

WHATSAPP VERİ PAYLAŞIM POLİTİKASININ KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU KAPSAMINDA DEĞERLENDİRİLMESİ (AB HUKUKU İLE MUKAYESELİ)

Assessment of Whatsapp Data Sharing Policy Under the Law on Protection of Personal Data (Comparison With Eu Law)

Dr. Berat DUMAN*

Özet: Günümüz teknoloji çağında kullanılan birtakım iletişim uygulamaları bir yandan iletişim ve veri paylaşımı başta olmak üzere insanlığın günlük iletişim rutinini kolaylaştırırken diğer yandan bu uygulamaların, özellikle veri paylaşımı ve depolanması noktasında, bireylerin temel haklarına yönelik ihlallere zemin hazırlayabildiği görülmektedir.

Bu bağlamda, özellikle "Whatsapp" vb. iletişim uygulamalarını kullanmak için dijital âlemden verilen onay neticesinde (opt/in-out rıza) bu mecralarda paylaşılan verilerin işlenmesi - paylaşılan verilerin niteliği, paylaşım şekli- göz önüne alındığında, iletişim uygulamalarının kullanılmasından kaynaklı hukuki tartışmalar, gün geçtikçe artan bir önemde hukuk gündemimizde yer tutmaktadır.

Verileri işlenen gerçek kişilerin vermiş olduğu rıza beyanına uygun olacak şekilde bu verilerin modern teknolojik uygulamalar tarafından işlenmesi ve aktarılması noktasında bir temel hak olarak kişisel verilerin korunması kapsamında whatsapp veri sözleşmesi olarak da telaffuz edilen veri paylaşım politikasının, AB hukuku ile mukayeseli olacak şekilde değerlendirilmesi bu makalenin temel amacını oluşturmaktadır.

Anahtar kelimeler: whatsapp veri paylaşım politikası, whatsapp veri güncellemesi, kişisel verilerin korunması, opt-in/out rıza

Abstract: It is seen that some communication applications used in today's technology age, on the one hand, facilitate the daily routine of human beings, especially communication and data sharing, but on the other hand, these applications can cause legal violations against the fundamental rights of individuals, especially at the point of data sharing and storage.

In this context, especially "Whatsapp" etc. considering the processing of data shared in these channels - the nature of the shared data, the way it is shared - as a result of the approval given in the digital world (opt / in-out consent) to use communication applications, it is increasingly important in our legal agenda

The main axis of this article is to evaluate the legal nature and provisions of the WhatsApp data contract within the scope of the right to protect personal data as a fundamental right at the point of processing and transferring these data by modern technological applications in accordance with the consent declaration given by the natural persons whose data is processed.

Keywords: whatsapp data sharing policy, whatsapp data update, protection of personal data, opt-in / out consent

* Tetkik Hakimi, Adalet Bakanlığı Personel Genel Müdürlüğü
berat.duman@adalet.gov.tr, ORCID: 0000-0001-7795-2286
Makale Geliş Tarihi: 12.03.2021, Makale Kabul Tarihi: 20.04.2021

GİRİŞ

Günümüzde gelişen iletişim teknolojisi ile dijital mecralarda yapılan veri paylaşımlarında, bu alanlarda sayıca artan iletişim uygulamalarına paralel olarak bir artış görülmektedir. Bireyler, bu iletişim uygulamaları vasıtasıyla telefon rehberi, fotoğraf, resmi belge, sağlık raporu, online alışveriş rutinleri gibi pek çok özel ve kişisel veri içeren bilgileri bir veya daha fazla kişi ile etkileşimde bulunarak paylaşmakta ve kullanılabilir şekilde kaydetmektedirler.

Bu uygulamalar ile yapılan paylaşımların niteliğine baktığımızda, paylaşılan verilerin kâhir ekseriyetinin kişisel veri olarak literatürde ifade edilen bilgi ve veri olduğunu görmekteyiz. Paylaşımda bulunan bu veriler, kişilerin özel hayatını hatta bu hayatın “giz alanını” ilgilendirebilmektedir. Eski çağlardan beri kendisine ilişkin veri paylaşımı ve alenileştirilmesi konusunda temkinli olan insanoğlu, çağlar boyunca hukuki ve teknik olarak kişisel verisini koruma gayesinde olmuştur. Bu gayenin doğal sonucu olarak kamu otoriteleri ve diğer otoriteler bu alanda hukuki, idari ve teknik düzenlemeler yaparak kişilerin genel anlamda özel hayatını dar anlamda ise kişisel verilerini hukuki koruma altına almaya adeta mecbur kalmışlardır. Diğer bir anlatımla, günümüz teknolojisinin bireylere sağlamış olduğu zaman-mekan kısıtsız iletişim konforunun yanında bu uygulamaları kullanırken bireylerin temel haklarına nasıl müdahaleler olduğu/olabileceği ve kişisel verilerin güvenliği hususları hukuk gündeminde her zamankinden daha çok yer tutmaktadır.

Eski çağlarda içgüdüsel, mesleki ve dini (Hipokrat yemini, Hristiyanlıkta günah çıkarma vb.) olarak geliştirilen motivasyona paralel düzlemde, öncelikle en üstün bağlayıcı norm olan anayasalar ve hemen ardından kanunlarda kişisel verilerin korunmasına ve bu hakka müdahalelerden kaynaklanabilecek ihlallerin önlenmesine, giderilmesine mâtuf birtakım düzenlemeler yapılmaktadır. Bu düzenlemelerin temel hedefinin, verinin korunmasını sağlamaktan ziyade verinin korunmaması nedeniyle ortaya çıkabilecek, temel hak ve özgürlük ihlallerini engellemeye yönelik olduğu görülmektedir.

Tüm bu teknolojik ve hukuki gelişmeler ışığında, kişisel verilerin korunmasında; sözleşme serbestisi, temel hak ve güvenlik dengesinde “whatsapp” adlı iletişim uygulamasının, yapmış olduğu bir güncelleme ile kişisel verilerin depolanması, paylaşılması ve analiz edilerek anlamlı çıktılar elde edilerek başta ticari alanlar olmak üzere bunları kullanma yetkisini istemesi kişisel verilerin korunması hakkını bir kez daha gündeme getirmiştir. Öte yandan adı geçen uygulamanın bu güncellemeyi AB ülkeleri dışında uygulayacağını söylemesi Türk hukukunda kişisel verilerin yeterince korunmuyor olabileceği hususu başta olmak üzere başkaca tereddütleri içeren bir algıyı beraberinde getirmiştir.

Oysa ki, Avrupa Konseyi'nin kurucu üyesi olan ülkemiz açısından kişisel verilerin korunması hukukunun 108 sayılı Sözleşmenin imzaya açılmasından bu yana, Türk hukukunun gündeminde olduğunun kabulü gerekir. Avrupa Konseyi'nin 108 sayılı Sözleşmesinin yanı sıra Türkiye'nin, üye olmamasına rağmen AB tarafından çıkartılan 95/46/AT sayılı Yönergenin ve bu yönergenin yerini alan GDPR'nin (Genel Veri Koruma Tüzüğü), KVKK (Kişisel Verileri Koruma Kanunu) üzerindeki etkisi olduğu genel kabul gören bir gerçektir. Ayrıca kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, 2010 anayasa değişikliği ile anayasal bir hak olarak 1982 Anayasası'na dercedilmiştir. Diğer taraftan 2016 yılında 6698 sayılı KVKK yürürlüğe konarak kişisel veri işlemeden kaynaklanan ihlalleri incelemek üzere kararları idari yargı denetimine tabi olan KVKKr. (Kişisel Verileri Koruma Kurumu) oluşturulmuştur. Böylelikle AB düzeyinde idari ve yargısal denetim mekanizmaları ülkemizde 108 s Sözleşmeye ve AB hukukuna paralel olarak kurulmuştur.

Whatsapp tarafından gerçekleştirilen veri işleme ve aktarma faaliyetleri değerlendirilirken kişisel verilerin korunması hakkının temel hak kapsamına alınması nedeniyle bir yandan anayasa hukuku diğer taraftan ise medeni hukuk, ticaret ve ceza hukuku kabullerinden hareket edilmektedir. Bunlarla beraber 6698 sayılı Kanunun yürürlüğe konması sebebi ile kökleri eski zamanlara dayansa da özel ve yepyeni bir alan olarak kişisel verilerin korunması hukuku karşımıza çıkmaktadır.

Bu bağlamda kişisel verilerin korunması hukukunun genel terminolojisinden kısa bir şekilde bahsedilerek whatsapp uygulamasının yapmış olduğu veri paylaşım politikası (sözleşme) güncellemesinin hukuki mahiyeti , bu güncellenenin Türk Mevzuatındaki yeri AB hukuku ile karşılaştırmalı bir şekilde verilmesi ve güncellenenin Türk hukuku bakımından hukuki nitelendirilmesinin yapılması bu çalışmanın esas konusunu teşkil etmektedir.

I. GENEL OLARAK WHATSAPP UYGULAMASI ve VERİ SÖZLEŞMESİ (GÜNCELLEME)

Kamuoyunca malum olduğu üzere internet alt yapısını kullanmak suretiyle sesli, görüntülü ve yazılı iletişimi sağlayan pek çok uygulama bulunmaktadır. Bu uygulamalar; bilgisayarlara, akıllı telefonlara, tabletlere indirmek (download etmek) suretiyle onların kullanıcılara sunmuş olduğu ve genelde “okudum\kabul ediyorum” şeklinde kutucukları işaretlemek neticesinde kullanılmaya başlanmaktadır. Yine bu uygulamalar üzerinden paylaşılan ve depolanan veri türlerine baktığımızda, bu veriler kişisel veri niteliğinde olabileceği gibi kamu veya özel kurum\kurumsal işlerde kullanılan birtakım belgeler veyahut sadece alelade bir manzara fotoğrafı dahi olabileceği müşahade edilmektedir.

Bu uygulamalardan dünya çapında en yaygın olanlarından biri hizmet (servis) sözleşmesini yenilemesi ile gündeme oturan “whatsapp”

olmuştur. “Whatsapp” 1; İngilizce “what is up”¹ yani “nasıl gidiyor\ne haber?” anlamlarına gelen kelimelerin “application” yani “uygulama” kelimesi ile birleşiminden oluşan dünya çapında zaman ve mekan kısıtı olmadan kişi veya birden fazla kişiyle sesli-görüntülü mesajlaşmayı sağlayan bir uygulama olarak tanımlayabiliriz.²

Whatsapp Inc. adlı şirket, 08.02.2021 tarihinde yürürlüğe sokacağını daha sonra bunu 2021 Mayıs ayına ertelediğini duyurduğu veri paylaşım politikası ile AB üyeleri dışındaki ülkelerde bu uygulamayı kullanacak olanların verilerini facebook başta olmak üzere sahibi olduğu diğer şirketlerle paylaşacağını, bu nedenle uygulamanın güncellenmesine whatsapp veri sözleşmesi olarak bilinen sözleşmeyi kül halinde kullanıcılar tarafından onaylanmasının gerektiğini aksi halde ilgili şirket uygulamanın kullanıcılar tarafından kullanılamayacağını duyurdu.³ Esasen whatsapp, bir kişi tarafından bir cihaza indirilmiş ve kullanılmaya başlanmış ise bahse konu güncelleme onayı öncesinde verileri zaten saklayabiliyorken bu güncelleme onayı ile verileri saklamanın bir adım ötesine geçerek verileri paylaşma yani veri aktarımı yapabilme yetkisine sahip olacaktır. Başka bir anlatımla, ilgili kişilerden almış olduğu onay – hukuki tabiri ile rıza- ile verileri saklamak ile yetinmeyerek kendi kuruluşları arasında paylaşım onları analiz etme ve belli başlı sonuçlar çıkarabilme hatta kullanıcıların rutinlerini ve kişisel tercihlerini ortaya koyacak şekilde profillemeye\profil çıkarma⁴ imkânına sahip olacaktır.

04.01.2021 tarihinde yayımlanmış ve kullanıcıların onayına sunmuş olduğu veri sözleşmesi maddelerine baktığımızda⁵; sözleşme

¹ <https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/what%20is%20up>, E.T. 17.01.2021

² <https://www.whatsapp.com/about/>, “180’den fazla ülkede 2 milyardan fazla kişi arkadaşları ve ailesiyle, her zaman ve her yerde haberleşmek için WhatsApp kullanıyor. WhatsApp ücretsizdir ve dünyanın her yerindeki telefonlarda kullanılabilen kolay, güvenli, güvenilir bir mesajlaşma ve arama hizmeti sunar.” E.T. 17.01.2021.

³ <https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2021/01/15/son-dakika-whatsapp-sozlesmesi-sonrasi-o-islemler-tehlikede-uzman-isim-buyuk-riske-dikkat-cekti>, E.T. 15.01.2021.

⁴ <https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1C4%9FC4%B1.pdf> GDPR m.4’te profil çıkarma kavramı: “bir gerçek kişinin işteki performansı, ekonomik durumu, sağlığı, kişisel tercihleri, ilgi alanları, güvenilirliği, davranışları, konumu veya hareketlerine ilişkin hususların analiz edilmesi veya tahmin edilmesi başta olmak üzere söz konusu gerçek kişiye ilişkin belirli kişisel özelliklerin değerlendirilmesi için kişisel verilerin kullanımını ihtiva eden her türlü otomatik kişisel veri işleme biçimi” şeklinde ifade edilmiştir. E.T.20.01.2021

⁵ <https://www.ntv.com.tr/teknoloji/whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-nedir-whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-hangi-maddeleri-iceriyor,nTF6eUVSxEaiSuZqal7ZwQ>. E.T. 15.01.2021.
“Altyapının ve dağıtım sistemlerinin iyileştirilmesine yardımcı olmak, Hizmetlerimizin veya onların hizmetlerinin nasıl kullanıldığını anlamak; Facebook Şirketi Ürünleri genelinde emniyeti, güvenliği ve bütünlüğü artırmak; örneğin sistemleri güvence altına almak ve spam, tehditler, kötüye kullanım veya ihlal faaliyetleriyle mücadele etmek ;Onların hizmetlerini ve sizin bunları kullanma deneyiminizi iyileştirmek, örneğin sizin için önerilerde bulunmak (ör. arkadaşlar, grup bağlantıları veya ilginç içeriklerle ilgili öneriler), özellikleri ve içeriği

İngilizce metin üzerinden Türkçe'ye çevrildiğinden ilk bakışta okuma yapanlar için pek bir şey ifade etmiyor gibi görünse dahi sözleşme içeriği dikkatle incelendiğinde, uygulama kullanıcılarının; hesap bilgileri, mesajlar (görsel, video ve ses kayıtları dahil) bağlantılar, durum bilgisi, işlem ve ödeme verileri, müşteri desteği ve diğer iletişimler, kullanım ve kayıt bilgileri, cihaz ve bağlantı bilgileri, konum bilgileri, çerezler, başkalarının sizin hakkınızda sağladığı bilgiler, kullanıcı şikayetleri, Whatsapp'taki işletmeler, üçüncü taraf hizmet sağlayıcıları, üçüncü taraf hizmetleri, toplanan verilerin nasıl kullanıldığı, yan hizmetler, emniyet, güvenlik ve bütünlük, Facebook şirketleri hakkındaki iletişimler, kurumsal etkileşimler, batarya seviyesi, profil fotoğrafı yer almaktadır. Bu verilerin kâhir ekseriyetinin kişisel veri⁶ olduğu görülmektedir. Ayrıca metin Türkçe çevirisi itibarıyla ilk okunuşta anlaşılamayabilecek–muğlak ifadeler barındıran- bir metin olarak göze çarpmaktadır.

Başka bir anlatımla veri hukuku anlamında konuya baktığımızda WhatsApp Inc. adlı tüzel kişiliği haiz şirketin, kendi adını taşıyan iletişim uygulamasını kullanmak isteyen kişilere sunduğu hizmetin bir ön şartı olarak kullanıcılarının verilerinin işlenmesi ve bunların yurt dışında merkezleri bulunan diğer tüzel kişiliklere haiz –başta facebook olmak üzere- yabancı menşeli şirketlere aktarmasını amaçlar şekilde uygulamayı güncellediği anlaşılmaktadır. Whatsapp Inc. olumlu irade beyanı belirterek bu güncellemeyi kabul etmeyenlerin ise artık uygulamayı kullanmayacaklarını kendi uygulaması üzerinden kullanıcılarına duyurmuştur. Bu duyuruya ekli olarak kullanıcılara gönderilen bilgilendirme yazısında ise Whatsapp Inc.'in diğer şirketler ile paylaşacağı veriler için açık olmayan ifadeler ile -“*tarafalara teknik destek, teslimat ve diğer hizmetleri sağlamak, araştırma yapmak, pazarlama ve anket vb-*” gibi amaç bakımından belli olmayan bir şekilde verileri aktaracağını belirtmektedir.

kişiselleştirmek, satın alımları ve işlemleri tamamlamanıza yardımcı olmak ve Facebook Şirketi Ürünleri genelinde ilgili teklifler ve reklamlar göstermek; WhatsApp deneyimlerinizi diğer Facebook Şirketi Ürünleri ile birleştirmenizi sağlayan entegrasyonlar sağlamak. Örneğin, WhatsApp'ta satın aldıklarınız için ödeme yapmak üzere Facebook Pay hesabınızı bağlamanıza imkan vermek veya WhatsApp hesabınızı bağlayarak arkadaşlarınızla Portal gibi diğer Facebook Şirketi Ürünleri üzerinden sohbet etmenize olanak sağlamak.”

⁶ Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. m.'sinde uluslararası belgelerdeki kişisel veri tanımının tekrar edildiği görülmektedir. Buna göre kişisel veri, “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır. Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 3. Maddesindeki ayrıksı durum için; Bkz ilgili yönetmelik.

II. TÜRK HUKUKUNDA SÖZLEŞME SERBESTİSİ

Anayasamızın temel hakları düzenleyen bölümünde⁷ “sözleşme serbestliği” ilkesi ile birlikte çalışma ve ticari girişim özgürlüğünün bulunduğunu görmekteyiz. Bu özgürlüğün Türk medeni yaşamında borçlar hukukunu düzenleyen TBK'daki (Türk Borçlar Kanunu) yansımaları ise “sözleşme özgürlüğü” olarak literatüre geçmiştir. Bu vesileyle bireyler –ister gerçek ister tüzel kişi olsun- hukuki sınırlar içerisinde istedikleri alanda sözleşme yapabilme özgürlüğüne sahiptirler.⁸ Dolayısıyla sözleşme kuracak olan taraflar sözleşmenin karşı tarafını ve sözleşmenin içerdiği edimleri seçme özgürlüğüne sahiptirler.⁹

Başka bir deyişle taraflardan her biri daha önceden anlaşmaya varılmış olması hâli dâhil sözleşmenin içerdiği edimleri değiştirme, değişimini teklif etme özgürlüğüne sahiptir. Tabii ki bu hususların irade ve sözleşme özgürlüğü temel prensiplerine eşlik edecek şekilde tarafların özgür iradesine ve anlaşmalarına bağlı olduğunda kuşku bulunmamaktadır.¹⁰

Sözleşmenin hukuki olarak ne anlam ifade ettiğine bakacak olursak TBK'nın 1'inci maddesindeki düzenlemede “Sözleşme, tarafların iradelerini karşılıklı ve birbirine uygun olarak açıklamalarıyla kurulur” şeklindedir.¹¹ Sözleşme kelimesi geniş anlamı ile en az iki kişinin -bu kişiler gerçek veya tüzel kişi olabilir- karşılıklı olarak birbirleri uygun irade göstererek bir iş için sözleşmeleri olarak tanımlanabilir.¹²

Gerek anayasal ilkeler gerekse özel hukukta bilhassa TBK'daki genel hükümler göz önüne alındığında Türk hukukunda sözleşme özgürlüğünün sözleşmenin karşı tarafını seçme ve içeriğini belirleme özgürlüğünün yanı sıra önceden belirlenen sözleşme içeriği değiştirme özgürlüğünü kapsadığı ve bu kuralın istisnalarının pek az olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır.¹³

⁷ Anayasanın 12., 13., 17., 19., 35. ve 48. Maddeleri.

⁸ Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Ankara, 2014, s. 20.

⁹ Ercoşkun Şenol, Kübra, “Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27” İÜHF C. LXXIV, S. 2, 2016, s. 717-718., “hiç kimse istemediği bir kişi ile sözleşme yapmak zorunda değildir ve kişi, sözleşme yapmak istediği kişiyi serbestçe tayin etme hakkına sahiptir. Bu husus TBK'da açıkça düzenlenmiş olmasa da, sözleşmenin karşı tarafını seçme özgürlüğü olmaksızın sözleşme özgürlüğünden bahsetmek mümkün değildir.”

¹⁰ Kılıçoğlu, Ahmet, “Borçlar Hukuku Genel Hükümler”, 17. baskı, Ankara, 2013, s. 79.

¹¹ http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kamuy%C3%B6netimi_ue/borclarhuk.pdf, Borçlar Hukuku Ders Notları, E.T. 20.01.2021

¹² <https://kelimeler.gen.tr/sozlesme-nedir-ne-demek> 281206#:-:text=a.%201.,S%C3%B6zle%C5%9Fme%20i%C5%9Fi.&text=Hukuki%20sonu%C3%A7%20do%C4%9Furmak%20amac%C4%B1yla%20iki,toplum%20s%C3%B6zle%C5%9Fme sidir.%E2%80%9D%202DN.,E.T: 20.01.2021

¹³ Ayrıntılı bilgi için Bkz. Ercoşkun Şenol, agm., s.713. “Kanundan doğan sözleşme yapma zorunluluğu bir kamu hukuku hükmünden doğabilir. Örneğin, kamu hukuku kuralları uyarınca

Öte yandan, genel sözleşme hükümlerinden ayrılarak doktrinde kişisel veri işleme sözleşmesi olarak adlandırılan bir sözleşme türü de bulunmaktadır.¹⁴ Kişisel veri işleme sözleşmesi ile veri işleyen, veri sorumlusunun iradesine uygun olacak şekilde ilgili kişinin verilerini işleme edimini taahhüt eder.¹⁵ Burada bu sözleşme türü ile anlatılmak istenen veri sorumlusu ile veri işleyen arasında yapılan sözleşme çeşididir. Diğer bir anlatımla; verisi işlenen gerçek kişinin, kanuni terimi ile ilgili kişinin, tarafı olmadığı tamamen veri işlemeye yönelik yapılan bir sözleşmeden bahsedilmektedir. Whatsapp uygulamasının kullanıcılarına göndermiş olduğu ve veri sözleşmesi olarak zikredilen husus ise esasen özü itibarıyla opt-in\out¹⁶ yöntemi ile ilgili kişinin rızasını almaktan ibarettir. Yani adı geçen uygulama kendi kullanım şartlarını tek taraflı değiştirerek kullanıcılarına –ilgili kişilere- bu sözleşmeyi kabul etme yönünde bir irade beyanında bulunmaları amacıyla güncellemeyi–sözleşmeyi- göndermiştir. Dolayısıyla veri koruma hukuku bağlamında burada ilgili kişi ile yapılan bir veri sözleşmesinden ziyade ilgili kişinin kişisel verilerini işleme hususunda alınan bir genel irade beyanı ve açık rızadan söz edilmelidir.

Sözleşme serbestliği genel prensip olsa da bu prensibin istisnaları bulunmaktadır. Bu bağlamda Anayasa madde 48 uyarınca bir temel hak olarak herkese dilediği alanda sözleşme yapabilme özgürlüğü tanınmıştır. TBK'nın 26'ncı maddesivd. ise tarafların sözleşme içeriğini istediği gibi belirleme hakkına sahip olmakla beraber bu hakkın kanun ile sınırlanabileceği belirtilmiştir. Bu bağlamda TBK'nın 27'inci maddesinde , taraflarca belirlenen sözleşmedeki hükümler; kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine, kişilik haklarına aykırı ise veya konusu imkânsız ise kesin olarak hükümsüzdür. Bununla beraber sözleşmenin hükümlerinden bir kısmının hükümsüz olması,

kamu hizmeti gören kamu kurum ve kuruluşlarıyla, imtiyazlı olarak bu hizmetleri yürüten işletmeler, şartlara uygun şekilde öneride bulunan herkesle sözleşme yapmak zorundadırlar¹⁴. Yine Devlet İhale Kanunu (DİK) ve Kamu İhale Kanunu (KİK) uyarınca ihale yapılan hallerde de, istisnalar haricinde, ihaleyi yapan idare ile ihaleyi kazanan kişi arasında ihale dokümanında belirlenmiş içerikte bir sözleşme yapma zorunluluğu doğar. Özel hukuktan kaynaklanan sözleşme yapma zorunluluğu halleri ise oldukça azdır. Mirasın (Türk Medeni Kanunu -TMK- m. 642)¹⁵ veya paylı mülkiyetin paylaşılması (TMK m. 698)¹⁶, komşular için getirilmiş zorunlu geçit ve kaynak hakkı tanıma yükümlülüğü (TMK m. 747, 761)¹⁷ bu hususta örnek olarak gösterilebilir. En çarpıcı örnek ise, tüketicinin talebi üzerine satıcı veya sağlayıcıyı¹⁸ sözleşme yapmak zorunda bırakan Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un (TKHK) 6. maddesinde düzenlenmiştir.”

¹⁴ Ayrıntılı Bilgi için Bkz., Taştan, Furkan Güven, “Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması”, 2. Baskı, age., s.117-150.

¹⁵ Taştan, age., s.119.

¹⁶ Bkz. Makale Opt in rıza başlığı.

diğer hükümlerin geçerlilik durumunu olumsuz yönde etkilemeyecektir.¹⁷

III. İLGİLİ TERMİNOLOJİ (KİŞİSEL VERİ \ VERİ İŞLEME \ İLGİLİ KİŞİ KAVRAMLARI)¹⁸

Giriş kısmında belirttiğimiz gibi Türk hukukunda kişisel verilerin korunması hukukunun oluşmasında şüphesiz AK (Avrupa Konseyi) ve AB (Avrupa Birliği) hukukunun reddedilemez bir katkısı vardır. Özellikle ulusal düzeyde kodifikasyon ve terim oluşturma çalışmalarında AB yönerge ve tüzüklerinden istifade edildiği belirtilmelidir. Bu bağlamda hatta mukayese edildiğinde, 6698 sayılı Kanununun 95/46/EC sayılı AB yönergesinden büyük oranda esinlendiğini ama GDPR'den de izler taşıdığını söylemek yanlış olmayacaktır.¹⁹

Türkiye'de kişisel verilerin korunması hakkına yönelik mevzuat çalışmalarına kronolojik sıra ile değinecek olursak; AK üyesi olan ülkemiz açısından 1981 tarihli 108 sayılı AK Sözleşmesi ile esasen kişisel verilerin korunması hukukunun temel anlamda oluşmaya başladığı görülmektedir. Anayasal anlamda ise ilk olarak 2010 yılında Anayasanın 20'inci maddesine eklenen üçüncü fıkranın ardından kanun düzeyinde 2016 yılında 6698 sayılı Kanun yürürlüğe konularak kişisel verilerin korunması hukukunun mevzuat alt yapısı oluşturulmuştur.

6698 sayılı Kanunun 2'inci maddesinde kanunun kapsamı diğer bir deyişle uygulama alanı açık bir şekilde ifade edilmiştir. Adı geçen Kanunda tamamen veya kısmen otomatik olan ya da her hangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla veri

¹⁷ Bunlara ilaveten TBK. madde 28 anlamında aşırı yararlanma (gabin) hususu tartışılabilir. Şöyle ki, Whatsapp Inc. bu sözleşme içeriğinin yenilenmesi sayesinde, kullanıcıların –ilgili kişiler- neredeyse tüm verilerini elde etmesi ve bunları paylaşma yetkisini kendisine alması Whatsapp Inc.'e büyük avantaj sağlayacaktır. Sözleşmenin yenilenmesinin akabinde ise kullanıcılar sadece iletişimlerine devam edebilecektir. Elde edilen kazanımlar değerlendirildiğinde arada büyük bir uçurumun varlığı görülmektedir. Ama bu husus daha ziyade özel hukuk alanına girdiğinden çalışmamızın dışında kalmaktadır

¹⁸ Ayrıntılı bilgi için Küzeci Elif, "Kişisel Verilerin Korunması", 4.Baskı, Oniki Levha, 2020, s.100 vd.; Taştan, Furkan Güven, *age.*, s.50-117.; Şimşek, Oğuz, "Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması", 2008, Beta yayınları s. 4 vd. ; Ayözger, Ayşe Çiğdem, "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması", Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016. s. 14 vd.; Council of Europe, "Handbook on European Data Protection Law", European Union Agency for Fundamental Rights, 2014, s. 43 vd.; Başalp, Nilgün, "Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması", Ankara 2004, Yetkin Yayınevi, s. 33., Duman, Berat, "Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması", 2020, Doktora Tezi, s.47vd.

¹⁹ Ayrıntılı bilgi için Bkz., Çekin Mesut Serdar, "Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, AB hukuku ile Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde", 3. Baskı, Onikilevha, 2020, s. 10 vd. ; Başalp, Nilgün "Avrupa Birliği Veri Koruması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri" MÜHF, Cilt: 21, Sayı: 1, s. 92 vd.

işleyen gerçek veya tüzel kişiler hakkında bu Kanunun uygulanacağı belirtilmiştir. Bu tanımdan sonra ise verisi işlenen ilgili kişi, veri işleyen ve veri işleme eylemleri nedeniyle doğabilecek olan hukuki uyuşmazlıklarda sorumluluk yüklenen veri sorumlusu gibi terimler ortaya konularak mezkûr Kanunda tanımlanmıştır.

Bu bağlamda whatsapp uygulamasının verileri otomatik yollarla işleyen internet alt yapısını kullanan bir uygulama olduğu hususunda şüphe yoktur.

A. KİŞİSEL VERİ

Veri kelimesinin, bir kimseye veya nesneye yönelik ham bilgiyi ifade ettiğini söyleyebiliriz. Veri sözcüğü köken itibarı ile Latince dilimize geçerek verilen bir şey anlamında kullanılmaktadır.²⁰ Yine sözlük anlamına baktığımızda veri kelimesinin, bilgi veya data ile eş anlamlı olacak şekilde kullanıldığı görülmektedir.²¹ İşte bu bilgi veya data herhangi bir kişi ile ilişkilendirilebiliyorsa kişisel veri halini almaktadır. Burada verinin niteliğinin çok önemi bulunmamaktadır. Yazı, resim, harf, rakam veya bunlardan oluşan herhangi bir kayıt-belge vs. olabilir. Bu bağlamda örneklemek gerekirse kimlik numarası ne kadar veri ise bir kişi ile özdeşleşmiş olan araç plakası hatta herhangi bir aksesuar –yüzük gibi- kişisel veri sayılabilir.²²

Kanuni tanıma baktığımızda 6698 sayılı Kanunun 3.üncü maddesinde “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştır.²³ Bu tanımdan yola çıkılarak, kişisel veri kavramının esasen üç temel unsurdan teşekkül ettiği ileri sürülmektedir. Bu çerçevede, kişisel verinin unsurlarını “*bilgi*”, “*kimliği belirli veya belirlenebilir bir kişi*” ve bu “*bilginin kişiye ilişkin olması*” olarak sıralamak mümkündür. Diğer taraftan 6698 sayılı Kanun bazı verilerin daha hassas olduğu kabulünden hareketle özel nitelikli veri sayarak bunları özel koruma altına almıştır. KVKK'nın 6'ncı maddesinde “*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*”,

²⁰ Van Belle, Gerald /Ruiter, Leslie, “Data and Law: Beyond the Sweat of the Brow: Who Owns Published Data? And What Is Data?”, April, 2014, Journal of Significance, S.11, s. 28.

²¹ <https://sozluk.gov.tr/>, isim Bilgi, data, E.T. 22.01.2021.

²² Oğuz, Habip, “Elektornik Ortamda Kişisel Veriilerin Korunması Bazı Ülke Uygulamaları ve Ülkemizdeki Durum” Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi, 2013, İngiliz Temyiz Mahkemesince “kişisel veri”, “belirli veya kimliği belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgileri” “bireylerin kişisel ya da aile yaşantuları, iş veya meslek kapasiteleri yönünden özel hayatını etkileyen bilgi” olarak tanımlanmıştır.

²³ Burada ilgili kişinin kanun metninin lafzından ve yorumundan “gerçek kişi” olduğunda şüphe yoktur. Ancak kanundan kapsam itibarıyla ayrışan düzenleme olarak Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik 3. Maddesi ile tüzel kişiler de koruma kapsamına alınmıştır.

“ceza mahkumiyeti ve güvenlik tedbirleri”, “biyometrik ve genetik” verileri özel veri olarak belirtmiştir.

AB hukukunun baktığımızda, AB’nin 95/46/AT sayılı Yönergesinin 2/a m.’sinde kişisel veri: “Bir gerçek kişinin belirli veya belirlenebilir olması, şifre numarasına göre ya da psikik, psikolojik, fiziksel, ekonomik, kültürel veya sosyal benliği ifade eden bir veya birden fazla unsura, aidiyeti aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak teşhis edilebilmesi anlamına gelmektedir” şeklinde tanımlanmışken bu yönergenin yerini alan GDPR’de kişisel verilerin tanımı yapılmamıştır.²⁴

B. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ

KVKK’nın 3’üncü maddesinde kişisel verilerin işlenmesi ile *-kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla-* şu faaliyetleri ifade edilmektedir; “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 işlemin kastedildiği anlaşılmaktadır.

AB hukukuna baktığımızda ise, veri işleme deyiminden kastedilenin GDPR’nin 4’üncü maddesi uyarınca “*toplama, kaydetme, düzenleme, yapılandırma, depolama, uyarılma veya değiştirme, erişme, başvurma, kullanma, yaymak, yayınlamak veya diğer şekillerde ulaşılabilecek hale getirmek suretiyle açıklama, sıralama veya birleştirme, kısıtlama, silme veya imha etme gibi eylemler*” olarak ifade edildiği²⁵ görülmektedir.

Başka bir deyişle, kişisel verilerin elde edilmesi, saklanması, kopyalanması veya aktarılmasıyla ilgili herhangi bir aşamada gerçekleştirilebilecek herhangi bir iş/eylem olarak kabaca işleme hususu tanımlanabilir.²⁶

Öte yandan veri işleme eylemi alelade bir eylem olmamasından ötürü hukuki öngürülebilirliğin sağlanması ve verilerin kötüye kullanımının önlenmesi amaçları ile belli başlı hukuki prensiplere bağlanmıştır. Türk hukukunda 6698 sayılı Kanunun 4’üncü maddesinde veri işlemeye hakim olan ilkelerin sarıh bir şekilde belirtildiğini görmekteyiz. Anılan madde uyarınca “*kişisel verilerin, hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun, belirli, açık ve meşru amaçlarla ve işleme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine uygun olarak işlenmesi, hangi kişisel verilerin işleneceği veya hangi amaçlarla kimlere aktarılacağı*

²⁴ Duman, Berat, age., s. 50-51.

²⁵ GDPR.m.4,bkz.https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPRT%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf, Erişim Tarihi, 09.03.2021.

²⁶ Peter, Carey, “Privacy and Data Protection”, 2009, Volume 10, Issue 1, November, Articles/Data Protection: Backto Basics, s. 2

hususlarında gerekli bilgilendirmenin yapılmış olması” ilkeleri etrafında işleme faaliyetinin yapılması gerekmektedir. Bu ilkelerin kamu düzenine dair olduğu ve 6698 sayılı Kanunun emredici hükümlerinden olduğu gözden kaçırılmamalıdır.

Kişisel verilerin işlenmesi hususuna baktığımızda; whatsapp uygulamasının güncelleme ile yapmak istediği veri işleme faaliyetleri; - yukarda da belirttiğimiz üzere- hesabı olan kullanıcılara ait olan, hesap bilgileri, mesajlar (görsel, video ve ses kayıtları dahil) bağlantılar, durum bilgisi, işlem ve ödeme verileri, müşteri desteği ve diğer iletişimler, kullanım ve kayıt bilgileri, cihaz ve bağlantı bilgileri, konum bilgileri, çerezler, başkalarının sizin hakkınızda sağladığı bilgiler, kullanıcı şikayetleri, Whatsapp'taki işletmeler, üçüncü taraf hizmet sağlayıcıları, üçüncü taraf hizmetleri, toplanan verilerin nasıl kullanıldığı, yan hizmetler, emniyet, güvenlik ve bütünlük, Facebook şirketleri hakkındaki iletişimler, kurumsal etkileşimler, batarya seviyesi, profil fotoğrafı gibi oldukça geniş ve birtakım muğlak ifadeler içeren veri işleme faaliyetleri olduğunda şüphe yoktur.

İlk bakışta, Whatsapp Inc' in yaptığı veri işleme faaliyetinde kişisel verilerin işlenmesinde hâkim olan ilkelere muhalefet ettiği dikkat çekmektedir. Şöyle ki, 6698 sayılı Kanunun 4'üncü maddesinde belirtilen kişisel verilerin; **hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun, belirli, açık ve meşru amaçlarla ve işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma** ilkelerine uygun olarak işlenmesi, hangi kişisel verilerin işleneceği veya hangi amaçlarla **kimlere aktarılacağı hususlarında** gerekli bilgilendirmenin yapılmış olması ve her bir işleme/aktarma faaliyetine yönelik seçenek sunulmak suretiyle aktarma ve işleme konularında birbirinden ayrı açık rıza alınması gerekmektedir. Bu bakımdan özellikle şirketin tek taraflı yapmış olduğu sözleşme içeriği değişikliği ile kolayca anlaşılabilen birtakım muğlak ifadeler ile - *“tarafalara teknik destek, teslimat ve diğer hizmetleri sağlamak, araştırma yapmak, pazarlama ve anket vb-”* amaç bakımından belli olmayan bir şekilde verileri aktaracağını, kendilerine gönderilen metni kabul etmeyenlere ise hizmet sunmayacağını beyan etmesi hukuka ve dürüstlük kurallarına uyguna olarak veri işleme ve veri işleme amacı ile bağlı olma ilkesine aykırıdır.²⁷

Bu bağlamda, whatsapp güncellemesi Whatsapp Inc. tarafından sunulan hizmetin açık rıza şartına bağlanması anlamını da beraberinde

²⁷ <https://kvkk.gov.tr/Icerik/6856/WHATSAPP-UYGULAMASI-HAKKINDA-KAMUOYU-DUYURUSU>, E.T.27.03.2021, *“Söz konusu bilgilendirme metninde yönlendirme yapılan Gizlilik Politikasında ise, hangi verilerin hangi amaçlarla işleneceği ifade edilmekle birlikte, işlenen kişisel verilerin WhatsApp Inc. tarafından yurtdışında yerleşik bulunan hizmet aldığı ve hizmet verdiği Facebook grup şirketleri, tedarikçileri, iş ortakları, hizmet sağlayıcıları ve diğer üçüncü taraf veri sorumluları gibi net olarak belirli olmayan taraflara teknik destek, teslimat ve diğer hizmetleri sağlamak, araştırma yapmak, pazarlama ve anket vb. gibi yine belirli olmayan amaçlarla aktarılacağı ifade edilmekte olduğu görülmektedir.”*

getirmektedir. Verilerinin ilgili kişilere sunulan yeni metne göre işlenmesini kabul etmeyen kullanıcıların söz konusu hizmetten yararlanmaya devam edemeyecekleri açık bir şekilde belirtilmiştir. Buna benzer bir durumda Kurum, veri sorumlusunca sunulan hizmetin açık rıza şartına bağlı olarak gerçekleştirilmesinin Kanunun 4'üncü maddesinde yer alan *hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma* ve *işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü* olma ilkelerine aykırılık teşkil etmesi nedeniyle, Kanunun 12'nci maddesinin birinci fıkrası çerçevesinde veri güvenliğini sağlamaya yönelik gerekli teknik ve idari tedbirleri alma yükümlülüğünün veri sorumlusunca yerine getirilmemesinden bahisle veri sorumlusu hakkında idari yaptırım uygulanmasına karar vermiştir.²⁸

Burada özellikle hukuka ve dürüstlük kuralına uygun bir şekilde very işleme ilkesi diğer ilkelerin kaynağını teşkil etmesi ve yorum yolu ile diğer ilkeleri de barındırması sebebiyle asıl ilke olarak değerlendirilmelidir.²⁹

C. İLGİLİ KİŞİ

KVKK'nın 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde ilgili kişi kavramı "*kişisel verisi işlenen gerçek kişiyi ifade eder*" şeklinde tanımlanmıştır.

AB hukukuna baktığımızda **ilgili kişi** deyiminden ise GDPR'nin 4'üncü maddesinin birinci fıkrasında veri sahibi şeklinde bir tanım yapılarak veri sahibinin "*tanımlanmış bir gerçek kişi, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişi*" olarak söz edildiği görülmektedir. Öte yandan GDPR'de, kişisel veriler yerine, veri sahibinin tanımı belirlenir ve kişisel veriler, veri sahibinin tanımına atıfta bulunarak kısaca belirtilir.³⁰

Buradan hareketle kişisel verilerin korunması hukukunda Türk hukuku ile AB hukuku mukayese edildiğinde; kişisel veri, ilgili kişi, veri işleme gibi kavramların hemen hemen aynı tanımlamalara sahip

²⁸ Söz konusu husus KVKKr'nın ilgili kararında da Kanunun 4'üncü maddesi gereğince hukuka aykırı bir veri işleme olarak nitelendirilmiştir.

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5412/Acik-Rizani-Hizmet-Sartina-Baglanmasi>, Erişim tarihi, 21.03.2021.

²⁹ Küzeci, a.g.e., s. 195 vd.

³⁰ GDPR. m.12, veri sahibi olarak da çeviriler mevcuttur. Ayrıca bkz.

<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPRT%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1C4%9FC4%B1.pdf>, Erişim Tarihi, 09.03.2021.

olduklarında bir şüphe bulunmamaktadır. Dolayısıyla gerek Türk hukukunda gerekse AB hukukunda kişisel verilerin korunmasına müteallik işlemlere temel teşkil eden terminoloji ve veri işleme ilkelerinin birbirlerine eş değer olduğu dolayısıyla ilgili kişilere eşit düzeyde bir koruma sağladığı söylenebilir.

IV. VERİ İŞLEME ŞARTI “RIZA”

Sözlük anlamı ile rıza kelimesi "razı olma, isteme" demektir.³¹ Başka bir deyişle, bir şeyin gerçekleşmesi için izin verilmesi veya bir şeyin yapılması için uzlaşılması anlamına gelmektedir.³² Yani, rıza, ilgili kişinin –kişisel veri koruma hukuku bakımından veri sahibinin- kişisel verisi üzerinde yapılacak olan veri işleme faaliyetine yönelik olarak özel ve her yönü ile bilgilendirilmiş durumuna işaret etmektedir.

Kişinin, verilerinin yetkili kamu ve özel hukuk organları tarafından işlenebilmesi için rıza, neredeyse tüm hukuk sistemlerinde aranmıştır. Buradaki amaç ise, bireyi korumanın yanında kişisel verilerinin geleceğini belirleme hakkının uygulamasını sağlamaktır. Bu anlayışın temelinde Alman AYM’sinin vermiş olduğu meşhur ve kişisel verileri koruma hukukunda büyük etkisi olan “Nüfus Sayımı Kararı” yatmaktadır. Bahsi geçen karara göre, kişilerin, kişisel verileri üzerinde haklarının bulunduğu belirtilerek kişilerin kendi verileri üzerinde tasarrufta bulunma ve akıbetini tayin etme hakkı olduğu vurgulanmıştır.³³ Dolayısıyla ilgili kişiler vermiş oldukları rızayla hangi verilerinin ne için işlendiğini ne kadar süre ile nasıl saklanacağını ve kimlerle paylaşılacağını bilme hakkına sahiptirler.

KVKK, genel kural olarak ilgilinin açık rızası bulunmaksızın genel ve özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini ve aktarılmasını yasaklamıştır. Bununla beraber; sağlıkla³⁴ (cinsel hayat dahil)³⁵ ilgili

³¹ <https://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi, 20.03.2021.

³² <https://en.oxforddictionaries.com/definition/consent>, Erişim tarihi, 20.03.2021

³³ Küzeci, age., s. 75 vd.; Duman, age., s.175.

³⁴ “Sağlık verilerinin işlenmesine ilişkin bir diğer çelişki ise, İş Sağlığı ve Güvenliği Hizmetleri Yönetmeliği 98.maddesi gereğince işverene getirilen işyerinde gerçekleştirilen iş sağlığı ve güvenliği faaliyetleri konusunda tutulan bütün kayıtlar ve işten ayrılma tarihinden itibaren en az 15 yıl boyunca çalışanların kişisel sağlık dosyalarını saklama yükümlülüğüne ilişkindir. İlgili yönetmelik uyarınca, işverenin çalışanlarının sağlık verilerini 15 yıl süreyle saklama yükümlülüğü getirilmiştir. Ancak işveren bu yükümlülüğü yerine getirmesi halinde 6698 sayılı Kanun m. 6/3 hükmüne aykırı davranmış olacaktır. Zira sağlık verilerinin işlenmesi için kanunlarda açıkça öngörülme şartı getirilmemiştir. Bu nedenle 6698 sayılı Kanun uyarınca işveren, çalışanın sağlık verilerini saklayamayacaktır.”, Anı, a.g.e., s. 122.

³⁵ “...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.” KVKK m. 6/3.

zorunluluklar hariç olmak üzere; cari mevzuatta açıkça düzenlenen durumlarda özel nitelikli verilerin, ilgili kişinin açık rızası alınmadan dahi işlenebileceği istisnai olarak kabul edilmiştir.

Gerek AB hukuku gerekse iç hukukumuz bakımından GDPR³⁶ ve KVKK'ya³⁷ baktığımızda "ilgilinin rızası" olmaksızın veri işleme faaliyetlerinden herhangi biri yapılamayacaktır. Şöyle ki; AB hukuku kapsamında, meşru veri işlemenin temeli olarak düzenlenen rıza, Anayasamızın 20'inci maddesi ve KVKK'nın 3'üncü maddesinde "açık rıza" şeklinde düzenlenmiştir. İlgili kanun maddesine göre açık rıza, "belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rızayı" ifade etmektedir.³⁸ Yani bireyler, kendilerine ilişkin verilerin işlenmesine, tamamen kendi istekleri doğrultusunda ya da karşı tarafın talebine onay vermek suretiyle rıza göstermelidir. Rızanın açık olmasının diğer önemli bir yönü de veri işleyen kişiye gerçekleştireceği fiil hakkında yol gösterici olmasıdır.³⁹ Açık rızanın bu bakımdan, rıza sahibinin "olumlu irade beyanı" nı içermesi bir zorunluluktur. Meri mevzuat değerlendirildiğinde rızanın alınmasında bu işlemin yazılı şekilde yapılması zorunlu değildir. Açık rızanın gerek internet gibi elektronik ortam yoluyla gerekse telefon görüşmesi gibi çağrı merkezi aracılığıyla da alınması mümkündür.⁴⁰

GDPR'nin 8'inci maddesinde, rıza, "Rıza, veri konusunun, kendisi ile ilgili kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak, elektronik araçlar da dahil olmak üzere yazılı bir beyanat ya da sözlü ifade gibi, serbestçe verilmiş, spesifik, bilgili ve açık bir şekilde belirlenmesini sağlayan açık ve olumlu bir kararla verilmelidir. Bu, bir internet sitesini ziyaret sırasında bir kutuyu işaretlemeyi, bilgi toplumu hizmetleri için teknik ayarları seçmeyi veya bu bağlamda, veri konusundaki kişinin kendi kişisel verilerinin önerilen şekilde işlenmesini kabul ettiğini açıkça belirten başka bir açıklama veya davranışı içerebilir. Sessizlik, önceden işaretlenmiş kutular veya hareketsizlik bu nedenle onayı oluşturmamalıdır. Onay aynı amaç veya amaçlarla gerçekleştirilen tüm işlem faaliyetlerini kapsamalıdır. İşlemin birden fazla amacı olduğunda, hepsine onay verilmelidir. Eğer veri konusu kişinin onayı bir elektronik yola yapılan talebin ardından verilecekse, talep açık, özlü

³⁶ GDPR m. 6/1-a.

³⁷ KVKK m. 5/1.

³⁸ KVKK. Madde 3 gerekçesinden: "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 anlaşılmalıdır."

³⁹ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar>, Erişim tarihi, 25.03.2021.

⁴⁰ İspat yükü ise veri sorumlusundadır. Ayrıntılı bilgi için Bkz., Küzeci, age., s. 77 vd.

olmalı ve sağlanan hizmetin kullanılmasına gereksiz yere zarar vermemelidir."⁴¹ şeklinde tanımlanmıştır.

Öte yandan Türk hukuku bakımından 1982 Anayasasının 20'inci maddesine baktığımızda *"kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir."* hükmü bulunmaktadır. Buradan da anlaşılacağı üzere Türk hukuk sisteminde kişisel verilerin işlenmesinde "açık rıza" usulünün benimsendiğini söyleyebiliriz.⁴² Mefhumu muhalifinden hareketle yorum yapmak gerekirse üstü kapalı veya hareketsiz kalma ile verilen rıza (opt out rıza gibi) Türk hukuku bakımından kişisel verilerin işlenmesi için geçerli bir rıza olmayacaktır.

Bunlara ilaveten, Türk hukukunda, ilgili kişi öncelikle aydınlatılmalı yani konuya ilişkin bilgilendirilmeli ardından ise rızası alınmalıdır. İki eylemin aynı anda yapılması hususu cari mevzuat bakımından tartışmalı görülmektedir. Şöyle ki; Aydınlatma Tebliği⁴³ m. 5/1(f) hükmünde *"kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir."* denilmektedir. Kanaatimizce; bu hüküm gereği ilgili kişinin, kişisel verilerinin işlenmesi için gereken rıza, ilgili kişinin aydınlatılmasının akabinde ikinci bir eylem ile yazılı, sesli, görüntülü, mail yoluyla veya herhangi bir şekilde ispat yükü veri sorumlusuna ait olacak şekilde, kişisel verilerinin işlenmesine özgür irade beyanı ile icazet verdiği bir hukuki işlem şeklinde tanımlanabilir.

Ezcümle, Türk hukukunda, ilgili kişinin verisinin işlenebilmesi için genel kural⁴⁴ olarak ilgili kişinin Anayasa, yasa ve ilgili yönetmelik ve

⁴¹ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>,Erişimtarihi, 25.03.2021

⁴² Yine TCK'nın 26. m.'si ile kişinin üzerinde mutlak tasarruf yetkisi olan haklarda rızasının varlığı durumunda işlenen eylem nedeniyle cezaya hükmolunamayacağı açıkça belirtilmiştir.

⁴³ "Bu Tebliğin amacı, 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 10 uncu maddesi uyarınca veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce yerine getirilmesi gereken aydınlatma yükümlülüğü kapsamında uyulacak usul ve esasları belirlemektir.", 10.03.2018 tarihli ve 30356 sayılı Resmî Gazete.

⁴⁴ Tüm hukuk sistemlerinde rıza şartı kabul görmüş ise de ilgilinin rızasının aranmadığı istisna haller, aynı şekilde, her hukuk sisteminde mevcuttur. İç hukukumuz bakımından, rızanın aranmayacağı haller KVKK m. 5 gereğince şu şekilde sayılmıştır:

- Kanunlarda açık bir şekilde öngörülmesi,
- Fıili imkânsızlık sebebiyle rızasını açıklayamayacak halde bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,
- Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması,
- Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu olması,
- İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması,
- Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlenmenin zorunlu olması,
- İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması.

adsız düzenleyici işlemler minvalinde ilgili kişinin aydınlatılmış rızasının alınması gerektiğini görüyoruz. Bu bakımdan AB hukuku ile arasında bir fark bulunmamaktadır. Hatta anayasal bir teminat olarak ilgili kişinin vereceği açık rıza kavramının kişisel verileri işleme faaliyetlerinde karşımıza AB hukukundan daha güçlü bir şekilde çıktığını söylemek yanlış olmayacaktır. AB’de yalnızca hassas-özel verilerin işlenmesi faaliyetinde açık rıza istenmekteyken Türk hukukunda genel prensip olarak her türlü kişisel verinin işlenmesinde açık rıza aranmaktadır.⁴⁵ Bu bakımından Türk mevzuatı, AB düzenlemelerine göre daha fazla koruma öngörmektedir

V. WHATSAPP GÜNCELLEMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

A. VERİ İŞLEYEN\VERİ SORUMLUSU OLARAK WHATSAPP INC.

KVKK’nın 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (1) bendinde veri sorumlusu “*kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu olan gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde ifade edilmiştir. Burada kişisel verisi korunan kişi sadece gerçek kişiyken veri sorumlusunun hem gerçek hem de tüzel kişi olabildiği görülmektedir. Dolayısıyla hem kamu hem de özel hukuk tüzel kişiliğini haiz yapılar veri sorumlusu olabileceklerdir. Örneklemek gerekirse şirket şeklinde yapılanmaya gitmiş olan bir özel hukuk tüzel kişisi şayet holding şeklinde farklı iş tanımları bulunan birden fazla şirketi bünyesinde barındırmıyor ise kendisi veri sorumlusudur. Bağlı şirketlerin her biri, kişisel veri işleme amaç ve vasıtalarını kendileri belirliyorsa ve bir veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlularsa, Kanuna göre veri sorumlusu statüsüne sahip olacaklardır.⁴⁶ Yahut kuruluş sözleşmesinde her bir şirket kendi veri sorumlusu olabileceği gibi kuruluş sözleşmesinde farklı birimlere iş bölümü yapılmak suretiyle veri sorumlusu ve veri işleyen başka başka şirketler olabilecektir.⁴⁷

Veri işleyen ise; KVKK’nın 3’üncü maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendinde “*veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişi*” şeklinde tanımlanmıştır. Yukarıdaki tanımlar göz önünde bulundurulduğunda veri işleyenin faaliyetlerinin

⁴⁵ <https://www.kvkk.gov.tr/yayinlar/K%C4%B0%C5%9E%C4%B0SEL%20VER%C4%B0LER%C4%B0N%20KORUNMASI%20KANUNU%20VE%20UYGULAMASI.pdf>, Erişim Tarihi 21.03.2021

⁴⁶ <https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ca752cda-c3df-4645-8d5e-e2a507e63200.pdf> (Kvkk Hakkında Doğru Bilinen Yanlıklar, s.20), Erişim tarihi, 21.03.2021

⁴⁷ <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen>, Erişim tarihi, 21.03.2021.

esasen veri elde etmenin teknik kısımları ile ilgili olduğu ve bu kişinin herhangi bir inisiyatifinin bulunmadığı anlaşılmaktadır. Veri işleyen Kanunda sayılan işlemleri yapan bir kimse olarak tanımlanabilir ki onun bu yönü veri sorumlusundan ayrılmasına yardımcı olur.^{48 49}

GDPR madde 4/7'de "kontrolör" -sorumlu- yalnız başına veya başkalarıyla birlikte kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaçlar ve yöntemleri belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organdır; söz konusu işleme amaçları ve yöntemlerinin birlik ya da üye devlet hukukuna göre belirlenmesi durumunda, kontrolör veya kontrolörün belirlenmesine özgü kriterler birlik ya da üye devlet hukukuna göre belirlenebilir" şeklinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla, veri sorumlusu, kişisel verilerin işlenmesinin amaçlarını ve araçlarını belirleyen herhangi bir gerçek veya tüzel kişidir. GDPR madde 4/8'de ise işleyici, "kontrolör (sorumlu) adına kişisel verileri işleyen bir gerçek ya da tüzel kişi, kamu kuruluşu, kurumu veya diğer herhangi bir organdır." şeklinde ifade edilerek yönerge'deki tanım tekrar edilmiştir.

Bu tanımlamalardan hareketle Whatsapp Inc.'in hukuki statüsünü veri sorumlusu ve yerine göre verileri kendisi işliyor ise veri işleyen olarak tayin etmek gerekir. Esasen Whatsapp Inc.'in Türkiye'de mukim olmayan bir veri sorumlusu olduğunda şüphe yoktur. Bu nedenle ilgili mevzuat uyarınca bir temsilci de ataması gerekmektedir.⁵⁰

B. WHATSAPP KULLANICILARI (İLGİLİ KİŞİ)

İlgili kişinin belirlenmesinde herhangi bir tereddüt bulunmamaktadır. Şöyle ki, whatsapp uygulamasını, bu uygulamayı çalıştırabilir durumda bulunan herhangi bir cihaza indiren herhangi bir kişi yani genel tabiri ile whatsapp kullanan gerçek kişiler ilgili kişi sıfatını haizdir. Burada belki tüzel kişilik sıfatına haiz olan veya işletme olarak uygulamayı kullanan kişilerin gerçek kişi sayılmaması sebebiyle ilgili kişi sıfatına haiz olamayacakları ileri sürülebilir. Kanaatimizce tüzel kişi dahi olsa, o tüzel kişilik veya işletme, herhangi

⁴⁸ https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/4195/Veri-Sorumlusu-ve-Veri-Isleyen,Erisim_tarihi,21.03.2021.

⁴⁹ Carey, a.g.e., s. 3. "Veri sorumlusu (controller), kişisel verilerin işlenmesini kontrol eden bir kişi veya kuruluş olarak tanımlanabilir. Örneğin; bankalar, sigorta şirketleri, borsacılar, hukuk firmaları, süpermarketler, devlet daireleri vb. tüm organizasyonlar veri sorumlularıdır."

⁵⁰ Bunlara ilaveten, ulusal hukukumuzda, Veri Sorumluları Sicili Yönetmeliğinin yürürlük kazanması ile birlikte veri sorumlularının, kişisel verileri işlemeye başlamadan önce bir sicile kayıt olması gerekmektedir.⁵⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından oluşturulan bir otomatik sistem olan "VERBİS (Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi)" vasıtasıyla bu kayıt işlemi gerçekleştirilecektir. Öte yandan, "veri sorumlusu temsilcisi" kavramı hukukumuzda girmiştir. Adı geçen yönetmeliğin 4/1-p m.'sine göre veri sorumlusu temsilcisi, "Türkiye'de yerleşik olmayan veri sorumlularını... asgari temsile yetkili Türkiye'de yerleşik tüzel kişi ya da Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı gerçek kişi" olarak düzenlenmiştir.

bir gerçek kişi ile irtibatlandırılabilir ise ilgili kişi olarak korumadan faydalanacaktır. Her ne kadar uygulamayı kullanmak için bir hat sahibi olmak gerekiyorsa da hat tüzel kişinin üstüne kayıtlı olsa bile kullanıcı bir gerçek kişi ile irtibatlandırıldığında kullanıcı ilgili kişi sıfatını haiz olacaktır.

C. DAHİLİ RIZA⁵¹ (OPT IN RIZA)

İlgili kişilerden alınacak olan rızanın herhangi bir şekil şartına bağlı olmadığını ancak Türk hukuku bakımından aydınlatılmış bir şekilde alınacak olan açık rızanın kişisel veri işleme faaliyetinin temelini oluşturduğunu belirtmiştir.

Bu bakımdan internet tabanlı iletişim uygulamalarında ilk değinilmesi gereken konulardan biri sanal ortamda, kullanıcılardan alınan rızaların ne şekilde olacağıdır. Zira bir uygulama kullanıcısı; kişisel verisini bir uygulama aracılığıyla diğer kişiye gönderdiğinde veri internet âleminde akışa girmiş bulunmaktadır. Bu akış sırasında akışa müdahale edilebildiği ve verilerin herhangi bir rıza beyanı olmadan bu veri aktarma alanından çekilebildiğine dair raporlamalar mevcuttur.^{52 53} Dolayısıyla kanaatimizce, ilgili kişiden rıza alınırken, rıza alınmasını sağlayan aydınlatma metninde veya whatsapp uygulamasının kullanıcılarına gönderdiği gibi onay mesajında, verinin akışa girmesi halinde karşılaşılabileceği her türlü dış müdahaleye yer verilmesi gerekir. Böylelikle ilgili kişi neye rıza gösterdiğini tam manası ile idrak eder ve veri işleme faaliyetinin hukuki öngörülebilirliği sağlanır. Yine internet ortamında sunulan veri metni fazla uzun ve teknik olarak ortalama zekaya sahip olan birinin anlayamayacağı şekilde ise doktrinde bu şekilde alınan rızanın geçersiz olması gerektiğini savunan yazarlar bulunmaktadır.⁵⁴

Bu bağlamda internet ortamında verilen rızalara değinecek olursak, “opt in \ opt out” şeklinde ifade edilen rıza beyanlarına rastlanmaktadır. Esasen “opt-out” zımni rıza anlamındadır. Bireyin hareketsizliğinden kaynaklanan durumuna işaret eder. “Opt-in” ise kullanıcılara ilişkin verilerin paylaşılmasına yönelik bir kutucuk işaretlemek veya “okudum kabul ediyorum” yöntemi ile ilgili kişinin onayı alınmıyorsa bu opt-in rıza beyanı olmaktadır. Burada ilgili kişinin olumlu bir edimde bulunarak rıza vermesi gerekmektedir. Yani icrai bir hareketin olduğu görülmektedir.⁵⁵

⁵¹ Literatürde rızaya ilişkin böyle bir terim olmamakla beraber terimin İngilizcesinin Türkçe’ye çevirisi bu şekilde yazılmıştır.

⁵² Article 29 DataProtection Working Party, Working Document: Privacy on the Internet- An Integrated EU Approach to Online Data Protection,

⁵³ <https://www.kvkk.gov.tr/veri-ihlali-bildirimi/>, Erişim tarihi 09.04.2021

⁵⁴ Küzeci , a.g.e., s.270.

⁵⁵ Küzeci, a.g.e., s.270.

Whatsapp Inc.'in kullanıcılarından almış olduğu rıza bu hali ile opt-in rızaya örnek olarak gösterilebilir. Zira burada kullanıcı uygulamanın gönderdiği aydınlatma metnini okuyarak “kabul ediyorum” şeklinde kutucuğu işaretlemek suretiyle bir rıza göstermektedir. Hareketsiz kalması neticesinde alınan bir rıza yoktur. Hatta gönderilen metni kabul etmeme gibi bir kutucuğun bulunmadığı dahi görülmektedir. Ancak Whatsapp Inc. kullanıcılarına göndermiş olduğu onay metninde sadece “kabul ediyorum” kutucuğuna yer vermiştir. Bu manada ilgili kişilere seçme hakkı tanımaması yönünden opt in rıza şekli tartışılabilir.

D. YURT DIŞINA VERİ AKTARIMI

Yukarıda da belirttiğimiz üzere WhatsApp Inc. şirketince kendi adını taşıyan iletişim uygulamasından istifade etmek isteyen ilgili kişilerin, kişisel verilerinin işlenmesi faaliyetine ilaveten bu verileri yurtdışında mukim şahıslar –facebook başta olmak üzere- ile paylaşabilmek için kullanıcının onay-rıza vermesini içerecek şekilde kullanım şartlarının tek taraflı olarak değiştirdiği, bu bakımdan rıza göstermeyen ilgili kişilerin uygulamayı kullanamamaları için hesaplarının silineceğine ilişkin bir bilgilendirme mesajını tüm kullanıcılarına gönderdiğini belirtmiştik. Yani Whatsapp Inc. Türkiye'deki ilgili kişilerin verilerini yurt dışına aktaracağını ifade etmiştir.

KVKK'nın 9'uncu maddesinde; kişisel verilerin, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın yurt dışına aktarılamayacağı; ancak anılan hükmün ikinci fıkrası uyarınca Kanununun 5'inci maddesinin ikinci fıkrası ile özel nitelikli kişisel veriler bakımından 6'ncı maddesinin üçüncü fıkrasında belirtilen şartlardan birinin varlığı ve kişisel verinin aktarılacağı yabancı ülkede yeterli korumanın bulunması, yeterli korumanın bulunmaması durumunda Türkiye'deki ve ilgili yabancı ülkedeki veri sorumlularının yeterli bir korumayı yazılı olarak taahhüt etmeleri ve Kurum izninin bulunması kaydıyla kişisel verilerin ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın yurt dışına aktarılabilceği düzenlenmiştir.

SONUÇ

İletişim, insanoğlu ile beraber var olagelen ve günümüze değin değişik teknolojik aşamalardan geçen dinamik bir alan olarak karşımıza çıkmaktadır. İnsanoğlu, kişisel verilerini, teknolojik iletişim uygulamaları üzerinden zahmetsizce paylaşma, depolama ve sınıflandırma imkânına kavuşmuştur. Bu işlemleri yapabilmek kabiliyetine haiz otomatik sistemler ile veriler işlenebilir hale gelmiştir. Günümüzde bu uygulamalara en güzel örnek kişiler ile zaman-mekân kısıtı olmadan paylaşım yapma imkânı sunan ve internet alt yapısını kullanan iletişim uygulamalarıdır.

Modern iletişim uygulamalarının en popülerlerinden biri olan WhatsApp Inc. adlı tüzel kişiliği haiz şirket; tek taraflı olarak kullanıcıları ile olan protokolün içeriğini değiştirerek kendi adını taşıyan iletişim uygulamasını kullanan kişilerin verilerinin işlenmesi ve yurt dışında merkezleri bulunan diğer tüzel kişiliklere haiz –başta facebook olmak üzere- yabancı menşeli şirketlere verilerin aktarılmasını amaçlar şeklinde uygulamayı güncellediğini kullanıcılarına onay metni niteliğinde bir mesaj ile bildirmiştir. Yine Whatsapp Inc., sözleşme içeriğini tek taraflı irade beyanı ile değiştirerek karşı tarafa –ilgili kişi- (uygulama kullanıcılarına) bu hali ile sözleşmeyi kabul etmemesi halinde kendisine hizmet sunmayacağını belirterek bir nevi hizmet sunmayı kullanıcının rıza vermesi ön şartına bağlamıştır. Bunun yanında Whatsapp Inc. üçüncü kişiler ile paylaşacağı veriler için, açık olmayan ifadeler ile verileri aktaracağını bahse konu veri paylaşımı politikası-güncelleme-sözleşme ile ifade etmiştir.

Yukarıda belirttiğimiz gibi whatsapp uygulamasının bu yetki istemi, AB ülkeleri dışında uygulanacaktır. Bu husus ister istemez AB mevzuatı ile Türk mevzuatının mukayesesini gerektirmektedir. Esasen Whatsapp Inc. şirketi AB ülkelerinde cari olan GDPR'nin bireylerin kişisel verilerini koruduğunu düşüncesi ile böyle bir adım atmış olabilir. Fakat ülkemizin AK üyesi olması sebebiyle neredeyse tüm AB üye ülkeleri ile aynı zamanda, kişisel verilerin korunması hakkı hukuk gündemimizde kendisine yer bulmuştur. Yukarıda mukayeseli hukuk kapsamında değerlendirdiğimiz üzere KVKK neredeyse AB hukuku esas alınarak hazırlanmıştır. Bu minvalde 95/46/AT sayılı yönerge ve GDPR'nin düzenleme yaptığı her alanda KVKK'nın düzenleme yaptığı görülmektedir. Dolayısıyla Türk hukukuna tabii bireyler açısından hukuki koruma, anayasa başta olmak üzere yasa ve yönetmelik seviyesindeki düzenlemeler hatta adsız idari işlemler ile AB ile –en azından- eşdeğer seviyede mevcuttur. Hatta AB'de yalnızca hassas-özel verilerin işlenmesi faaliyetinde açık rıza istenmekteyken Türk hukukunda genel prensip olarak her türlü kişisel verinin işlenmesinde açık rıza aranmaktadır. Bu bakımından Türk mevzuatının, AB düzenlemelerine göre daha fazla koruma öngördüğü ileri sürülebilir. Başka bir anlatımla AB hukuku kapsamında ilgili kişilere sağlanan koruma ile Türk hukuku bağlamında sağlanan koruma arasında bir fark bulunmamaktadır. Bunun neticesi olarak Whatsapp Inc. AB ülkelerinde yapamadığı bir kişisel veri işleme faaliyetini yürürlükteki mevzuat çerçevesinde Türkiye'de yapamaz durumdadır.

Whatsapp Inc. adlı şirketin, kendi geliştirdiği uygulamanın kullanım şartlarını düzenleyen hukuki manada sözleşme sayılabilecek bir düzenleme yapması pekala mümkündür. Bu bağlamda, ilk bakışta, Whatsapp Inc. in yapmış olduğu güncelleme ile Anayasa'nın 48'incive TBK'nın 26 ve 27'nci maddelerinde kendisine yer bulan sözleşme serbestliğini oluşturan unsurlardan sözleşmenin içeriğini belirleme, değiştirme ve karşı tarafını seçme hakkı ile Anayasa'nın 20'nci maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında anayasal bir temel hak olan

kişisel verilerin korunması hakkı ve bu hakka bağlı olarak gelişen ve kendine özgü kaideler ile istisnaları bünyesinde barındıran kişisel verilerin korunması hukukunun ana kaynağı olan 6698 sayılı Kanunun çatışma ve çekişme halinde olduğu görülmektedir.

Bu bağlamda, kanaatimizce, whatsapp sözleşmesi (güncellemesi) Anayasa'nın 20/3, 48 ve 90'uncu maddeleri atfı ile AIHS (Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin 8'inci maddesi), TBK'nın 26 vd. maddeleri ile KVKK ilgili hükümleri uyarınca kanunun emredici hükümlerine ve kişisel verilerin korunması hakkı bağlamında kişilik hakları ile özel hayatın gizliliğine müdahale oluşturabileceği düşünülerek ele alınmalıdır. Bunun neticesi olarak anayasa ve kanun seviyesinde bireylere tanınan sözleşme içeriğini belirleme ve karşı tarafını seçme özgürlüğü, mutlak bir temel hak olarak tanımlanmaması nedeniyle, kişisel verileri koruma hukukunun kendisine özgü getirilen birtakım ilkeler ile çatışmaktadır. Bu ilkeler KVKK'da kendisine yer bulmuştur. Bu hali ile kanunun emredici hükmü halini almıştır. TBK'nın 27'nci maddesi uyarınca kanunun emredici hükümlerine ve kişilik haklarına aykırı olarak yapılan düzenleme kesin hükümsüzlük ile sakattır.

6698 sayılı Kanun uyarınca yapılacak değerlendirmede ise bu kanun ile kurulan KVKKr.'nin yaklaşımı⁵⁶ önem arz etmektedir. Türkiye'de kişisel verilerin korunmasını temin eden bağımsız idari otorite olarak KVKKr.'nin 6698 sayılı Kanunun yorumu ile birtakım ilkeler çerçevesinde bireylerin kişisel verilerini koruduğu gözlemlenmektedir. Bu doğrultuda, KVKKr.'nin yukarıda bahsedilen kararları göz önüne alındığında, Whatsapp Inc. şirketinin yapmış olduğu son düzenlemenin, hukuki anlamda pek çok sorunlu alanı barındırdığı görülmektedir. Şöyle ki, KVKKr.'nin benzeri incelemelerde vermiş olduğu kararlarda, bir hizmetin rıza verme ön şartına bağlanması ile aydınlatma metninde anlaşılmayan veya ucu açık ifadeler kullanılması eyleminin, kişisel veriler hukukuna hâkim olan ilkelerden hukuka ve dürüstlük kuralına uygun şekilde veri işleme ile işlenme amacı ile bağlı, sınırlı ve ölçülü olma ilkelerine aykırılık teşkil ettiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Whatsapp Inc.'in veri sorumlusu olarak bu şekilde tek taraflı karar ile sözleşme içeriğini değiştirerek ilgili kişinin eğer rıza vermez ise hizmetten yararlanamayacağını belirtmesi ve onay metninde “vb.” muğlak ifadeler kullanması Türk hukuku bakımından bu metin neticesinde opt-in şeklinde alınan rızanın geçerliliği hususunda sorun olduğunu göstermektedir. Başka bir deyişle ilgili kişilerden alınan rıza geçerli bir rıza olarak kabul edilmeyebilecektir. Bu halde ise TCK (Türk Ceza Kanunu) bağlamında Whatsapp Inc.'in veri işleme faaliyetleri hukuka aykırı hale gelebileceğinden idari anlamda sorumluluğun yanı sıra cezai sorumluluk ortaya çıkabilecektir.

Türk hukuku bakımından Whatsapp Inc. tarafından opt-in şeklinde alınan rızanın esasen veri koruma hukukuna hakim olan ilkeler

⁵⁶ 16.02.2018 tarihli ve 2018/19 sayılı Karar

ile çeliştiğini yukarıda belirtmiştik. Öte yandan kullanıcıların –ilgili kişinin- vermiş olduğu rızanın şekli değerlendirilmesi yapıldığında; kullanıcılardan alınan rızanın şeklen de hukuka aykırı olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, yukarıda belirttiğimiz gibi Aydınlatma Tebliği uyarınca ilgili kişi, rızası alınmadan önce veri işleme faaliyetinin tüm yönleri ve aşamaları ile ilgili olarak aydınlatılmalıdır. İlgili kişi, önce bir şekilde aydınlatılmalı ve onun akabinde ikinci bir icrai hareketle rızasının alınması gerekmektedir. Whatsapp Inc.’in yaptığı gibi sadece ilgili kişilere gönderilen bir metnin onaylatılması sureti ile hem aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi hem rızanın alınması Türk hukuku bakımından sorunlu bir alan olarak göze çarpmaktadır. Ancak şunu da belirtmeliyiz, kanaatimizce bir tebliğ ile düzenlenmiş olan aydınlatma hususunun kanun düzeyinde yapılması kişisel verilerin korunması açısından daha güçlü bir koruma sağlayacaktır.

Diğer taraftan whatsapp uygulamasından ilgili kişilere gönderilen onay metninde, kullanıcının verisi akışa girdiğinde, sanal âlemde ne gibi müdahalelere maruz kalabileceği, rıza ve aydınlatma metnine benzer bir metin olan onay mesajında belirtilmeli ve bu mesajın anlatım şeklinin ise orta zekâlı bir kişinin anlayacağı şekilde olması gerekmektedir.

Yine ilgili kişinin rızasının alınması veri işleme faaliyetlerinde kişisel verilerin korunması hukukunda temel prensip ise de 6698 sayılı Kanunun istisnalarının sayıca çok olduğu dikkate alındığında prensibin istisna, istisnaların ise kural olduğu eleştirisi gündeme gelebilir. Ama tabiki Whatsapp Inc. uygulamasının bu sayılan istisna alanları içerisinde olmadığını dolayısıyla rıza prensibinin uygulanması gerektiğini belirtmemiz gerekir.

Öte yandan 6698 sayılı Kanunda ilkelerin sayıldığı hükümlerde örnekseyici bir sayım yapılarak hangi hareketin hangi ilke ile çatışacağını belirtmesinde hukuki öngörülebilirliğin sağlanması ve bu kanunu uygulayan kamu ve özel hukuk otoritelerine uygulamada yeknesaklık kazandırması açısından önemli olduğu kanaatindeyiz. Yine aynı şekilde opt-in/out rızanın kanunda veya en azından yönetmelik seviyesinde tanımlanması yerinde bir düzenleme olacaktır.

Ez cümle; Whatsapp Inc.’in veri paylaşım politikasında yapmış olduğu güncellemenin, AB hukuku ile paralel düzenlemelere sahip olmanın yanında kişisel verilerin korunması hakkını anayasal bir temel hak olarak tanıyan Türk hukuku karşısındaki durumuna özet olarak değinecek olursak; burada Whatsapp Inc. kişisel verileri koruma hukuku terminolojisine göre “veri sorumlusu”, bu uygulamayı kullananlar ise “ilgili kişi” sıfatını haizdir. Whatsapp Inc.’in kullanıcılarına göndermiş olduğu onay metni hukuki manada Anayasa’nın 48’inci maddesi ve TBK’nın 27’nci maddesinde kendisine yer bulan sözleşmenin içeriğinin değiştirilmesi ve karşı tarafını seçme özgürlüğü ile ilgili bir metindir. Bu metin, hem aydınlatma hem rıza almak için ilgili kişilere gönderilmesi itibarıyla Türk hukuku bakımından yürürlükteki mevzuata aykırıdır. Zira yukarıda bahsettiğimiz üzere aydınlatma ve rıza alma işlemi iki ayrı icrai işlem ile yapılması gereken işlemlerdir. Yine KVKKr. daha önce

almış olduğu kararlara⁵⁷ paralel bir şekilde bu Whatsapp Inc. in ilgili kişilere hizmet sunmasını alacağı rızaya bağlı bir önşart olarak göstermesi “hukuka ve dürüstlük ilkelerine” aykırı veri işleme faaliyetidir. Öte yandan gönderilen metinde ucu açık ve “vb.” gibi muğlak ifadeler geçmesi amaç bakımından belli olmayan bir şekilde veri işleme faaliyeti kapsamına girer bu husus da kişisel verilere hâkim olan ilkelere aykırıdır. Bu bağlamda ve yukarıda anılan gerekçelerle, Whatsapp Inc.’in yapmış olduğu güncelleme, Anayasa’nın 48’inci maddesindeki düzenleme mutlak bir hak olmadığından sözleşme serbestisinin istisnalarından olan kanunun emredici hükümlerine ve kişilik haklarına aykırı bir sözleşme hükmü gibi değerlendirilmelidir. Dolayısıyla Whatsapp Inc.’in Türkiye’deki kullanıcıları hakkında bahsettiği veri işleme ve aktarma faaliyetini yapamayacağı yapması halinde idari ve adli yaptırımlara maruz kalabileceğini söylemek yanlış olmayacaktır.

⁵⁷ 16.02.2018 tarihli ve 2018/19 sayılı Karar, kvkk.gov.tr., E.T: 21.03.2021

KAYNAKÇA

Ayözger, Ayşe Çiğdem, "Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin Korunması, Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul, 2016.

Council of Europe, "Handbook on European Data Protection Law", European Union Agency for Fundamental Rights, 2014

Başalp, Nilgün, "Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması", Ankara 2004, Yetkin Yayınevi,

Çekin Mesut Serdar, 'Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, AB hukuku ile Mukayeseli Olarak 6698 sayılı Kanun Çerçevesinde', 3. Baskı, Onikilevha, 2020

Başalp, Nilgün "Avrupa Birliği Veri Korunması Genel Regülasyonu'nun Temel Yenilikleri" MÜHF, Cilt: 21, Sayı: 1

Duman, Berat, "*Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*", 2020, Doktora Tezi,

Eren, Fikret, Borçlar Hukuku: Özel Hükümler, Ankara, 2014

Ercoskun Şenol, Kübra, "Sözleşmenin İçeriğini Belirleme Özgürlüğü ve Bunun Genel Sınırı: TBK m. 27" İÜHF C. LXXIV, S. 2, 2016

Kılıçoğlu, Ahmet, "*Borçlar Hukuku Genel Hükümler*", 17. baskı, Ankara, 2013,

Taştan, Furkan Güven, "*Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*", 2. Baskı

Küzeci Elif, "*Kişisel Verilerin Korunması*", 4.Baskı, Oniki Levha, 2020,

Şimşek, Oğuz, "Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması", 2008, Beta yayınları

Van Belle, Gerald /Ruiter, Leslie, "*Data and Law: Beyond the Sweat of the Brow: Who Owns Published Data? And What Is Data?*", April, 2014, Journal of Significance, S.11, s. 28.

Article 29 DataProtection Working Party, Working Document: Privacy on the Internet- An Integrated EU Approach to Online Data Protection

İNTERNET KAYNAKLARI

<https://kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/ca752cda-c3df-4645-8d5e-e2a507e63200.pdf> (Kvkk Hakkında Doğru Bilinen Yanlıklar, s.20), Erişim tarihi, 21.03.2021

<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPRT%>

<https://sozluk.gov.tr/>, Erişim tarihi, 20.03.2021.

<https://en.oxforddictionaries.com/definition/consent>, Erişim tarihi, 20.03.2021.

<https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2037/Acik-Riza-Alirken-Dikkat-Edilecek-Hususlar>,

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=en>, Erişim tarihi,20.03.2021.

http://auzefkitap.istanbul.edu.tr/kitap/kamuy%C3%B6netimi_ue/borclarhuk.pdf, Borçlar Hukuku Ders Notları, E.T. 20.01.2021

<https://kelimeler.gen.tr/sozlesme-nedir-ne-demek> E.T: 20.01.2021

<https://www.whatsapp.com/about/>, E.T. 17.01.2021.

<https://www.sabah.com.tr/ekonomi/2021/01/15/son-dakika-whatsapp-sozlesmesi-sonrasi-o-islemler-tehlikede-uzman-isim-buyuk-riske-dikkat-cekti>, E.T. 15.01.2021.

<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR>. E.T.20.01.2021

<https://www.ntv.com.tr/teknoloji/whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-nedir-whatsapp-gizlilik-sozlesmesi-hangi-maddeleri-iceriyor,nTF6eUVSxEaiSuZqa17ZwQ>. E.T. 15.01.2021.

<https://tureng.com/tr/turkce-ingilizce/what%20is%20up>, E.T. 17.01.2021

