I*, İstanbul: Filiz Kitabevi.
- LEISNER, Walter (1960). *Grundrechte und Privatrecht*, Münih: C. H. Beck.
- NEUNER, Jörg (2020). "Das BverfG im Labyrinth der Drittwirkung", *Neue Juristische Wochenschrift*, s. 1851, 1852 vd.
- NIPPERDEY, Carl (1959). *BGB Allgemeiner Teil*, Tübingen: J. B. Mohr.

- RAMM, Thilo (1960). *Die Freiheit der Willensbildung - Zur Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte und der Rechtsstruktur der Vereinigung*, Stuttgart: G. Fischer.
- SEIFERT, Achim (2011). "Die horizontale Wirkung von Grundrechten, Europarechtliche und rechtsvergleichende Überlegungen", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, s. 696, 699.
- TANÖR, Bülent (1994). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: Beta Basım Yayım.
- YAZICI, Serap (2011). *Yeni Bir Anayasa Yapımı Sürecinde Türkiye Seçkincilikten Toplum Sözleşmesine*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- YAZICI, Serap (2012). *Demokratikleşme Sürecinde Türkiye*, İstanbul: İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları.