

Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Kişisel Verilere Yönelik İhlallere Karşı Türk Ceza Kanununda Düzenlenen Suçlar^(*)

Crimes Provided in the Turkish Penal Code Against Violations Towards Personal Data Under the Personal Data Protection Law

Prof. Dr. Ezgi AYGÜN EŞİTLİ^(**)

Öz:

Makalede, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu kapsamına giren hallerde, kişisel verilere yönelik ihlallerin hangi ceza hukuku normlarıyla korunduğunun genel bir çerçevesi oluşturulmaya çalışılmıştır.

Söz konusu amaçtan hareketle, konu başlıkları altında ayrıntılı incelemelere yer verilerek, temel esaslar üzerinde durulduktan sonra, sorunlu alanlar irdelenmiştir.

Bu kapsamda çalışmada, Kişisel Verilerin Korunması Kanununun kapsam ve sınırları ele alınmış, Kanunda yer alan hukuka uygunluk nedenlerine değinilmiş ve söz konusu Kanun uyarınca korunan kişisel verilere yönelik suç teşkil eden fiiller, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 135-140. maddeleri kapsamında incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler:

Kişisel Veri, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, Veri Sorumlusu, Veri İşleyen, Türk Ceza Kanunu.

Abstract:

In this article, an attempt was made to create a general framework by which criminal law norms protect violations of personal data in cases falling within the scope of the Personal Data Protection Law.

Based on this purpose, instead of detailed examinations under subject headings, after focusing on the basic principles, problematic areas were examined.

In this context, in the study, the scope and limits of the Personal Data Protection Law were discussed, the reasons for compliance with the law were mentioned, and criminal acts against personal data protected in accordance with the Personal Data Protection Law, within the scope of the articles by 135-140 of the Turkish Penal Code No. 5237 were examined.

Keywords:

Personal Data, Personal Data Protection Law, Data Controller, Data Processor, Turkish Penal Code.

^(*) Makale hakem denetiminden geçmiştir.

Makale Geliş Tarihi: 22.04.2024 - Makale Kabul Tarihi: 24.05.2024.

^(**) Başkent Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, Öğretim Üyesi, Ankara - Türkiye,

E-posta: aygun.ezgi@gmail.com,

Orcid No: <https://orcid.org/0000-0002-5413-2485>.

GİRİŞ

Geçen yüz yılda hızla gelişen teknoloji ve geliştikçe küçülen dünya, kişisel verilerin elde edilmesi ve yayılmasını aynı ölçüde kolaylaştırmış, bununla paralel olarak da kişisel verilerin ihlallere karşı korunması ihtiyacı artmıştır.

Bu ihtiyacın yanı sıra teknolojik gelişmelerle uyumlanma çabası içinde olan insan hakları düşüncesi, özel hayat alanını kişi ile ilişkilendirilebilen her türlü veri bu kapsama dahil olacak şekilde genişleterek ihlallere karşı korunmak çabası içine girmiş, bu çaba, uluslararası ve ulusal düzenlemelerle hukuk düzeninde görünür kılınmıştır.

Kişisel verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişilerin, bu verileri hukuka aykırı olarak işlemeleri ya da işlemlerini gerektiren sebepler ortadan kalkmış olmasına rağmen bu kişisel verileri silmemeleri, yok etmemeleri veya anonim hale getirmemeleri halinde 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (KVKK) uyarınca sorumlulukları doğar. İşlenen hukuka aykırı fiilin suç teşkil etmesi halinde ise sorumlular, TCK hükümleri uyarınca cezalandırılır.

Çalışma, insan haklarının geldiği nokta itibarıyla Türk hukuk sisteminde insanı ferdileştirerek diğerinden ayıran ve biricik kılan kişisel veriler arasından, KVKK'nın koruduğu kişisel verilere yönelik ihlallere karşı bu verilerin, ceza hukuku kapsamında hangi normlar altında, hangi sınır ve şartlarla korunduğuna yönelik bir çerçeve sunmaktadır.

I. KAVRAM VE KAPSAM

Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü veri kişisel veridir.¹

Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri ise KVKK kapsamında özel nitelikli kişisel veriler olarak sınıflandırılmaktadır.²

KVKK'nın 17. maddesi uyarınca; kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nın 135-140. madde hükümleri uygulanır.

TCK m.135 uyarınca kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, TCK m.136 uyarınca verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme, TCK

¹ 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun (KVKK) m.3/1-d. Ayrıca bkz., Zeki Ha-fizoğulları, Muharrem Özen, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 287; Doğan Soyaslan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 357.

² KVKK m.6/1.

m.138 gereği ise ilgili süreler geçmesine karşın verileri yok etmeme suç olarak düzenlenmektedir.

TCK m.135/2, KVKK kapsamında özel nitelikli veri sayılan söz konusu verilerden yalnızca kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse- nin cezasını suçun nitelikli hali olarak görmekte, diğer kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi halini ise aynı maddenin birinci fıkrası uyarınca suçun basit halinin gerektirdiği ceza ile cezalandırmaktadır. Şu halde kişilerin etnik köken, mezhep ve diğer inançları, kılık kıyafeti, dernek ve vakıf üyeliği ile ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik³ ve genetik⁴ verileri TCK kapsamında “özel nitelikli” görülmemektedir. Kanaatimizce olması gereken özel nitelikli veriler bakımından TCK ile KVKK arasındaki uyumsuzluğun giderilmesi ve KVKK’da bahsi geçen özel nitelikli kişisel verilerin tümünün hukuka aykırı kaydedilmesi, verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi ya da yok edilmesinin TCK kapsamında suçların nitelikli hali olarak düzenlenmesidir.⁵

Kişisel verilerin tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla elde edilmesi, kaydedilmesi, depolanması, muhafaza edilmesi, değiştirilmesi, yeniden düzenlenmesi, açıklanması, aktarılması, devralınması, elde edilebilir hâle getirilmesi, sınıflandırılması ya da kullanılmasının engellenmesi gibi veriler üzerinde gerçekleştirilen her türlü işlem kişisel verilerin işlenmesi demektir.⁶ Ancak TCK, hukuka aykırı olan her tür veri işleme halini değil, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi, verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi şeklinde sübut

³ 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) uyarınca biyometrik veriler; gerçek bir kişinin fiziksel, fizyolojik veya davranışsal özelliklerine ilişkin belirli teknik işlemlerden kaynaklanan, yüz görüntüleri veya daktiloskopi verileri gibi söz konusu gerçek kişinin benzersiz bir şekilde tanımlanmasına izin veren veya doğrulayan kişisel veriler anlamına gelir (GDPR m.4/14, <https://gdpr-info.eu>, erişim tarihi: 14.04.2024).

⁴ Bireye ait genomdan, hücre çekirdeğinden ya da mitokondrisinden kodlanan DNA ve RNA diziliminin tamamı ile Protein diziliminden elde edilen bilgilerin tamamı ya da bir kısmı genetik veri olarak değerlendirilmektedir. DNA ve/ya RNA’da meydana gelen germline veya somatik tüm genomik değişiklikler de genetik veri kapsamında değerlendirilmektedir. (Sağlık Bakanlığı, Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü, Genetik Veri Paylaşımı Genelgesi, 2021/14). GDPR uyarınca da genetik veriler; bir gerçek kişinin fizyolojisi veya sağlığı hakkında benzersiz bilgi veren ve özellikle gerçek kişiden alınan biyolojik bir numunenin analizinden kaynaklanan, bir gerçek kişinin kalıtsal veya edinilmiş genetik özelliklerine ilişkin kişisel veriler anlamına gelir (GDPR m.4/13, <https://gdpr-info.eu>, erişim tarihi: 14.04.2024). O halde en azından genetik hastalıklara ilişkin olmadığı müddetçe genetik veriyi sağlık verisi olarak kabul etmek mümkün değildir.

⁵ Bkz., aynı yönde Veli Özer Özbek/Koray Doğan/Pınar Bacaksız, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020, s. 592.

⁶ KVKK m.3/1-e.

bulan işleme hallerini cezalandırmaktadır.⁷ Kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiği diğer haller ise “kanunsuz suç ve ceza olmaz” ilkesinden hareketle TCK m.135 ve 136 kapsamında suç kabul edilemeyecektir.⁸ Bilişim suçlarına ilişkin hükümler⁹ ile idari¹⁰ ve hukuki sorumluluk halleri saklıdır.

Verileri yok etmeme, TCK'nın 138. maddesi kapsamında suç kabul edilirken, verileri şartları olduğu halde silmemek veya anonim hale getirmemek, KVKK'nın 17/2. maddesinin TCK'nın 138. maddesine yaptığı atıf gereği suç kabul edilmekte ve verileri yok etmeme suçunun cezasıyla cezalandırılmaktadır. KVKK'nın 17/2. maddesini; hükmü olan, ancak müeyyidesi TCK'nın 138. maddesinde ifade olunan bir eksik ceza normu (norma incompleta/imperfecta)¹¹ olarak tanımlamak yanlış olmayacaktır.

KVKK kapsamına girip de KVKK'nın TCK'ya yaptığı atıf gereği kişisel verilerin ihlal edildiği iddiası ile yürütülen kovuşturmalarda suçun unsurlarını inceleyen mahkeme hukuka aykırı bir fiilin mevcut olup olmadığını incelerken KVKK'da düzenlenen özel hükümlerin ihlalinin söz konusu olup olmadığını da araştırmalıdır. Zira ancak bu yolla verilerin hukuka aykırı olarak işlenip işlenmediği belirlenebilecektir. Aynı şekilde TCK'da açıkça zikredilen hukuka uygunluk sebepleri arasında yer almamakla birlikte KVKK'da kişisel veriler özelinde ifade olunan hukuka uygunluk nedenlerinin varlığının da somut olayın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde araştırılması gerekmektedir.

Kişisel veriler, ancak KVKK¹² ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun bir şekilde işlenebilir.

KVKK kapsamında bir veri sorumlusu ve veri işleyen söz konusu değilse ya da kısmen ya da tamamen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin

⁷ Bkz., TCK m.135-136.

⁸ Murat Volkan Dülger, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağlamında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016; s. 163.

⁹ Bkz., TCK m.243 vd.

¹⁰ Kabahatler bakımından bkz., Zeynel Temel Kangal, Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması, İstanbul 2019, s. 177 vd.

¹¹ Bkz., Francesco Antolisei, Manuale di Diritto Penale, PG, Milano 2000, s. 54; Zeki Hafizoğulları, Ceza Normu, Ankara 1996, s. 280.

¹² KVKK m.4 uyarınca;

(1) Kişisel veriler, ancak bu Kanunda ve diğer kanunlarda öngörülen usul ve esaslara uygun olarak işlenebilir.

(2) Kişisel verilerin işlenmesinde aşağıdaki ilkelere uyulması zorunludur:

a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.

b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.

c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.

ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.

d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme.

parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla gerçekleştirilen bir kişisel veri işleme faaliyeti yoksa Kişisel Verilerin Korunması Kurulu (Kurul), kendisini yetkili ve görevli görmemektedir.¹³ KVKK kapsamına girmediğinden bu Kanun uyarınca suç kabul edilmeyen kişisel veri ihlallerinin şartları varsa genel düzenleme olan TCK kapsamında suç kabul edilmesi mümkündür.

II. ULUSLARARASI VE ULUSAL DÜZENLEMELER

Kişisel verilerin güvenliği verinin niteliği de göz önünde bulundurulmak suretiyle ulusal ve uluslararası düzenlemelerle korunmakta, bu verilere yönelik ihlaller bazı hallerde kabahat,¹⁴ bazı hallerde ise suç¹⁵ kabul edilmektedir. Kişisel veri ihlalleri özel hukuk kapsamında tazminat davasına da konu olabilmektedir.

1953 yılında İnsan Hakları ve Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi ile özel hayat alanının korunması esnasından hareketle uluslararası arenada koruma altına alınan kişisel veriler, takip eden yıllarda kişisel veriler özelinde biçimlenen uluslararası düzenlemeleri beraberinde getirmiş, OECD'nin Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınır Ötesi Akışına İlişkin Rehber İlkeleri (23 Eylül 1980), 108 No.lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi (28 Ocak 1981), BM'nin Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri (14 Aralık 1990), 95/46EC Sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı Bakımından Bireylerin Korunmasına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Direktifi (25 Ekim 1998) ve 181 No.lu Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesine Ek Denetleyici Makamlar ve Sınır Aşan Veri Akışına İlişkin Protokol (8 Kasım 2001) bu alanda öncü çalışmalar olarak ortaya çıkmıştır. Son olarak 25 Mayıs 2018 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren 95/46EC Sayılı Direktifi yürürlükten kaldıran 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) ile Avrupa Birliği ve Avrupa Ekonomik alanı içindeki bireylerin veri güvenliğinin korunması amaçlanmıştır. Türkiye'de kurulu dahi olsa Avrupa Birliği ülkeleri ile ticari faaliyet yürüten ya da Avrupa Birliği vatandaşlarının kişisel verilerini işleyen şirketlerin tüzük ile uyumlu hareket etmeleri gerekmektedir.

Kişisel verilerin korunmasına yönelik ulusal düzenlemeler ise başta özel hayatın gizliliği kapsamında Anayasa'nın 20/3. maddesi¹⁶ ile korunan "kişisel verilen

¹³ Bkz., 1.3.2019 tarih ve 2019/47 sayılı Kurul kararı, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

¹⁴ KVKK m.18.

¹⁵ KVKK m.17.

¹⁶ Bkz., 1982 tarihli T.C. Anayasası (Anayasa) m.20/3.

korunmasını isteme hakkı” olmak üzere, KVKK, TCK, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu,¹⁷ 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun, ilgili Yönetmelik ve Tebliğler olarak sıralanabilir.¹⁸

Öte yandan KVKK'nın hazırlanması sürecinde Genel Veri Koruma Tüzüğü hükümlerinin değil, o dönemde yürürlükte bulunan 95/46EC sayılı Direktif hükümlerinin etkili olduğu görülmektedir. Ancak Genel Veri Koruma Tüzüğü ile Direktif yürürlükten kaldırılmıştır. Tüzük, 95/46 no.lu Direktif'le kıyaslandığında, özellikle sorumluluklar, yaptırımlar, kişi hakları ve veri koruma tedbirleri açısından daha kapsamlı düzenlemeler getirdiği göze çarpmaktadır. Nitekim Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesinden sonra çeşitli eylem planlarında, 6698 sayılı Kanunun, Tüzük nazara alınarak güncellenmesi hedefine yer verilmiş ve bu kapsamda 7499 sayılı Kanunla öncelikle ihtiyaç duyulan özel nitelikli kişisel verilerin işleme şartları ile yurtdışına veri aktarımına ilişkin hükümlerde değişiklik yapılmıştır.¹⁹ Öte yandan veri işleyen artırılmış sorumluluk rejimine ve tazminat hakkına, unutulma hakkının düzenlenmesine, idari para cezalarına ilişkin yaptırımların artırılmasına, veri koruma etki değerlendirmesi ve risk analizi yapılmasına, verilerin kriptolanması ve takma ad verilmesi gibi veri güvenliği kontrol çerçevesi oluşturulmasına yönelik hükümler, Tüzükte getirilen diğer önemli düzenlemeler arasındadır.²⁰ Söz konusu hususların, KVKK ile alt düzenleyici işlemlere ve uygulamaya yansıtılması faydalı olacaktır.

III. KİŞİSEL VERİLERE KARŞI İŞLENEN SUÇLARDA FAIL, MAĞDUR, MADDİ KONU VE HUKUKİ KONU

Kişisel verilerin kaydedilmesi ve verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçlarında herkes fail olabilir. Suçlar bu açıdan özgü suç özelliği göstermezler.²¹ Ancak KVKK kapsamında meydana gelen ihlallerde fail, somut olayın koşulları dahilinde veri sorumlusu veya veri işleyen olabilecektir. Diğer kişilerse

¹⁷ Bkz., 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m.24,25.

¹⁸ Ayrıca bkz., 5490 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanunu m.6,9; 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu m.2,9,11; 2559 sayılı Polis Vazife ve Salâhiyet Kanunu m.5.

¹⁹ 7499 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun, genel gerekçe.

²⁰ Bkz. ayrıntılı bilgi için; 95/46/AT sayılı Direktif'i yürürlükten kaldıran, gerçek kişilerin kişisel verilerinin işlenmesi bakımından korunması ve bu tür verilerin serbest dolaşımı hakkında 27 Nisan 2016 tarihli ve (AB) 2016/679 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Tüzüğü (Genel Veri Koruma Tüzüğü), <https://www.ab.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

²¹ Hafızoğulları/Özen, s. 287, 289; Handan Yokuş Sevük, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 243, 249; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 587, 597.

eğer şartları varsa suça iştirak eden sıfatıyla azmettiren veya yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.²²

KVKK uyarınca veri sorumlusu; “kişisel verilerin işleme amaçlarını ve vasıtalarını belirleyen, veri kayıt sisteminin kurulmasından ve yönetilmesinden sorumlu gerçek veya tüzel kişiyi,²³ veri işleyen ise veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri işleyen gerçek veya tüzel kişiyi²⁴ ifade eder. Herhangi bir gerçek veya tüzel kişi aynı zamanda hem veri sorumlusu hem de veri işleyen olabilir. Kişisel verilerin veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak ve onun adına veri işleyen tarafından işlenmesi hâlinde, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesini önlemek, kişisel verilere hukuka aykırı olarak erişilmesini önlemek ve kişisel verilerin muhafazasını sağlamak amacıyla uygun güvenlik düzeyini temin etmeye yönelik gerekli her türlü teknik ve idari tedbirlerin alınması hususunda veri işleyen veri sorumlusu ile birlikte müştereken sorumludur.^{25,26}

Türkiye’de yerleşik olan tüzel kişilerin Kanun kapsamındaki veri sorumlusu yükümlülükleri, ilgili mevzuat hükümlerine göre tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili organ veya ilgili mevzuatta belirtilen kişi veya kişiler marifetiyle yerine getirilir. Tüzel kişiliği temsile yetkili organ, Kanunun uygulanması bakımından yerine getirilecek yükümlülükler ile ilgili olarak bir veya birden fazla kişiyi görevlendirebilir. Bu görevlendirme Kanun hükümleri uyarınca tüzel kişiliğin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Türkiye’de yerleşik olmayan veri sorumlusunun, veri sorumlusu temsilcisi atanmasına ilişkin yetkili organı veya kişisi tarafından alınacak kararın tasdikli örneği, kayıt başvurusu sırasında veri sorumlusu temsilcisi tarafından Kuruma sunulur.²⁷

Ancak burada tüzel kişiliğin idari ve hukuki sorumluluğu doğabilirse de cezai sorumluluk açısından değerlendirildiğinde kural olarak tüzel kişi suçun faili ola-

²² TCK m.39 uyarınca; “(1) Suçun işlenmesine yardım eden kişiye, işlenen suçun ağırlaştırılmış müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, onbeş yıldan yirmi yıla; müebbet hapis cezasını gerektirmesi halinde, on yıldan onbeş yıla kadar hapis cezası verilir. Diğer hallerde cezanın yarısı indirilir. Ancak, bu durumda verilecek ceza sekiz yılı geçemez.

(2) Aşağıdaki hallerde kişi işlenen suçtan dolayı yardım eden sıfatıyla sorumlu olur:

a) Suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek.

b) Suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak.

c) Suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak”.

²³ KVKK m.3/1,ı.

²⁴ KVKK m.3/1,ğ.

²⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi, Ankara 2018, s. 110, <https://kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 15.04.2014.

²⁶ “Müştereken” ifadesine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz., Serdar Çelikel, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Ankara 2022, s. 136 vd.

²⁷ Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik m.11.

mayacağından tüzel kişi adına ve yararına hukuka aykırı hareket eden gerçek kişi suçun faili olacaktır. Tüzel kişilik adına gerçekleştirilen kişisel veri ihlalleri bakımından eğer şartları varsa tüzel kişiliğe yönelik iznin iptali ve müsadere güvenlik tedbirlerinin uygulanması mümkündür.²⁸

Somut olay dahilinde veri sorumlusunun ve veri işleyeninin cezai sorumlulukları kasten işlenebilen bu suçlarda kusurlarının varlığına ve suça iştirake ilişkin genel hükümlere göre çözümlenecektir.

Bu kapsamda veriyi kasten hukuka aykırı işleyen kendisi olması durumunda gerçek kişi olan veri sorumlusu veya veri sorumlusunun verdiği yetkiye dayanarak onun adına kişisel verileri kasten hukuka aykırı işleyen gerçek kişi ya da veriyi işleyen tüzel kişilik adına hareket eden ancak bu verileri kasten hukuka aykırı işleyen gerçek kişi suçun faili olabilir. Suça iştirakin söz konusu olması halinde ise veri işleyen olmayan veri sorumlusu gerçek kişi ya da veri sorumlusu olan tüzel kişiliği temsil ve ilzama yetkili gerçek kişi veya bu yetki bir organdaysa organ tarafından görevlendirilen kişi veya ilgili mevzuatta belirtilen gerçek kişi ya da kişiler kasten hareket etmeleri halinde veri işleyeninin kafasına söz konusu suçu işleme fikrini sokmuşlarsa suça azmettiren,²⁹ fiil üzerinde birlikte hakimiyet kurmuşlarsa müşterek fail³⁰ olarak sorumlu tutulabilirler. Veri sorumlusunun suç işleme kastıyla veri işleyeni suçta araç olarak kullandığı ancak veri işleyeninin hukuka aykırı veri işlediğini bilmediği ve bunu istemediği, bir başka deyişle suç işleme kastını ortadan kaldıran esaslı hataya düştüğü hallerde ise veri sorumlusunu dolaylı fail olarak sorumlu tutmak mümkün olabilir.³¹ Öte yandan kanaatimizce söz konusu suçların taksirli şekli olmadığından böyle bir durumda veri işleyen, hataya düşmekte kusurlu dahi olsa yeter ki hukuken hataya düşmüş kabul edilebilsin, cezai sorumluluğu doğmayacaktır.

Yapay zekâ teknolojileri kullanılmak suretiyle verilerin işlendiği durumlarda da sorumluluk yukarıda açıklanan kastsalardan hareketle bu teknolojilerin kullanılmasından sorumlu olan veri sorumlusu ve/veya veri işleyende olmalıdır. Şu kadar

²⁸ Bkz., TCK m.140.

²⁹ TCK m.38 uyarınca; "(1) Başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır".

³⁰ TCK m.37 uyarınca; "(1) Suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur.

(2) Suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur. Kusur yeteneği olmayanları suçun işlenmesinde araç olarak kullanan kişinin cezası, üçte birden yarısına kadar artırılır".

³¹ Hasan Sınar, "Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik", Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011, s. 64; Zahit Yılmaz, Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2018, s. 158, Özgün Özyüksel, Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2020, s. 130 vd.

ki söz konusu teknoloji algoritmalar ve yazılımlarla oluşturulduğundan bu kötü amaçlı algoritma ve yazılımları yapan ve yazarların suç işleme kastıyla hareket ettikleri hallerde şartları varsa suça iştirak kalıbında sorumlulukları doğabilecektir. Söz konusu kişilerin, veri sorumlusu ve veri işleyen suç işleme kastının olmadığı istisnai durumlarda dolaylı fail olarak sorumlu tutulması da düşünülebilir.

“Kişisel verilerin kaydedilmesi” ve “Verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme” suçlarının TCK’nın 137. maddesinde³² işaret edilen kimseler tarafından işlenmesi, cezayı artıran bir nedendir.

Verileri yok etmeme suçunun faili, sadece kanunla kendilerine kişisel verileri konuldukları sistem içinde yok etmekle, silmekle ya da anonimleştirmekle yükümlü kılınan kimse veya kimseler olur.³³ KVKK kapsamında kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hale getirilmesi yükümlülüğü veri sorumlusundadır.³⁴ Suçun faili tüzel kişi olamayacağından veri sorumlusunun gerçek kişi olmadığı hallerde veri sorumlusu yetkisiyle hareket eden gerçek kişinin suçun faili olması mümkündür. Bu yönüyle söz konusu suç, özgü suçtur. Suça iştirak söz konusu ise özgü fail dışındaki kişilerin azmettiren ya da yardım eden olarak sorumluluğu doğabilir. Failin kamu görevlisi olmasının bu suç bakımından bir önemi bulunmamaktadır.³⁵

Suçlarda mağdur kişisel verisi ihlal edilen gerçek kişidir.³⁶ Bir tüzel kişiliğe ilişkin gizli kalması gereken bilgilerin ihlali şartları varsa bir başka suça (örneğin; TCK’nın 239. maddesindeki ticarî sır, bankacılık sırrı veya müşteri sırrı niteliğindeki bilgi veya belgelerin açıklanması suçuna) suça vücut verebilirse de TCK’nın 135-140. maddelerindeki suçları oluşturmaz. Ancak gerçek kişilerin özel hayatları olabileceği göz önünde bulundurulduğunda söz konusu suçlarda ihlallere karşı korunan sadece gerçek kişilerle ilişkilendirilebilir verilerdir.

Suçların maddi konusu ihlal edilen kişisel veri olarak ortaya çıkmaktadır.³⁷

Suçların hukuki konusu özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıdır.³⁸

³² TCK’nın 137. maddesi uyarınca; “(1) Yukarıdaki maddelerde tanımlanan suçların; a) Kamu görevlisi tarafından ve görevinin verdiği yetki kötüye kullanılmak suretiyle, b) Belli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle, İşlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır”.

³³ Yokuş Sevük, s. 259; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 602.

³⁴ Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik (R.G. Tarihi: 28.10.2017 R.G. Sayısı: 30224) (Yönetmelik) m.11.

³⁵ Yokuş Sevük, s. 259.

³⁶ Mahmut Koca/İlhan Üzülmöz, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023, s. 613, 631, 646.

³⁷ Yokuş Sevük, s. 243, 250, 259.

³⁸ Bu konudaki tartışmalar için bkz., Muharrem Özen/İhsan Baştürk, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, Ankara 2011, s. 122, Hale Akdağ, Türk Ceza Kanunu

T.C. Anayasası 20/1. maddesinde ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (İHAS) 8. maddesinde; “herkesin özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğunu” ifade eder. Anayasa’nın 20/3. maddesi uyarınca; “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”.

Özel hayat kavramı, kişinin kendi seçtiği kişisel hayatı yaşayabildiği ve dış dünyayı kapsam dışı bırakabildiği “iç çevre” ile sınırlı değildir. İHAS’ın 8. maddesi, bu madde kapsamındaki güvencelerin yorumlanmasına temel teşkil eden önemli bir ilke olan kişilik veya kişisel özerklik bakımından bireysel gelişim hakkını koruma altına almaktadır. 8. madde, her bireyin başkalarıyla ve dış dünyayla ilişki kurmak ve bu ilişkileri geliştirmek amacıyla başkalarına yaklaşma hakkını, yani “özel sosyal hayat” hakkını kapsamaktadır.³⁹ Özel hayat kapsamına giren konuların çok çeşitli olduğu dikkate alınarak, bu kavram kapsamında yer alan davalar, sınıflandırılmak amacıyla üç geniş kategoride (bazen aynı dava birden fazla kategoriye dâhil edilmiştir) şu şekilde gruplandırılmıştır:⁴⁰

- (i) kişinin fiziksel, psikolojik veya manevi bütünlüğü,
- (ii) kişinin mahremiyeti,
- (iii) kişinin kimliği ve özerkliği.

Bireylerin rızaları olmadan yayınlanmamasını meşru bir şekilde bekleyebilecekleri kişisel bilgileri de özel hayat kapsamında kabul edilmektedir.⁴¹

Kişisel verilerin korunması söz konusu olduğunda, bilgilerin halihazırda kamuya açık olması 8. madde korumasını ortadan kaldırmamaktadır. Normal koşullarda öngörülebilen olanı aşacak şekilde veya derecede, belirli bir kişiye ilişkin verilerin derlenmesi, kişisel verilerin işlenmesi veya kullanılması ya da ilgili materyalin yayınlanması hallerinde, özel hayata ilişkin hususlar söz konusu olmaktadır. İnsan

Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2013, s. 39, İbrahim Korkmaz, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara 2019, s. 389, Uğur Orhan, Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler, AÜHFĐ, C. 70, S. 4, Y. 2021, s. 1369 vd.

³⁹ İHAM, Bărbulescu v. Romania (Başvuru no: 61496/08), <https://hudoc.echr.coe.int/>, erişim tarihi: 14.04.2024.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Madde Rehberi, Özel Hayata ve Aile Hayatına, Konuta ve Haberleşmeye Saygı Hakkı, Y. 2019, s. 20, <https://inhak.adalet.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

⁴¹ İHAM, Axel Springer Ag v. Germany (Başvuru no: 39954/08), <https://hudoc.echr.coe.int/>, erişim tarihi: 14.04.2024.

Hakları Avrupa Mahkemesi'ne (İHAM) göre, 8. madde bilgilerin geleceğini belirleme hakkını ("right to a form of informational self-determination") da öngörmektedir. Söz konusu hak, bireylerin, önemsiz olsa bile, toplu bir şekilde ve ilgili bireylerin 8. madde kapsamındaki hakları söz konusu olacak şekilde toplanan, işlenen ve yayılan verilere ilişkin gizlilik haklarına dayanmalarına olanak sağlamaktadır.⁴²

IV. KİŞİSEL VERİLERİN KAYDEDİLMESİ SUÇU

TCK'nın 135/1. maddesi uyarınca; "hukuka aykırı olarak kişisel verileri kaydeden kimseye bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası verilir. Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırkı kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse, yukarıdaki fıkra hükmüne göre cezalandırılır".^{43,44}

Suç tehlike suçudur.⁴⁵ Tehlike özel hayatın kişisel verilerin kaydı yoluyla ihlaline elverişli kabul edilebilecek makul, güncel, yakın bir tehlike olmalıdır. Basit ihtimaller tehlikeye vücut vermez.

Suç icra hareketiyle işlenebilen ani bir suçtur.⁴⁶ Bu yönüyle suç hareketin yapılmasıyla birlikte tamamlanan neticesiz suçlar arasında yer alır.

Kanun kişisel verilerin kayıt şekline ilişkin bir ayırım yapmamıştır. O halde kaydetmek herhangi bir yöntemle, otomatik olan ya da olmayan bir şekilde kişisel verilerin tamamen veya kısmen, sonradan ulaşılabilecek şekilde hazır tutulması olarak tanımlanabilir.⁴⁷ KVKK uyarınca kişisel verilerin kaydedilmesi, verinin işlenmesi kapsamında kabul edilmektedir.

KVKK uyarınca kişisel verilerin yetkili kişiler tarafından, kanuni şartlara uygun bir şekilde tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla kaydedilmesi hukuka uygundur. KVKK'ya aykırı kayıt işlemleri ise kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna vücut verebilecektir.

Kanun, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu düzenlediği 135. maddenin birinci fıkrasında kaydın hukuka aykırılığına işaret ederken, ikinci fıkrasında kişinin kimi ve-

⁴² İHAM, Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland (Başvuru no: 931/13), <https://hudoc.echr.coe.int/>, erişim tarihi: 14.04.2024. Ayrıca bkz., Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. Madde Rehberi, s. 39.

⁴³ TCK, md.135/2.

⁴⁴ Özel nitelikli kişisel verilere ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.; Melike Köse Aysun, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara 2021, s. 128 vd.

⁴⁵ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 588; Yokuş Sevük, s. 245.

⁴⁶ Koca/Üzülmez, s. 611.

⁴⁷ Yokuş Sevük, s. 244.

rileri bakımından kaydın hukuka aykırı olması kıstasını aramış, kimi verileri bakımından ise “hukuka aykırı olarak” hükmüne yer vermemiştir. İfadeden kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine ilişkin verilerinin kaydedilmesinin mutlak bir şekilde hukuka aykırı olduğu sonucu çıkmaktadır⁴⁸ ki kanun koyucunun neden söz konusu verileri diğerlerinden bu yönüyle ayırdığı anlaşılamamaktadır. Nitekim madde gerekçesinde de bu hususta bir açıklama bulunmamaktadır. Kanaatimizce ikinci fıkra hükmü, birinci fıkradaki suçun nitelikli halidir. Her ne kadar adı geçen maddenin ikinci fıkrasında, birinci fıkrada ifade olunandan farklı olarak bazı kişisel veriler bakımından suçun oluşması için açıkça verinin hukuka aykırı olarak kaydedilmesi gerektiği yazmasa da bu tek başına ikinci fıkrada ifade öngörülen fiili ayrı bir suç yapmaya ve fıkrada adı geçen kişisel veri türlerinin hukuka uygun kaydedilmesi imkânının olmaması nedeniyle bu yönde bir düzenleme yapıldığı varsayımında bulunmaya yetmemektedir. Zira ikinci fıkranın “birinci fıkra uyarınca verilecek ceza” ifadesiyle birinci fıkraya yaptığı atf, öncelikle “birinci fıkra uyarınca” vuku bulmuş bir fiilin, dolayısıyla da hukuk aykırı kaydedilmiş bir verinin varlığını gerektirmekte olup birinci fıkraya yapılan atfın yalnızca birinci fıkrada öngörülen ceza miktarına yapıldığını kabul etmek mümkün değildir. Suçun basit şeklinin oluşması için kayıt işleminin hukuka aykırı olması gerektiğinden nitelikli halinin de herhangi bir ayırım kabul edilmeksizin verinin hukuka aykırı bir şekilde kaydedilmesine bağlı olduğunu kabul etmek gerekir. Zira KVKK uyarınca da özel nitelikteki kişiler verilerin, kanuni şartlarına uymak kaydıyla hukuka uygun işlenmesi mümkündür. Dolayısıyla tüm fıkralarıyla birlikte TCK m.135’te ifade olunan suçun oluşması, “ihlalsiz suç olmaz” kuralından hareketle fiilin hukuka aykırı olmasına bağlıdır. Öte yandan kanaatimizce söz konusu hukuka aykırılığa ayrıca madde metninde değinildiği haller hukuka aykırılığı fiilin bir unsuru haline getirmemektedir. Kanun koyucunun burada amacı hukuka uygun olarak da verilerin işlenmesi mümkün olduğundan verinin hukuka aykırı işlenmesi hallerine sonuç bağlandığını vurgulamaktır.⁴⁹

Suç doğrudan kastla işlenir.⁵⁰ Kişisel verilere karşı işlenen bu neticesiz suçlarda olası kastla suçun işlenmesi mümkün değildir.⁵¹ Fiili hata istisnai hallerde mümkündür.⁵² Hukuki hata kural olarak mazeret sayılmaz. Hukuka uygunluk nedeninde hata mümkündür.⁵³ Şahısta hata esaslı hata değildir.

⁴⁸ Hafizoğulları/Özen, s. 288.

⁴⁹ Hukuka aykırılığın özel olarak kanunda belirtildiği suçlar açısından failde hukuka aykırılık bilincinin de aranması, dolayısıyla failin kusurunun hukuka aykırılığı da kapsamı gerektiği yönündeki farklı görüş için bkz., Korkmaz, s. 408 vd.

⁵⁰ Sedat Erdem Aydın, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul 2015, s. 140; Koca/Üzülmez, 618.

⁵¹ Bkz., aksi yönde; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 595.

⁵² Bkz., aksi yönde, Hafizoğulları/Özen, s. 289.

⁵³ Hafizoğulları/Özen, s. 289.

V. VERİLERİ HUKUKA AYKIRI OLARAK VERME VEYA ELE GEÇİRME SUÇU

TCK'nın 136. maddesi uyarınca; “Kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”.

Suç, icra hareketiyle işlenebilen, seçimlik hareketli bir tehlike suçudur.⁵⁴ Amaçsal ve zamansal birliğin olması kaydıyla bu seçimlik hareketlerden biri ya da birkaçının yapılması halinde tek suç vardır. Suç, neticesiz suçtur.

Verme, belirli sayıda kişi veya kişilerle verinin paylaşılması iken (örneğin; whatsapp ya da e-posta yoluyla verinin gönderilmesi), yayma, verinin belirsiz sayıda kişilere ulaşmasıdır (örneğin; verinin sosyal medya platformundan yayınlanması). Veriyi ele geçirmek, verinin failin egemenlik alanına girmesidir. (örneğin; bilgi teknolojileri müdürünün çalıştığı şirketin müşterilerine ait bilgileri, evindeki bilgisayara aktarması)⁵⁵

KVKK uyarınca verinin elde edilmesi, açıklanması, aktarılması ve devralınması, kişisel verinin işlenmesi olarak kabul edilmektedir.

KVKK uyarınca kişisel verilerin, yetkili kişi tarafından yetkilendirildiği konu ile sınırlı ve kanuni şartlarına uygun olarak elde edilmesi ve ilgili kişinin açık rızasıyla ya da verilerin işlenmesine izin veren diğer kanuni şartların yerine getirilmesi durumunda yurtiçine⁵⁶ veya yurtdışına⁵⁷ aktarılması mümkündür. Bu hallerde fiil başından itibaren hukuka uygun kabul edilir. Bu kapsamda kişisel verilerin ilgilinin açık rızasıyla ya da açık rızanın aranmadığı kanunla muayyen diğer hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında⁵⁸ yurtiçinde aktarılması mümkündür. Yine aktarılacak verilerin bu şartları haiz olması şartıyla kişisel verilerin, aktarımın yapılacağı ülke, ülke içerisindeki sektörler veya uluslararası kuruluşlar hakkında yeterlilik kararı bulunması halinde,⁵⁹ veri sorumluları ve veri işleyenler tarafından yurtdışına aktarılması hukuka uygun olacaktır. Öte yandan söz konusu kişisel

⁵⁴ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 597, 598; Yokuş Sevük, s. 251; Koca/Üzülmez, s. 611; Hafizoğulları/Özen, s. 291.

⁵⁵ Yargıtay 15. CD., E. 2013/612, K. 2014/14715, T. 16.9.2014, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

⁵⁶ KVKK m.8 uyarınca; “(1) Kişisel veriler, ilgili kişinin açık rızası olmaksızın aktarılamaz.

(2) Kişisel veriler;

a) 5'inci maddenin ikinci fıkrasında,

b) Yeterli önlemler alınmak kaydıyla, 6'ncı maddenin üçüncü fıkrasında,

belirtilen şartlardan birinin bulunması hâlinde, ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın aktarılabilir.

(3) Kişisel verilerin aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

⁵⁷ KVKK m.9 (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.9, yürürlük tarihi: 01.06.2024).

⁵⁸ Bkz. ayrıntılı bilgi için, aşağıda, “KVKK'da Düzenlenen Hukuka Uygunluk Nedenleri Kapsamında Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları”.

⁵⁹ Yeterlilik kararına ilişkin olarak bkz., KVKK m.9/2,3 (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.9, yürürlük tarihi: 01.06.2024).

verilerin istisnai olarak yeterlilik kararının bulunmaması durumunda da kanunla muayyen şartları taşımak kaydıyla yurtdışına aktarılması mümkündür.⁶⁰

Suç doğrudan kastla işlenir. Şahısta hata mümkün değildir. Hukuki hata kural olarak mazeret sayılmaz. Fiili hata istisnai hallerde söz konusu olabilir. Hukuka uygunluk nedeninde hata mümkündür.⁶¹

⁶⁰ KVKK m.9/4-11 (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.9, yürürlük tarihi: 01.06.2024) uyarınca;

“... (4) Kişisel veriler, yeterlilik kararının bulunmaması durumunda, 5’inci ve 6’ncı maddelerde belirtilen şartlardan birinin varlığı, ilgili kişinin aktarımın yapılacağı ülkede de haklarını kullanma ve etkili kanun yollarına başvurma imkânının bulunması kaydıyla, aşağıda belirtilen uygun güvencelerden birinin taraflarca sağlanması halinde veri sorumluları ve veri işleyenler tarafından yurt dışına aktarılabilir:

a) Yurtdışındaki kamu kurum ve kuruluşları veya uluslararası kuruluşlar ile Türkiye’deki kamu kurum ve kuruluşları veya kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları arasında yapılan uluslararası sözleşme niteliğinde olmayan anlaşmanın varlığı ve Kurul tarafından aktarıma izin verilmesi.
b) Ortak ekonomik faaliyette bulunan teşebbüs grubu bünyesindeki şirketlerin uymakla yükümlü oldukları, kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler ihtiva eden ve Kurul tarafından onaylanan bağlayıcı şirket kurallarının varlığı.

c) Kurul tarafından ilan edilen, veri kategorileri, veri aktarımının amaçları, alıcı ve alıcı grupları, veri alıcısı tarafından alınacak teknik ve idari tedbirler, özel nitelikli kişisel veriler için alınan ek önlemler gibi hususları ihtiva eden standart sözleşmenin varlığı.

ç) Yeterli korumayı sağlayacak hükümlerin yer aldığı yazılı bir taahhütnamenin varlığı ve Kurul tarafından aktarıma izin verilmesi.

(5) Standart sözleşme, imzalanmasından itibaren beş iş günü içinde veri sorumlusu veya veri işleyen tarafından Kuruma bildirilir.

(6) Veri sorumluları ve veri işleyenler, yeterlilik kararının bulunmaması ve dördüncü fıkrada öngörülen uygun güvencelerden herhangi birinin sağlanamaması durumunda, arızı olmak kaydıyla sadece aşağıdaki hallerden birinin varlığı halinde yurt dışına kişisel veri aktarabilir:

a) İlgili kişinin, muhtemel riskler hakkında bilgilendirilmesi kaydıyla, aktarıma açık rıza vermesi.
b) Aktarımın, ilgili kişi ile veri sorumlusu arasındaki bir sözleşmenin ifası veya ilgili kişinin talebi üzerine alınan sözleşme öncesi tedbirlerin uygulanması için zorunlu olması.
c) Aktarımın, ilgili kişi yararına veri sorumlusu ve diğer bir gerçek veya tüzel kişi arasında yapılacak bir sözleşmenin kurulması veya ifası için zorunlu olması.
ç) Aktarımın üstün bir kamu yararı için zorunlu olması.

d) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için kişisel verilerin aktarılmasının zorunlu olması.

e) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için kişisel verilerin aktarılmasının zorunlu olması.

f) Kamuya veya meşru menfaati bulunan kişilere açık olan bir sicilden, ilgili mevzuatta sicile erişmek için gereken şartların sağlanması ve meşru menfaati olan kişinin talep etmesi kaydıyla aktarım yapılması.

(7) Altıncı fıkranın (a), (b) ve (c) bentleri, kamu kurum ve kuruluşlarının kamu hukukuna tâbi faaliyetlerine uygulanmaz.

(8) Veri sorumlusu ve veri işleyenler tarafından, yurt dışına aktarılan kişisel verilerin sonraki aktarımları ve uluslararası kuruluşlara aktarımlar bakımından da bu Kanunda yer alan güvenceler sağlanır ve bu madde hükümleri uygulanır.

(9) Kişisel veriler, uluslararası sözleşme hükümleri saklı kalmak üzere, Türkiye’nin veya ilgili kişinin menfaatinin ciddi bir şekilde zarar göreceği durumlarda, ancak ilgili kamu kurum veya kuruluşunun görüşü alınarak Kurulun izniyle yurt dışına aktarılabilir.

(10) Kişisel verilerin yurt dışına aktarılmasına ilişkin diğer kanunlarda yer alan hükümler saklıdır.

(11) Bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle düzenlenir”.

⁶¹ Hafizoğulları/Özen, s. 291.

VI. KVKK'DA DÜZENLENEN HUKUKA UYGUNLUK NEDENLERİ KAPSAMINDA KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİ ŞARTLARI

Anayasa'nın 20/3. maddesi uyarınca; "kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir". Dolayısıyla Anayasa'nın açık hükmü gereği "kanunun hükmünü yerine getirme" ve "ilgilinin açık rızası" kişisel verilerin işlenmesi bakımından değerlendirilebilecek olan iki hukuka uygunluk nedeni olarak ortaya çıkmaktadır.⁶² KVKK, bu kapsamda işlenen veriler bakımından kural olarak aranan açık rızayı ve açık rıza olmaksızın kişisel verilerin hangi kanuni şartların varlığında kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında işlenebileceğini düzenlemektedir.

KVKK uyarınca kişisel verilerin hukuka uygun bir şekilde kaydedilmesi, verilmesi ve elde edilmesi mümkündür. Tüm bu faaliyetler KVKK'da kişisel verilerin işlenmesi kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak söz konusu işleme faaliyetlerinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için ilgili kanunda öngörülen genel esasları⁶³ ve özel şartları taşımaları gerekmektedir.

KVKK'da ifade olunan genel esasları;⁶⁴

- a) Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma.
- b) Doğru ve gerektiğinde güncel olma.
- c) Belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme.
- ç) İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma.
- d) İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme olarak ifade etmek mümkündür.

Bu bağlamda bir hukuka uygunluk nedeninden bahsedebilmek için KVKK kapsamında fiili hukuka uygun kılan özel şartların yanı sıra ve öncelikli olarak somut olayda söz konusu genel esaslara uygun bir veri işleme faaliyetinin mevcut olması gerekmektedir. Dolayısıyla bir veri işlenirken öncelikle dikkat edilmesi gereken husus, faaliyetin temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunmaması,⁶⁵ işlenen tüm verilerin, genel hukuk normları ve ilgili yasal düzenlemelere uygun⁶⁶ ve

⁶² Koca/Üzülmez, s. 618.

⁶³ Ayrıntılı bilgi için bkz., Madde ve Gereçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara 2019, s. 19 vd., <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

⁶⁴ KVKK m.4/2.

⁶⁵ Anayasa m.13.

⁶⁶ Dülger, Murat Volkan: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019, s. 110; Küzeci, Elif: Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2018, s. 206; Özer Deniz, Miray/Özer, Memet Turan: "Biyometrik Verilerin İşlenmesinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi", ÇÜHAD 2022/1, s. 100.

doğru, başvuru yöntemini işleme amacına ulaşılabilmesi bakımından meşru, elverişli,⁶⁷ gerekli⁶⁸ ve ölçülü⁶⁹ olmasıdır.⁷⁰

Veri işlemenin hukuka uygun kabul edilebilmesi, işlemin taşınması gerekli genel esasların yanı sıra ilgilinin açık rızasının veya kanunun hükmünü yerine getirme hukuka uygunluk nedeni kapsamında KVKK'da düzenlenen özel şartların mevcut olmasına bağlıdır.

İşlenen kişisel verinin özel nitelikli kişisel veri olması halinde ise kanun koyucu kişisel verinin işlenmesi şartlarını diğer verilerden ayırarak ayrıca düzenlemiştir.⁷¹

⁶⁷ Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında elverişlilik, "getirilen kuralın ulaşılacak istenen amaç için elverişli olması" şeklinde tanımlanmıştır (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

⁶⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında vurgulandığı üzere; "(...) "gereklilik" getirilen kuralın ulaşılacak istenen amaç bakımından gerekli olmasını (...) ifade eder." Gereklilik ilkesi, aynı amacın gerçekleşmesine olanak tanıyan birden fazla aracın olması durumunda bunlar arasından en az müdahaleci olan aracın seçilmesidir. Daha az sınırlayıcı bir müdahale ile aynı veya daha iyi bir sonuç elde edilebilecek ise, bu kapsamda kullanılan araç gereklilik ilkesine aykırı olacaktır. Örneğin, biyometrik veri işlemenin yerine herhangi bir alternatifin mevcut olması durumunda biyometrik verinin işlenmesi gerekli olmayacağından söz konusu veriler işlenemeyecektir. Bu husus, Kişisel Verileri Koruma Kurulu'nun (Kurul) 25/03/2019 tarihli ve 2019/81 sayılı Kararı ve 31/05/2019 tarihli ve 2019/165 sayılı Kararı ile "(...) Spor kulübünde giriş çıkış kontrolünün yapılabilmesi ve kulüp hizmetlerinden faydalanmak isteyen kişilere ilişkin giriş kontrolünün alternatif yollar ile sağlanması mümkün iken kişilerin biyometrik veri niteliğindeki avuç içi izi verisinin alınmasının 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 4'üncü maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan "İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma" ilkesi ile bağdaşmadığı (...) " şeklinde ifade edilmiştir. Anılan Kurul Kararında da belirtildiği üzere, herhangi bir alternatifin bulunması durumunda biyometrik verinin işlenmesi ölçülü olmayacaktır. Bu kapsamda biyometrik veri alınmasının elverişli ve gerekli olduğu durumlarda da ölçülülük ilkesi kapsamında biyometrik veri alınırken genetik veri (kan, tükürük vb.) alınmamalıdır. Ayrıca biyometri türünün veya türlerinin seçiminde (iris, parmak izi, elin damar ağı, vb.) tercih edilen biyometrik veri türünün veya türlerinin diğerleri yerine neden seçildiğine dair gerekçeler ve belgeler sunulmalıdır. (Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber, s. 10, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024).

⁶⁹ Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında orantılılık "getirilen kural ile ulaşılacak istenen amaç arasında olması gereken ölçüdür (...) Temel hak ve özgürlüklere yönelik herhangi bir sınırlamanın başvurulabilecek en son çare ya da alınabilecek en son önlem olarak temel haklara en az müdahaleye olanak veren ölçülü bir sınırlama niteliğinde olup olmadığının incelenmesi gerekir".

Veri asgarileştirme (The data minimisation principle) ilkesi olarak da tanımlanabilecek ölçülülük ilkesine göre, veri sorumlusu, sadece işleme amacını gerçekleştirmeye yetecek kadar veri kullanmalıdır (Özer Deniz/Özer, s. 102).

⁷⁰ Ayrıca bkz., Akıncı, Ayşe Nur: Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma Raporu-6, T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Haziran 2017, s. 32; Göçmen Uyarer, Sinem: Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020, s. 123 vd.; Yücedağ, Nafize: "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 47-63; Taşçı Aydemir, Ece: Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara 2022, s. 67 vd.; Sert, Şeyma: Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Ankara 2023, s. 75 vd.

⁷¹ KVKK'nın 6/3. maddesi uyarınca (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.6/3; yürürlük tarihi: 01.06.2024) özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi yasaktır. Ancak bu verilerin işlenmesi;

TCK'nın genel hükümlerinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerinin, KVKK kapsamına giren veri işleme hallerinde KVKK'da yer alan özel şartları taşımadıkça fiili hukuka uygun kılması mümkün değildir. Zira bir işlemin hangi hallerde hukuka uygun kabul edilebileceğinin şartları itibarıyla kanunun ilgili hükmünde açıkça zikredildiği hallerde genel hükümlerde yer alan hukuka uygunluk nedenleri söz konusu şartları taşımadıkça o işlemi hukuk uygun kılmaya muktedir değildir. Bu kapsamda veri işleminin hukuka uygun kabul edilebilmesi için örneğin; TCK'nın genel hükümlerine göre fiili hukuka uygun kılan örtülü rızanın⁷² varlığı yeterli değildir, KVKK'da öngörülen şartları taşıyan açık bir rıza olması gerekmektedir. Bu kapsamda rızanın geçerli bir rıza olması için yalnızca açık bir rıza olması yetmemekte, aynı zamanda işlenen verinin kanunda öngörülen genel esaslara uygun bir şekilde işlenmesi gerekmektedir. Zira ilgisi, kişisel verisinin bu esaslara uygun olarak işlenmesine açık rıza göstermiş olmaktadır.

Bir hukuka uygunluk nedeni fiili başından itibaren hukuka uygun kılacağından ve bu hukuka uygunluk sadece suçu değil, hukukun tüm alanlarını kapsayacak şe-

- a) İlgili kişinin açık rızasının olması,
 - b) Kanunlarda açıkça öngörülmesi,
 - c) Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin, kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması,
 - d) İlgili kişinin alenileştirdiği kişisel verilere ilişkin ve alenileştirme iradesine uygun olması,
 - e) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması,
 - f) Sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlarca, kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi ile sağlık hizmetlerinin planlanması, yönetimi ve finansmanı amacıyla gerekli olması,
 - g) İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olması,
 - h) Siyasi, felsefi, dini veya sendikalarla kurulan vakıf, demek ve diğer kâr amacı gütmeyen kuruluş ya da oluşumların, tâbi oldukları mevzuata ve amaçlarına uygun olmak, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak ve üçüncü kişilere açıklanmamak kaydıyla; mevcut veya eski üyelerine ve mensuplarına veyahut bu kuruluş ve oluşumlarla düzenli olarak temasta olan kişilere yönelik olması, halinde mümkündür.
- Özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinde, ayrıca Kurul tarafından belirlenen yeterli önlemlerin alınması şarttır.

Görüldüğü üzere özel nitelikli kişisel veriler söz konusu olduğunda, genel nitelikteki kişisel verilerin işleme şartları arasında yer alan; "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" ve "ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması" şartları birer hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Buna karşın özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesini gerekli kılan kendine özgü bazı durumlar kanun koyucu tarafından göz önünde bulundurularak, genel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartları arasında yer almayan bazı şartlar maddenin üçüncü fıkrasının (e), (f), ve (g) bentlerinde birer hukuka uygunluk nedeni olarak düzenlemeye kavuşturulmuştur. Öte yandan söz konusu bentler kapsamlarının genişliği itibarıyla uygulamada özel nitelikli kişisel verilerin ölçüsüzce işlenmesi riskini taşımakta olup, ilgili olduğu alanlarda söz konusu verilerin işlenmesine ancak zorunlu olduğu ölçüde başvurulmalıdır. Bu açıdan yaklaşıldığında özellikle maddenin (e) bendindeki verilerin işlenmesi bakımından getirilen şartın "zorunluluğa" değil "gerekliliğe" dayandırılması kanaatimizce yerinde olmamıştır.

⁷² TCK m.26/2.

kilde fiili bir haksız fiil olmaktan çıkaracağından ötürü artık KVKK uyarınca hukuka uygun olarak veri işleyen kişinin her tür hukuki sorumluluğu ortadan kalkacaktır.

TCK'nın gerek 135. gerek 136. maddesindeki suçlar bakımından "kişisel verilerin işlenmesi" kapsamında ortak şartlar oldukları içindir ki aşağıda söz konusu hukuka uygunluk nedenleri, KVKK'nın 5. maddesi kapsamında, her iki suç tipi için aynı başlıklar altında değerlendirilmiştir.

VII. İLGİLİNİN AÇIK RIZASI

Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez.⁷³

TCK'nın 26/2. maddesi uyarınca; "kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez". Kişinin kendi verisi onun üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği özel hayat alanına dahil olduğundan, kanunlarda aksi açıkça yazmadıkça kişisel verisinin işlenmesine yönelik rızası fiili hukuka uygun kılacaktır.

KVKK'nın "Tanımlar" başlıklı 3'üncü maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinde açık rıza, "belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle açıklanan rıza" şeklinde tanımlanmıştır.

Kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce, ilgili kişilerin bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu yükümlülük yerine getirilirken veri sorumluları veya yetkilendirdiği kişilerce yapılacak bilgilendirmenin asgari olarak aşağıdaki konuları içermesi gerekmektedir:⁷⁴

- Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- Kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı,
- Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
- İlgili kişinin KVKK'nın 11'inci maddesinde sayılan diğer hakları.

Veri sorumlusu ya da yetkilendirdiği kişi tarafından sözlü, yazılı, ses kaydı, çağrı merkezi gibi fiziksel veya elektronik ortam kullanılmak suretiyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında aşağıda sayılan usul ve esaslara uyulması gerekmektedir.^{75,76}

⁷³ KVKK m.5/1, m.6/3-a.

⁷⁴ KVKK m.10.

⁷⁵ 10.03.2018 tarihli Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m.5.

⁷⁶ Bkz., aydınlatma yükümlülüğüne ilişkin ayrıntılı bilgi ve aydınlatma metni örnekleri için; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesi Rehberi, Nisan 2019, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

- a) İlgili kişinin açık rızasına veya Kanundaki diğer işleme şartlarına bağlı olarak kişisel veri işlendiği her durumda aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilmelidir.
- b) Kişisel veri işleme amacı değiştiğinde, veri işleme faaliyetinden önce bu amaç için aydınlatma yükümlülüğü ayrıca yerine getirilmelidir.⁷⁷
- c) Sicile kayıt yükümlülüğünün bulunması durumunda, aydınlatma yükümlülüğü çerçevesinde ilgili kişiye verilecek bilgiler, Sicile açıklanan bilgilerle uyumlu olmalıdır.
- d) Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi, ilgili kişinin talebine bağlı değildir.
- e) Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiğinin ispatı veri sorumlusuna aittir.
- f) Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir.
- g) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında açıklanacak kişisel veri işleme amacının belirli, açık ve meşru olması gerekir. Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken, genel nitelikte ve muğlak ifadelerle yer verilmemelidir. Gündeme gelmesi muhtemel başka amaçlar için kişisel verilerin işlenebileceği kanaatini uyandıran ifadeler kullanılmamalıdır.
- ğ) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında ilgili kişiye yapılacak bildirim anlaşılır, açık ve sade bir dil kullanılarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.
- h) KVKK'nın 10'uncu maddesinin birinci fıkrasının (ç) bendinde yer alan "hukuki sebep" ten kasıt, aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin KVKK'nın 5. ve 6. maddelerinde belirtilen işleme şartlarından hangisine dayanılarak işlendiğidir. Aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi esnasında hukuki sebebin açıkça belirtilmesi gerekmektedir.
- ı) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında, kişisel verilerin aktarıma amacı ve aktarılabilecek alıcı grupları belirtilmelidir.
- i) Aydınlatma yükümlülüğü kapsamında kişisel verilerin, tamamen veya kısmen otomatik yollarla ya da veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yöntemlerden hangisiyle elde edildiği açık bir şekilde belirtilmelidir.

⁷⁷ Kişisel veriler veriliş amacı dışında kullanılamazlar. Örneğin cep telefonu bilgisi ilgilinin aydınlatılmış rızası alınmış olsa dahi ancak işleme amacıyla bağlantılı ve sınırlı olarak kullanılabilir. Bu sebeple farklı bir amaç hasıl olduğunda kişisel verinin hukuka uygun olarak işlenebilmesi, söz konusu amaca ilişkin olarak ilgilinin ayrıca aydınlatılması ve rızasının alınmış olmasına bağlıdır.

j) Aydınlatma yükümlülüğü yerine getirilirken eksik, ilgili kişileri yanıltıcı ve yanlış bilgilere yer verilmemelidir.

Kişisel verilerin ilgili kişiden elde edilmemesi halinde,⁷⁸

- a) Kişisel verilerin elde edilmesinden itibaren makul bir süre içerisinde,
- b) Kişisel verilerin ilgili kişi ile iletişim amacıyla kullanılacak olması durumunda, ilk iletişim kurulması esnasında,
- c) Kişisel verilerin aktarılacak olması halinde, en geç kişisel verilerin ilk kez aktarımının yapılacağı esnada ilgili kişiyi aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi gerekir.

Açık rıza yazılı rıza demek olmadığından, bu madde örtülü rıza ile kişisel veri işlenemeyeceğini ifade etmekle birlikte aydınlatılmış sözlü rıza kişisel verinin işlenmesi için yeterlidir. Ancak yazılı rıza bir geçerlilik şartı olmamakla birlikte ispat kolaylığı bakımından öncelikle tercih edilmeli, internet üzerinden kişisel verilerin işlenmesi söz konusu olduğunda ise söz konusu platformlarda ispat kolaylığı sağlayacak bilgilendirme ve onay formlarına yer verilmesine azami önem gösterilmelidir.

Veri işlemek üzere verilen açık rızanın geçerliliği için, açık rızanın öncelikle belirli bir konuya ilişkin ve o konu ile sınırlı olarak verilmesi gerekmektedir. Bununla birlikte, açık rıza irade beyanı olduğundan, kişinin özgür bir şekilde rıza gösterebilmesi için, neye rıza gösterdiğini de bilmesi gerekir. Kişinin sadece konu üzerinde değil, aynı zamanda rızasının sonuçları üzerinde de tam bir bilgi sahibi olması gerekir. Bu sebeple, bilgilendirmenin, veri işleme ile ilgili bütün konularda açık ve anlaşılır bir biçimde gerçekleştirilmesi ve mutlaka verinin işlenmesinden önce yapılması gerekir. Diğer yandan, açık rızanın geçerlilik kazanabilmesi için kişinin yaptığı davranışın bilincinde ve kendi kararı olması gerekmektedir. Açık rızanın özgür iradeyle açıklanması gerektiğinden, herhangi bir ürün ve/veya hizmetin sunumu (ya da herhangi bir üründen ve/veya hizmetten yararlandırılması) ilgili kişi tarafından açık rıza verilmesi şartına bağlanmamalı, tarafların eşit konumda olmadığı veya taraflardan birinin diğeri üzerinde etkili olduğu durumlarda rızanın özgür iradeyle verilir vermediğinin dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir. Örneğin, işçi-işveren ilişkisinde, işçiye rıza göstermeme imkânının etkin bir biçimde sunulmadığı veya rıza göstermemenin işçi açısından muhtemel bir olumsuzluk doğuracağı durumlarda, rızanın özgür iradeye dayandığı kabul edilemez.⁷⁹

⁷⁸ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ m.6.

⁷⁹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Biyometrik Verilerin İşlenmesinde Dikkat Edilmesi Gereken Hususlara İlişkin Rehber, s. 10, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024; Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Açık Rıza, s. 6, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

İlgili kişi rızasını her zaman geri alabilir. Rızanın geri alınmış olması, rızanın verilmesinden geri alınmasına kadar olan süreçte bu rızaya dayalı veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğunu etkilemez.⁸⁰

Kişisel Verileri Koruma Kurulu, internet üzerinden çerezler⁸¹ yoluyla kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bir şirket hakkındaki başvuru ile ilgili olarak verdiği kararında kişisel verilerin işlenmesi için eğer şartları varsa açık rıza dışında bir hukuki sebebe de dayanılabileceğini değerlendirmekle birlikte açık rızanın taşınması gereken aşağıdaki hususlara vurgu yapmıştır:⁸²

- Aydınlatmanın tüm unsurlarını içerecek şekilde açık, sade ve anlaşılır şekilde yapılması gerekir. İnternet sitesinde karmaşık ve içinde pek çok başka konuda bilgi veren Gizlilik Bildirimlerinin yer alması aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirildiği şeklinde yorumlanamaz.
- Kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi hâlinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemleri ayrı ayrı yerine getirilmelidir.
- Çerez yoluyla kişisel veri işlenmesine ilişkin bir sözleşmenin kurulması veya ifası kapsamında açık rıza alınması, ilgili kişiye sözleşmenin ön koşulu olarak dayatılamaz.
- İlgili kişilerden açık rıza alınması yoluyla elde edilen kişisel verilerin işlenmesinde her bir farklı amaç için ayrı açık rıza alınmasına olanak veren bir mekanizma kurulmalıdır.
- Kişisel verilerin -en geç- elde edilmesi sırasında yani internet sitesine girildiği anda aydınlatmanın yapılması gerekmektedir. Aydınlatma henüz veri işlenmediği ya da en geç veri işlendiği esnada yapılmalıdır.
- Açık rızanın alınabilmesi için aktif bir eylemin gerçekleşmesi gerekmektedir. Sadece internet sitesine girilmesi söz konusu site tarafından kullanılan çerezlere açık rıza verildiği anlamına gelmez.

VIII. KANUNLARDA AÇIKÇA ÖNGÖRÜLMESİ

Kanun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedeni kapsamında kanunlarda kişisel verinin işlenmesine ilişkin açık hüküm bulunması halinde kişisel

⁸⁰ Nur Buğçe Bakirel, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı, Ankara 2021, s. 73.

⁸¹ Çerezler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz., Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Çerez Uygulamaları Hakkında Rehber, Haziran 2022, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

⁸² Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 27/02/2020 tarih ve 2020/173 sayılı karar, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

verinin işlenmesi mümkündür.⁸³ Kişisel veriler temel hak ve hürriyetlere ilişkin oldukları içindir ki bu verilere müdahale ancak kanunla olabilir. Kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandırıcı nitelik gösterip kanunda yer almayan ya da kanuna aykırı bir düzenlemenin, kanunilik ilkesinin gereği alt düzenleyici işlemlerle yapılması mümkün değildir. Kanunun uygulanmasına yönelik kanuna aykırı olmayan düzenlemelerin alt düzenleyici işlemlerle yapılması ya da eksik veya açık ceza normları ile alanın düzenlenmesinde ise kanunilik ilkesine aykırı bir durum bulunmamaktadır.

Anayasanın 20/3. maddesi gereği kişisel veriler ancak ilgilinin açık rızası ve kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan KVKK'daki diğer şartları da içine alacak şekilde kanunun hükmünün yerine getirilmesi hukuka uygunluk nedenlerinin varlığında hukuka uygun kabul edilebilir. Bu nedenle KVKK'nın 5/2, a bendinde yer alan "kanunlarda açıkça öngörülmesi" şartının işlevi ve amacı, KVKK'da yer almamakla birlikte kişisel veriyi işlemeyi bir başka kanun hükmü gereği hukuka uygun kılan maddelere KVKK kapsamında atıfta bulunmaktadır.⁸⁴ Dolayısıyla ilgili bentte ifade olunan "kanunlarda açıkça öngörülmesi" ifadesini "diğer kanunlarda açıkça öngörülmesi" şeklinde algılamak yanlış olmayacaktır. Zira KVKK kapsamında veri işlemeyi hukuka uygun kılan haller zaten 5/2. maddenin takip eden bentlerinde ve ilgili diğer maddelerde zikredilmektedir.

Kişisel veri işlenmesiyle ilgili herhangi bir kanunda açık bir hüküm varsa veya ifade olunan sınırlarda kalmak kaydıyla açık bir hüküm ile ikincil mevzuata yönlendirme yapılmışsa kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.^{85,86}

Kişisel veriyi işlemenin hukuka uygun kabul edilebilmesi için, kişisel verilerin ilgili oldukları mevzuatta öngörülen özel şartlara bu kapsamda KVKK'ya uygun işlenmesi gerekmektedir. Aksi halde kanun hükmü yerine getirilmiş kabul edilemeyeceğinden verinin işlenmesi hukuka aykırı olacaktır.

Şu kadar ki KVKK'nın 28/1. maddesinde ifade edilen istisnai hallerde, söz konusu istisnai hallerin düzenlendiği mevzuat hükümlerinin verilerin işlenmesine ilişkin olarak öngördüğü koşulları taşımaları kaydıyla, verilerin işlenmesi şartlarını düzenleyen KVKK hükümleri uygulanmayacaktır. Bu istisnai haller şunlardır:

- a) Kişisel verilerin, üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülüklerle uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi.

⁸³ TCK m.24/1; KVKK m.5/2.

⁸⁴ KVKK'nın 5/2, a bendinde bu hususun belirtilmesinin gereksiz olduğuna ilişkin görüş için bkz., Koca/Üzülmüş, s. 619.

⁸⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 6, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

⁸⁶ Bkz., örneğin; CMK, (m.75,76,78) Adli Sicil Kanunu (m.7,8,10), Umumi Hıfzıssıhha Kanunu (m.57,104,113), Avukatlık Kanunu (m.46/2), Kimlik Bildirme Kanunu (Ek md.1).

- b) Kişisel verilerin resmi istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi.
- c) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini, ekonomik güvenliği, özel hayatın gizliliğini veya kişilik haklarını ihlal etmemek ya da suç teşkil etmemek kaydıyla, sanat, tarih, edebiyat veya bilimsel amaçlarla ya da ifade özgürlüğü kapsamında işlenmesi.
- ç) Kişisel verilerin millî savunmayı, millî güvenliği, kamu güvenliğini, kamu düzenini veya ekonomik güvenliği sağlamaya yönelik olarak kanunla görev ve yetki verilmiş kamu kurum ve kuruluşları tarafından yürütülen önleyici, koruyucu ve istihbari faaliyetler kapsamında işlenmesi.
- d) Kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi.^{87,88}

Ayrıca KVKK'nın 28/2. maddesi uyarınca; KVKK'nın amacına ve temel ilkelere uygun ve orantılı olmak kaydıyla veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10'uncu, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç, ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11'inci ve Veri Sorumluları Siciline kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16'ncı maddeleri aşağıdaki hâllerde uygulanmayacaktır:

- a) Kişisel veri işleminin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması.
- b) İlgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi.
- c) Kişisel veri işleminin kanunun verdiği yetkiye dayanarak görevli ve yetkili kamu kurum ve kuruluşları ile kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarınca, denetleme veya düzenleme görevlerinin yürütülmesi ile disiplin soruşturma veya kovuşturması için gerekli olması.
- ç) Kişisel veri işleminin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak Devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması.

⁸⁷ Şüphesiz ki bu incelemeler yapılırken iddia konusu suç fiili ile ilişkili olan ya da olmayan pek çok kişisel veriye ulaşılmaktadır. Bu kişisel verilere ulaşabilmek bazen genel önleme ya da soruşturma yetkisi kapsamında mümkünken, bazen de verilerin niteliğine göre toplanma şekilleri kanunen özel şartların varlığına bağlı tutulmuştur. Örneğin, suç soruşturması sebebiyle bilgisayarda mevcut bir kişisel verinin toplanması CMK'nın 134. maddesinin koşullarının bulunmasına bağlıdır. (Bkz., YCGK, E. 2021/9-112, K. 2022/497, T. 29.6.2022, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

Öte yandan bu verilerden suç fiiline ilişkin olanları, hukuka uygun elde edilmek kaydıyla ceza muhakemesi sürecinin sonunda maddi gerçeğe ulaşılmamasına hizmet etmekte ise de suç fiili ile doğrudan ilişkili olmayan veya ilişkili olmakla birlikte özel hayat alanının ölçüsüzce sınırlandırılmasına karşı korunması gereken kişisel veriler, başta toplanan verinin yok edilmesi koşullarının düzenlenmesi olmak üzere CMK'da ve ilgili diğer kanunlarda çeşitli düzenlemelerle korunmaktadır.

⁸⁸ Bkz., Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi (CMK m.135/3,6, 137/3), Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi (CMK m.139/6), Teknik araçlarla izleme (CMK m.140/4), Fizik kimliğin tespiti (CMK m.81/2), Moleküler genetik incelemeler (CMK m.80/2), parmak izi ve fotoğrafların kayda alınması (PVSK m.5). Ayrıca bkz., TCK m.138/2.

IX. FİİLİ İMKÂNSIZLIK NEDENİYLE RIZASINI AÇIKLAYAMAYACAK DURUMDA BULUNAN VEYA RIZASINA HUKUKİ GEÇERLİLİK TANINMAYAN KİŞİNİN KENDİSİNİN YA DA BİR BAŞKASININ HAYATI VEYA BEDEN BÜTÜNLÜĞÜNÜN KORUNMASI İÇİN ZORUNLU OLMASI

Rızayı açıklamaya ehil olan kişi, gerçekleştirilecek fiilin esasını, amaç ve kapsamını, sonuçlarını, öngörülen risk ve külfetlerin etkisini ölçebilmeli, muhtemel fayda ve zararlarını değerlendirebilecek durumda bulunmalıdır. Bu kapsamda bir kimsenin rızasının geçerli bir rıza olması, o kimsenin somut olaya münhasır olarak rıza açıklama yeteneğine sahip olmasına, fiilin kapsam ve sonuçlarını anlayabilmesine bağlıdır.⁸⁹

Fiili imkânsızlık nedeniyle rızayı açıklayamamak, Kanunda bir tanımına yer verilmemekle birlikte, maddi alemde meydana gelen olay ya da olaylar nedeniyle ilgilinin rızasını fiilen açıklayamayacak durumda olması şeklinde tanımlanabilir. Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayacak durumda olmayan kişinin verisinin işlenmesi, kendisinin veya bir başkasının hayatının veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olmasına bağlıdır. Bu hale örneğin; kişinin bilincinin geçirdiği trafik kazası nedeniyle kapalı olması sebebiyle rızası olmaksızın kan grubunun öğrenilmesi örnek verilebileceği gibi hürriyeti kısıtlanan bir kişinin kurtarılması amacıyla kendisinin veya şüphelinin taşımakta olduğu telefon, bilgisayar, kredi kartı, banka kartı veya diğer teknik bir araç üzerinden yerinin belirlenmesi için bu verilerin işlenmesi de örnek gösterilebilir.⁹⁰ Yüksek dozda uyuşturucu veya uyarıcı madde etkisinde olan kişinin hayatını kurtarmak maksadıyla hastanede zorunlu olarak bazı kişisel verilerine ulaşılarak işlenmesi de fiili imkansızlık olarak kabul edilebilir.

Rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişiler ise ayırt etme gücüne sahip olmayan, dolayısıyla da rıza verme ehliyetleri bulunmayan kişilerdir. Ayırt etme gücü bulunmayanların fiil ehliyeti yoktur. Bu kişiler tam ehliyetsiz olarak kabul edilirler.⁹¹ Kanaatimizce kanuni temsilcinin rızasıyla ayırt etme gücü olmayan küçük ve kısıtlıların yararına olan hallerde kişisel verilerin işlenmesi mümkündür.⁹²

⁸⁹ Ezgi Aygün Eşitli, "Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti", TBB Dergisi, Y. 2013, S. 106, s. 279; M. J. Gunn./J. G. Wong/I. C. H. Clare/A. J. Holland, "Decision-making capacity", Medical law review, 7, Autumn 1999, s. 269 vd.; Vehbi Umut Erkan/İpek Yücer, "Ayırt Etme Gücü", AÜHF Dergisi, C. 60, S. 3, Y. 2011, s. 489 vd.

⁹⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Madde ve Gerekçesi ile Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Bilgi Notu) ve Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Terimler Sözlüğü, Ankara 2019, s. 19, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 13.04.2024.

⁹¹ TMK m.14.

⁹² Çocuğun temsil edilmesini düzenleyen TMK m.342 uyarınca; "Ana ve baba, velâyetleri çerçevesinde üçüncü kişilere karşı çocuklarının yasal temsilcisidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler, eşlerden her birinin diğerinin rızasıyla işlem yaptığını varsayabilirler. Vesayet makamlarının iznine bağlı hususlar dışında kısıtlıların temsiline ilişkin hükümler velâyetteki temsilde de uygulanır". Aynı Kanun'un 403. maddesi uyarınca ise; "Vasi, vesayet altındaki küçüğün veya kısıtlının kişiliği ve malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukukî işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür". O halde kanuni temsilcinin, çocuğun veya kısıtlının yararına olmak kaydıyla kişiliğini korumak ve hukuki

Rızanın olmadığı ya da hukuki geçerlilik tanınmadığı hallerde ise kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması halinde kişisel verisinin işlenmesi mümkündür.

Bu noktada özellikle sınırlı ehliyetsizler, yani ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar açısından bu kişilerin rızalarına hukuki geçerlilik tanınıp tanınmayacağı ayrıca değerlendirilmesi gerekmektedir. Kanaatimizce kişinin kişisel verisi onun şahsına sıkı sıkıya bağlı olan bir hakkına ilişkin olduğu için sınırlı ehliyetsizler, kanunda açıkça rızalarına hukuki geçerlilik tanınmayan işlemler dışındaki işlemlere rıza göstermeye ehil kabul edilmelidirler.⁹³ Böyle bir durumda kanunda açık hüküm olmadıkça bu kişilerin yanı sıra veli ya da vasilerinden onam almak gerekli değilse de bu kişilerin çıkarlarının korunabilmesi adına fiilen imkân olduğu ölçüde faydalıdır.⁹⁴

Fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kişisel verisinin işlenebilmesi, veriyi işlemenin, kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olmasına bağlıdır.

Açık bir tanımı olmamakla birlikte genel esaslarla birlikte değerlendirildiğinde bu bent kapsamında bir zorunluluktan bahsedebilmek için;

- a) İşlenecek veri, fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişiye ait olmalı,
- b) Verinin işlenme amacı veri sahibinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunmasına yönelik olmalı,
- c) Veri sahibinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğüne yönelik ağır ve muhakkak bir tehlikeden veri sahibini ya da başkasını kurtarmak zorunluluğu ile veri işlenmeli,
- d) Tehlikenin ağırlığı ile işlenen verinin niteliği ve işlenme şekli arasında orantı bulunmalıdır.

işlemlerde onu temsil etmek, bu kapsamda olmak kaydıyla da kişisel verisinin işlenmesine yönelik olarak rıza vermek yetkisini haiz olduğu kabul edilebilir.

⁹³ TMK, m.16/1.

⁹⁴ GDPR m.8 uyarınca; “1. 6(1) maddesinin (a) bendinin uygulanması durumunda, bilgi toplumu hizmetlerinin doğrudan bir çocuğa sağlanması ile ilgili olarak, çocuğun en az 16 yaşında olması hâlinde çocuğun kişisel verilerinin işlenmesi hukuka uygundur. Çocuğun 16 yaşından küçük olması hâlinde, söz konusu işleme, ancak çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verilmesi hâlinde ve rıza veya izin verildiği ölçüde hukuka uygundur. Üye Devletler, bu amaçlara yönelik olarak, 13 yaştan küçük olmamak kaydıyla, mevzuatla daha küçük bir yaş belirleyebilir.
2. Bu durumlarda veri sorumlusu, mevcut teknolojiyi dikkate alarak, çocuk üzerinde velayet sorumluluğu bulunan kişi tarafından rıza veya izin verildiğini doğrulamak için makul çaba sarf eder.
3. 1. paragraf, bir çocuk ile ilgili bir sözleşmenin geçerliliği, oluşturulması veya etkisine ilişkin kurallar gibi Üye Devletlerin genel sözleşme hukukunu etkilemez”, <https://www.ab.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

X. BİR SÖZLEŞMENİN KURULMASI VEYA İFASIYLA DOĞRUDAN DOĞRUYA İLGİLİ OLMASI KAYDIYLA, SÖZLEŞMENİN TARAFLARINA AİT KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNİN GEREKLİ OLMASI

Bu kapsamda bir kişisel verinin işlenmesinin hukuka uygun kabul edilebilmesi için;

- Kişisel veriyi işlemenin bir sözleşmenin kurulması ya da ifası için doğrudan gerekli olması,
- İşlenen kişisel verinin sözleşmenin taraflarına ait olması gerekir.

Bir sözleşme gereği paranın ödenmesi için alacaklı tarafın hesap numarasının alınması veya bir bankayla kredi sözleşmesi yapılması sırasında bankanın, o kişiye ait maaş bordrosunu, tapu kayıtlarını, icra borcu olmadığına dair belgeyi edinmesi bu şarta örnek gösterilebilir. Ayrıca, sözleşme gereği satıcının, malı teslim borcunu yerine getirmesi için alıcının adresini kaydetmesi ya da işverenin maaş ödemesini gerçekleştirmek amacıyla çalışanların banka bilgilerini elinde bulundurması, bu kapsamda değerlendirilebilecektir.⁹⁵

Bu hüküm, sözleşme öncesi müzakere süreci için de geçerlidir.⁹⁶

İfade edelim ki özel nitelikli kişisel verilerin bu sebeple işlenmesi kanunen mümkün değildir.

XI. VERİ SORUMLUSUNUN HUKUKİ YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜ YERİNE GETİREBİLMESİ İÇİN ZORUNLU OLMASI

Veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğünü yerine getirebilmesi için zorunlu ise kişisel verinin işlenmesi mümkündür. Hukuki yükümlülüğün muhakkak bir kanun hükmünden kaynaklanması aranmamakta olup bir hukuk kuralından kaynaklanması yeterlidir. İlgili şartın kapsamının genişliği sınırlarını ortaya koymayı da güçleştirmektedir. Dolayısıyla bu şart ancak öngörüldüğü gibi bir hukuki yükümlülüğün yerine getirilmesi için zorunlu olduğu hal ve ölçüde, son çare prensibi dahilinde kişisel verinin işlenmesini hukuka uygun hale getirir. Kanaatimizce zorunluluk halinden kastedilen o verinin o şekilde işlenmemesi halinde hukuki yükümlülüğün yerine getirilemeyecek olmasıdır.

Bir şirketin çalışanına maaş ödeyebilmesi için, banka hesap numarası, evli olup olmadığı, bakmakla yükümlü olduğu kişiler, eşinin çalışıp çalışmadığı, sosyal sigorta numarası gibi verilerin elde edilmesi ve işlenmesi bu duruma örnek

⁹⁵ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 8, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

⁹⁶ Hüseyin Murat Develioğlu, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017, s. 60; Bakirel, s. 79.

verilebilir. İşverenin vergi denetimi sırasında çalışanlarına veya müşterilerine ait bilgileri ilgili kamu görevlilerinin incelemesine sunması da bu kapsamda değerlendirilebilir.⁹⁷

İstihdam, iş sağlığı ve güvenliği, sosyal güvenlik, sosyal hizmetler ve sosyal yardım alanlarındaki hukuki yükümlülüklerin yerine getirilmesi için zorunlu olmadıkça⁹⁸ veri sorumlusunun hukuki yükümlülüğü, özel nitelikli kişisel verinin işlenmesini hukuka uygun kılmaz.

XII. İLGİLİ KİŞİNİN KENDİSİ TARAFINDAN ALENİLEŞTİRİLMİŞ OLMASI

Kişisel veri alenileştirilmiş, bir başka deyişle kamuoyuna sunulmuş olması halinde kişisel verinin rıza olmaksızın işlenmesi mümkündür. Alenileştirmeden anlaşılması gereken, kişisel verilerin sayısı belirsiz kişiler tarafından erişilebilir hale getirilmesidir.⁹⁹ Ancak bu veriler alenileştirilse dahi alenileştirme amacına aykırı bir şekilde işlenemezler.

Kişisel verinin aleni kabul edilebilmesi için ait olduğu kişinin aleni olmasını istemesi gerekir. Başka bir ifade ile alenileştirmenin gerçekleştirilebilmesi için alenileştirme iradesinin varlığı gerekir. Yoksa bir kişinin kişisel verisinin herkesin görebileceği bir yerde olması aleniliğini sağlamaz. Ayrıca, alenileştirme durumunda kişisel verinin amacı dışında da kullanılmaması gerekmektedir. Örneğin, ikinci el araç satışı yapılan internet sitelerinde aracını satmak isteyen ilgili kişinin iletişim bilgilerinin pazarlama amaçlarıyla kullanılması mümkün değildir.¹⁰⁰

XIII. BİR HAKKIN TESİSİ, KULLANILMASI VEYA KORUNMASI İÇİN VERİ İŞLEMENİN ZORUNLU OLMASI

Hak, hukukça korunan değer veya menfaattir. Her hak kaynağını Anayasa'dan almakla birlikte söz konusu tesis edilmesi, kullanılması ya da korunması gereken hakka ilişkin düzenlemenin yeter ki hukukça korunsun, kanunla ya da alt düzenleyici işlemlerle yapılması mümkündür. Hatta yerleşmiş örf ve âdet kuralları dahi hakkın kaynağı olabilir. Ancak hakkın kapsamının genişliği göz önünde tutularak bu sebeple veri işlerken aşağıdaki kıstaslara dikkat edilmelidir:

a) Hukukça korunan bir hak mevcut olmalıdır.

⁹⁷ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 9, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

⁹⁸ Bkz., KVKK m.6/3,f (7499 sayılı Kanunla değiştirilen 6698 sayılı Kanun m.6/3; yürürlük tarihi: 01.06.2024).

⁹⁹ Sinar, Hasan: Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK md.136), KVKKD, C. 2, S. 1, s. 56.

¹⁰⁰ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenme Şartları, s. 10, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

- b) Bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için kişisel veri işlenmelidir.
- c) Kişisel veri işlenmeksizin o hakkın tesisi, kullanılması veya korunması mümkün olmamalı, bu kapsamda kişisel veriyi işlemek zorunlu olmalıdır.

Örneğin avukatların müvekkilleri adına dava açmak ve diğer adli işlemleri yerine getirmek için kişisel verilerini işlemeleri ya da bir şirketin kendi çalışanı tarafından açılan bir davada ispat için bazı verileri kullanması veya kısıtlı bir kişinin haklarının korunması amacıyla vasisinin veya kayyumun, kısıtlının mali bilgilerini tutması bu amaçla işlenen kişisel verilere örnek gösterilebilir. Ayrıca, sözleşme sona erdikten sonra, olası yasal takiplere karşı zamanaşımı süresinin sonuna kadar fatura, sözleşme, kefaletname gibi belgelerin bu amaçlar için saklanması da bu kapsamda değerlendirilecektir.^{101,102}

¹⁰¹ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, s. 11, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024.

¹⁰² Yargıtay 12. CD bir kararında; "5. Ağır Ceza Mahkemesi'nin 25.11.2014 tarihli, 2013/65-2014/500 Sayılı kararının temyiz edildiği dönemde ve olay nedeniyle katılan tarafından sanık aleyhine 12.12.2014 tarihli dilekçeyle açılan manevi tazminat davasının ... 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/367 esasına kayden görülmekte olduğu 15.01.2015 tarihinde, katılanın psikolojisinin başka nedenlerle bozulmuş olabileceğini delillendirerek, tazminat davasında kendi lehine avantaj sağlamak için eczaneye giden sanığın, eczane çalışanına, dava dosyalarından edindiği katılanın T.C. kimlik numarasını göstermesi üzerine, hasta yakını zannedilerek, kendisine, 04.03.2014, 04.09.2014 ve 24.10.2014 tarihlerinde reçeteleri düzenlenen ve katılan tarafından geçmiş tarihlerde kullanılan ilaçları gösteren Medula sisteminde kayıtlı belge örneğinin verildiği ve sanığın bu yöntemle elde edip vekiline verdiği belge örneğinin, vekili tarafından, ... 9. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 2014/367 esas sayılı dosyasına, '... İddia edilen olay sebebiyle davacı tarafın psikolojisinin bozulduğu doğru değildir. Davacının psikolojisi başka nedenlerle de bozulmuş olabilir. Ekte sunduğumuz eczane kayıt bilgilerinden görüleceği üzere davacı taraf bozulduğunu iddia ettiği psikolojisi ile ilgili hiçbir ilaç kullanmamıştır...' biçimindeki cevap dilekçesinde yer alan açıklamaları desteklemek amacıyla sunulduğu anlaşılmakla, Katılanın geçmiş tarihlerde kullandığı ilaçları gösteren ve üzerinde T.C. kimlik numarası, adı, soyadı, doğum tarihi gibi nüfus bilgilerinin de yazılı olduğu 15.01.2015 tarihli belgenin, tazminat davasına konu edilen ve 2012 yılında gerçekleşen olayla doğrudan bir bağlantısı bulunmayıp, tazminat davasının görüldüğü mahkemeden katılanın ... durumuna ilişkin araştırma yapılmasının talep edilebileceği ve tazminat davasındaki uyumsuzluğun çözümüne ilgili belgelerin hukuka uygun yöntemlerle gerekli görüldüğü ölçüde mahkemece temin edilebileceği de gözetildiğinde, katılanın kişisel verilerini rızasına aykırı ve sürekli olarak muhafaza edecek şekilde ele geçiren sanık hakkında üzerine atılı verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan mahkumiyet kararı verilmesi gerekirken, suçun unsurlarının oluşmadığına ve mahkumiyete yeterli delil bulunmadığına dair gerekçeden yoksun ibarelere dayalı olarak sanık hakkında beraat kararı verilmesi, Kanuna aykırıdır" şeklinde görüş beyan etmek suretiyle hukuka uygun yöntemlerle mahkemeden veri temin edilmesinin talep edilmesi yoluyla mahkemenin gerekli gördüğü ölçüde kişisel veriyi temin edebilmesinin mümkün olması karşısında katılanın kişisel verilerinin ele geçirilerek mahkemesine cevap dilekçesi ekinde sunulmasının savunma hakkı kapsamında olmadığı kanaatine varmıştır. Yine bir başka kararında Yargıtay; avukat olan sanığın, yaklaşık dört aydır bürosunda sekreter olarak çalışan katılanın çalışma koşulları, işe devamı gibi şahsi kişisel verilerinin de yer aldığı birtakım notlar tutarak, başkaları tarafından okunması ya da elde edilmemesi amacıyla çekmecesinde sakladığı, mağdurun bu notları inceleme yetkisi bulunmadığı hâlde, sanıktan izin almaksızın ele geçirmek suretiyle okuduğu, kendisiyle ilgili bir kısım kişisel verilerin yer aldığı düşüncesiyle şikâyetle bulunarak soruşturma organına teslim ettiği olayda; her ne kadar söz konusu notlara, delil niteliğine sahip olduğu kanaatıyla Bolu Sulh Ceza Mahkemesi'nin 06.08.2014 tarihli ve 2014/214 değişiki ... sayılı

Ancak o hakkın tesisi, kullanılması ya da korunması için işlenen veri, kanunen işlenmesi özel şekil şartlarına tabi kılınmış bir veri ise bu verinin işlenmesi o şekil şartlarını taşıyıp taşımadığına bağlı olup, söz konusu fıkra tek başına verinin işlenmesini hukuka uygun kılmaya yetmeyecektir.

Burada bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması amacıyla işlenen kişisel veri ile veri sorumlusunun meşru menfaatleri için işlenen veri arasındaki ayrımın da ortaya konulması gerekmektedir. Zira ikisi de temelde hakkın kullanılması sebebine dayanan bu iki hukuka uygunluk sebebi arasındaki sınır KVKK'da iyi çizilmemiştir.

Konunun ayırt edilmesinin bir diğer önemli yanı ise bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması amacıyla özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi mümkünken, meşru menfaat sebebiyle özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesinin hukuka aykırı olmasıdır.

Ayrıca veri sahibinin haklarına hukuka aykırı ve ölçsüz bir müdahale teşkil etmediği müddetçe ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerine veriyi işlemek yoluyla etki etmek, bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması amacıyla kişisel verinin işlenmesi bakımından mümkünken, verinin meşru menfaate dayalı olarak işlenebilmesi için ilgili kişinin temel hak ve hürriyetlerine zarar verilmemesi gerekmektedir.

Bu iki hukuka uygunluk sebebi arasındaki en büyük fark kanaatimizce ancak “bir hakkın tesisi, kullanılması ya da korunmasıyla ilgili olmayan meşru menfaatlerin” Kanunun 5/2, f bendi uyarınca; “İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” hukuka uygunluk nedeni kapsamında değerlendirilebilecek olmasıdır.

XIV. İLGİLİ KİŞİNİN TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİNE ZARAR VERMEMEK KAYDIYLA, VERİ SORUMLUSUNUN MEŞRU MENFAATLERİ İÇİN VERİ İŞLENMESİNİN ZORUNLU OLMASI

Veri sorumlusunun meşru menfaati, kişisel veriler özelinde kabul edilen ve KVKK da düzenlenen bir hukuka uygunluk nedenidir. Veri sorumlusunun meşru menfaati nedeniyle verinin işlenmesi aynı zamanda veri sorumlusunun hakkını

kararıyla el konulduğu, dosya içeriğinden sekreter olan katılanın sanığa ait çekmeceyi işi gereği açma yetkisine sahip olduğuna ilişkin sanığın açık veya örtülü bir rızasının bulunmadığı, ele geçen notlar ve sanığın savunmasına göre katılanın kişisel verilerinin yazılı olduğu anlaşılması ise de; bir suçun ispatı amacını taşısa bile kamu görevlisi olmayan özel şahıs statüsünde bulunan katılanın, kamu görevlerine ilişkin hükümlere tabii olması nedeniyle suçüstü hâlinin gerçekleşmediği bir durumda, ... yeri dokunulmazlığı ve özel hayatın gizliliğinin ihlal edilmesi suretiyle CMK. 116 ve 130/1 maddelerine aykırı şekilde delil ele geçirme yönteminin hukuka aykırı olduğu ve yasa delil niteliğindeki suça konu el notlarının Anayasanın 38/6. maddesi ve CMK'nın 206 ve 217. maddeleri uyarınca hükme esas alınamayacağı kabul edilmelidir” kanaatine varmıştır. (YCGK, E. 2019/12-311, K. 2023/13, T. 18.1.2023, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

kullanması anlamına gelir. O halde meşru menfaatin bir hakka dayanması gerektiğini söylemek yanlış olmayacaktır. Bu hak bir gerçek kişiye ait olabileceği gibi kendine özgü menfaatleri bulunan tüzel kişiliğe de ait olabilir. Veri sorumlusunun meşru menfaati hukuka uygunluk nedeni kanundan kaynaklanmakta ise de bu hukuka uygunluk nedenine vücut veren menfaatin kanundan kaynaklanması bir zorunluluk olmayıp hukukça korunan bir menfaat olması yeterlidir.

Örneğin bir şirket sahibinin, çalışanlarının temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, onların terfileri, maaş zamları yahut sosyal haklarının düzenlenmesinde ya da işletmenin yeniden yapılandırılması sürecinde görev ve rol dağılımında esas alınmak üzere çalışanların kişisel verilerinin işlenmesi şirket sahibinin meşru menfaati kapsamına alınmıştır.¹⁰³

Menfaatin meşru kabul edilebilmesi için aranan kıstaslar kural olarak şöyledir:

(i) Amaç

Veri sorumlusunun ilgilinin kişisel verisini işleyerek ulaşmak istediği amacının gerçekleşmesinde meşru bir menfaatinin olduğu ortaya koyulmalıdır.¹⁰⁴ Amaç meşru değilse menfaatin de meşru olduğu söylenemez. Meşru menfaat, mevcut, belirli ve açık olmalıdır.

Meşru menfaatin hukukça korunan bir hakka dayanması gerekir. Ancak KVKK'nın kapsamına girmeyen, veri sorumlusunun sahip olduğu menfaatler arasında mütalaa edilemeyecek şahsi menfaatlerin KVKK kapsamında meşru bir menfaat kabul edilmesi mümkün değildir. Böyle bir durumda kanaatimizce göreve ilişkin olmadığından KVKK kapsamına girmeyen bir veri işleme faaliyeti mevcut bulunacağından meşru menfaat, KVKK kapsamında fiili suç olmaktan çıkarmayacaktır. Öte yandan meşru menfaat şartlarına uygun düştüğü ölçüde KVKK kapsamına girmeyen veri işleme hallerinde de bu kez hakkın kullanılması genel hukuka uygunluk nedeni¹⁰⁵ kapsamında mütalaa edilebildiği ölçüde somut olaya uygulanma kabiliyetine sahip olabilir ve fiili hukuka uygun kılabilir.

(ii) Orantılılık

Kişisel verinin işlenmesinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemesi gereklidir.

¹⁰³ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, s. 12, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 14.04.2024. Ayrıca bkz., Anayasa Mahkemesi'nin 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararı, <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

¹⁰⁴ Bkz., "Veri sorumlusunun kanuni yükümlülüğünü yerine getirmek için işlediği kişisel verileri meşru menfaat çerçevesinde kullanma talebiyle Kuruma yapmış olduğu başvuru", Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 Sayılı Kararı, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 15.04.2024.

¹⁰⁵ TCK m.26/1 uyarınca "hakkını kullanan kimseye ceza verilmez".

Ancak adı geçen düzenlemede zarardan ne kastedildiği açık değildir. Özellikle maddi, ölçülebilir zararların yanı sıra manevi zararların da bu kapsama girip girme-yeceğinin değerlendirilmesi, tehlike suçu olarak düzenlenen bu suçlarda verisi işle-nen kişinin bu nedenle temel hak ve hürriyetlerinin ölçülebilir bir zarara uğramadığı ancak gerçekleşen ihlalle birlikte tehlikeye sokulduğu hallerde meşru menfaatin söz konusu olup olmayacağı tartışılması gerekmektedir. Zira kişisel verisi işlenen ki-şinin hukuki değer veya menfaatlerinin ihlal edildiği açıktır ki ilgili fiiller TCK'da suç olarak kabul edilmektedir. O halde eğer ihlalle zarar eş anlamlı olarak görülürse, zaten kişisel verisi ihlal edilen kişinin özel hayata saygı kapsamında kişisel verisinin korunmasını isteme temel hak ve özgürlüğü ihlal edildiğinden kişisel verinin işlendiği her halde zararın da olduğu varsayılır ve söz konusu hukuka uygunluk nedeninden faydalanmak neredeyse hiçbir koşul ve şart altında mümkün görülmez. Ancak bu nedenden hareketle bu kez her tür tehlikeyi kapsam dışında tutmak da kimi zaman mağdurun hiçbir ölçülebilir zararı olmasa dahi ağır manevi zarara uğradığı hallerde failin fiilinin hukuka uygun kabul edilmesi riskini doğurarak uygulayıcıyı hakkaniyetli bir çözümden uzak sonuçlara ulaştırmak riskini taşımaktadır. Kanaatimizce meşru menfaate dayalı olarak kişisel veri işlenirken yapılan orantılılık değerlendirmesinde, ölçülebilir zarar tespitinin yarışan hak ve menfaatlerle dengelenmesi gerekir. Veri işleyen kişinin veriyi işlemekteki menfaati verisi işlenen kişinin ihlal edilen menfaa-tinden üstün veya en azından bu menfaate eşitse ve verisi işlenen kişinin ölçülebilir bir zararı da söz konusu değilse, ortada hukuka uygun bir veri işleme fiilinin olduğu kabul edilmelidir. Hemen ifade edelim ki kanun koyucu özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi şartları arasında meşru menfaati saymamaktadır. Dolayısıyla özel nitelikli kişisel verilerin temsil ettiği hukuki değer ve menfaatlerin önemi dolayısıyla meşru menfaat kapsamında işlenmesi hukuka uygun olmayacaktır.

Veri sorumlusunun meşru menfaati, gerçekleştirilecek işleme sonucunda elde edeceği faydaya yöneliktir. Veri sorumlusunun elde edeceği fayda; meşru, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüğü ile yarışabilecek düzeyde etkin, belirli ve halihazırda mevcut bir menfaatine ilişkin olmalıdır. Bu da veri sorumlusunun menfaati ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında makul bir denge sağ-lanmasını gerektirmektedir.^{106,107} Yapılan denge testinde veri sorumlusunun meşru

¹⁰⁶ Anayasa Mahkemesi, 28.09.2017 tarihli ve E.2016/125, K.2017/143 numaralı kararında meşru menfaatin tespiti için denge testi işletmiş, böylelikle meşru menfaatin tespiti için ele alınması gereken ölçütleri de "ölçülülük" ilkesi çerçevesinde belirlemiştir. (<https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

¹⁰⁷ Bkz., Meşru menfaatin tespitinde Kişisel Verileri Koruma Kurumu tarafından yayımlanan "Veri sorumlusunun kanuni yükümlülüğü ve meşru menfaati çerçevesinde kişisel veri işlemesine iliş-kin" 25/03/2019 tarihli ve 2019/78 sayılı karar, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024) Ayrıca bkz., Mesut Serdar Çekin, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi, İÜHFM, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016, s. 636.

menfaati çok güçlü ve etkin olmadığı takdirde, ilgili kişinin hak ve menfaatleri, veri sorumlusunun meşru ancak daha az öneme sahip menfaatinden daha üstün gelebilecektir. Bu gibi bir durumda kişisel verinin meşru menfaate dayalı işlenmesi hukuka uygun olmayacaktır.¹⁰⁸

(iii) Zorunluluk

Veri sorumlusunun kişisel verinin işlenmesiyle elde edeceği meşru amacın gerçekleştirilebilmesi için kişisel verinin işlenmesinin zorunlu olması şarttır. O veri işlenilmeksizin kişisel verinin işlenmesinden beklenen amaca ulaşılamayacaksa kişisel veriyi işlemenin zorunlu olduğu kabul edilebilir. Veri sorumlusu dışındaki kişilerin menfaati bu hukuka uygunluk nedenine vücut vermez. Genel hükümler saklıdır.

XV. VERİLERİ YOK ETMEME SUÇU

TCK'nın 138. maddesi uyarınca; “kanunların belirlediği sürelerin geçmiş olmasına karşın verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü olanlara görevlerini yerine getirmediklerinde bir yıldan iki yıla kadar hapis cezası verilir. Suçun konusunun Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken veri olması hâlinde verilecek ceza bir kat artırılır”.

Suçta fiil, yok edilmesi gereken verinin yok edilmemesidir. Yok etmek verinin geri döndürülemez şekilde silinmesidir. KVKK uyarınca kişisel verilerin yok edilmesi, kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir.¹⁰⁹

KVKK'nın 7. maddesi hükmüne aykırı olarak; kişisel verileri silmeyen veya anonim hâle getirmeyenler de Kanununun 17/2. maddesinin TCK'nın 138. maddesine yaptığı yollama gereği bu suçun cezasıyla cezalandırılırlar.

Kişisel verilerin silinmesi, kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemidir.¹¹⁰

Kişisel verilerin anonim hale getirilmesi, kişisel verilerin başka verilerle eşleştirilse dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hale getirilmesidir.¹¹¹ Kişisel verilerin anonim hale getirilmesi için; kişisel verilerin, veri sorumlusu, alıcı veya alıcı grupları tarafından geri döndürme ve verilerin başka verilerle eşleştirilmesi gibi kayıt ortamı ve ilgili fa-

¹⁰⁸ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, Kişisel Verilerin İşlenmesi Şartları, s. 14, 15, <https://www.kvkk.gov.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

¹⁰⁹ Yönetmelik m.9/1.

¹¹⁰ Yönetmelik m.8/1.

¹¹¹ KVKK m.3-1,b.

aliyet alanı açısından uygun tekniklerin kullanılması yoluyla dahi kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemez hale getirilmesi gerekir.¹¹²

Veri sorumlusu, kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hale getirilmesiyle ilgili gerekli her türlü teknik ve idari tedbirleri almakla yükümlüdür.¹¹³

Kural olarak veri sorumlularının Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi (VERBİS)'ne kayıt yükümlülükleri vardır.¹¹⁴ Kişisel verilerin mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan azami muhafaza edilme süreleri de kayıt yükümlülüğü kapsamında iletilecek bilgiler arasındadır.

Veri sorumluları, kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami sürenin belirlenmesi, bu sürelerin kişisel veri işleme envanterinde belirtilen bilgilerle uyumu ve azami sürenin aşılp aşılmadığının takibi için kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlayarak, bu politikanın uygulanmasını temin etmelidir. Kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlayan veri sorumlusu, kişisel verileri silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülüğünün ortaya çıktığı tarihi takip eden ilk periyodik imha işleminde, kişisel verileri siler, yok eder veya ano-

¹¹² Yönetmelik m.10/2.

¹¹³ Yönetmelik m.8/2, 9/2, 10/3.

¹¹⁴ Kişisel veri işleyen gerçek ve tüzel kişi veri sorumluları, kişisel veri işlemeye başlamadan önce Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi (VERBİS)'ne kayıt yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Türkiye'de ya da yabancı ülkede yerleşik gerçek veya tüzel kişilerin Türkiye'de kişisel veri işlemleri durumunda sicile kayıt yükümlülükleri vardır. Aksi halde kişisel veri hukuka aykırı olarak kaydedilmiş ve işlenmiş olacaktır. Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından kayıt yükümlülüğüne istisna getirilen haller ise şu şekilde sıralanabilir:

- a) Herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla yalnızca otomatik olmayan yollarla kişisel veri işleyenler,
- b) 18/01/1972 tarihli ve 1512 sayılı Noterlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren noterler,
- c) 04/11/2004 tarihli ve 5253 sayılı Dernekler Kanununa göre kurulmuş derneklerden, 20/02/2008 tarihli ve 5737 sayılı Vakıflar Kanununa göre kurulmuş vakıflardan ve 18/10/2012 tarihli 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanununa göre kurulmuş sendikalardan yalnızca ilgili mevzuat ve amaçlarına uygun, faaliyet alanlarıyla sınırlı ve sadece kendi çalışanlarına, üyelerine, mensuplarına ve bağıışçalarına yönelik kişisel veri işleyenler (Yalnızca ilgili mevzuat ve amaçlarına uygun, faaliyet alanlarıyla sınırlı olmak üzere kişisel veri işleyen Türkiye'de yerleşik dernek, vakıf ve sendikalardan kendisine bağılı herhangi bir iktisadi işletmesi bulunanların Sicile kayıt olmaları ve Sicile kayıtları esnasında yalnızca iktisadi işletmelerin faaliyetlerine ilişkin bilgi girişı yapmaları gerekir),
- d) 22/04/1983 tarihli ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununa göre kurulmuş siyasi partiler,
- e) 19/3/1969 tarihli ve 1136 sayılı Avukatlık Kanunu uyarınca faaliyet gösteren avukatlar,
- f) 1/6/1989 tarihli ve 3568 sayılı Serbest Muhasebeci Mali Müşavirlik ve Yeminli Mali Müşavirlik Kanunu uyarınca faaliyet gösteren Serbest Muhasebeci Mali Müşavirler ve Yeminli Mali Müşavirler,
- g) Arabulucular,
- h) Yıllık çalışan sayısı 50'den az ve yıllık mali bilanço toplamı 100 milyon TL'den az olan gerçek veya tüzel kişi veri sorumlularından ana faaliyet konusu özel nitelikli kişisel veri işleme olmayanlar. (Bkz., 2018/32, 2018/68, 2018/75, 2018/87 ve 2023/1154 sayılı Kurul Kararları <https://www.kvkk.gov.tr/>, erişim tarihi: 20.04.2024).

nim hale getirir. Periyodik imhanın gerçekleştirileceği zaman aralığı, veri sorumlusu tarafından kişisel veri saklama ve imha politikasında belirlenir. Bu süre her halde altı ayı geçemez. Ancak kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlama yükümlülüğü altında bulunmayan veri sorumlularının da kişisel verileri saklama, silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülükleri devam eder. Kişisel veri saklama ve imha politikası hazırlama yükümlülüğü olmayan veri sorumlusu, kişisel verileri silme, yok etme veya anonim hale getirme yükümlülüğünün ortaya çıktığı tarihi takip eden üç ay içinde, kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir. Kurul, telafisi güç veya imkânsız zararların doğması ve açıkça hukuka aykırılık halinde, bu süreleri kısaltabilir.¹¹⁵

Veri sorumlusu, Kurul tarafından aksine bir karar alınmadıkça, kişisel verileri resen silme, yok etme veya anonim hale getirme yöntemlerinden uygun olanını seçer. İlgili kişinin talebi halinde uygun yöntemi gerekçesini açıklayarak seçer.¹¹⁶ Kanunlarda açıkça verinin yok edilmesinin emredildiği hükümler saklıdır.¹¹⁷

Kişisel veriler işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmışsa, ilgili kişinin talep etmesi durumunda da silinmeli veya yok edilmelidir. İlgili kişi, KVKK'nın 11. ve 13. maddelerine istinaden veri sorumlusuna başvurarak kendisine ait kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep ettiğinde,¹¹⁸

- a) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmışsa; veri sorumlusu talebe konu kişisel verileri siler, yok eder veya anonim hale getirir. Veri sorumlusu, ilgili kişinin talebini en geç otuz gün içinde sonuçlandırır ve ilgili kişiye bilgi verir.
- b) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmış ve talebe konu olan kişisel veriler üçüncü kişilere aktarılmışsa veri sorumlusu bu durumu üçüncü kişiye bildirir; üçüncü kişi nezdinde gerekli işlemlerin yapılmasını temin eder.
- c) Kişisel verileri işleme şartlarının tamamı ortadan kalkmamışsa, bu talep veri sorumlusunca KVKK'nın 13/3. fıkrası uyarınca gerekçesi açıklanarak reddedilebilir ve ret cevabı ilgili kişiye en geç otuz gün içinde yazılı olarak ya da elektronik ortamda bildirilir.

¹¹⁵ Yönetmelik m.5.

¹¹⁶ Yönetmelik m.7/5.

¹¹⁷ Bkz., ör. CMK m.80/2, 81/2, 134/1, 135/3,6, 139/6, 140/2,4. Bu kapsamda CMK'da kimi zaman imha etme, kimi zamansa yok etme terimlerinin kullanıldığı görülmektedir. Kanaatimizce imha etmek bir yok etme yöntemidir. Dolayısıyla imha edilen veri yok edilmiş olacaktır. Ancak KVKK kapsamında "imha"nın kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesini (Yönetmelik, 4/1-c) kapsayan bir üst kavram olarak ele alınması karşısında, CMK'da ifade olunan "imha"nın ne anlama geldiğinin bir tanım hükmüyle belirli kılınması yerinde olacaktır.

¹¹⁸ Yönetmelik m.12.

Suç, tehlike suçudur, zarar aranmaz. Yükümlülüğün yerine getirilmemesi şeklinde somutlaşan ihmal hareketiyle işlenir. Suça teşebbüs olmaz.¹¹⁹

Mağdurun rızası fiili hukuka uygun kılmaz.¹²⁰ Zira Kanunda kişi hak ve hürriyetlerini sınırlandıran bir işlemin hangi şartlar altında gerçekleştirileceği öngörülmüşse, kural olarak rıza, kanun açıkça geçerlilik tanımadıkça o işlemde bir hukuka uygunluk nedeni olmaz.

Suç kasten işlenir, fiilde hata mümkündür. Hukuki hata kaçınılmaz olmadıkça mazeret sayılmaz.¹²¹

Verileri yok etmeme suçunun konusunun CMK hükümlerine göre ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken bir veri olması suçun nitelikli halidir. Ortadan kaldırılması veya yok edilmesi gereken bu verilere CMK'da düzenlenen; "Telekomünikasyon yoluyla yapılan iletişimin denetlenmesi" (m.135/3,6, 137/3), "Gizli soruşturmacı görevlendirilmesi" (m.139/6), "Teknik araçlarla izleme" (m.140/4), "Fizik kimliğin tespiti" (m.81/2) ve "Genetik incelemeler" (m.80/2) örnek olarak verilebilir.¹²²

XVI. SUÇLARIN İŞLENİŞ BİÇİMLERİ

Suçların işleniş biçimleri, Türk ceza hukukunda suça teşebbüs, suça iştirak ve suçların içtimaı olarak üç temel başlık altında incelenebilir. Suçların içtimaı ise TCK'da bileşik suç, zincirleme suç ve fikri içtima başlıkları altında düzenlemeye kavuşturulmuştur.

Kişisel verilere karşı işlenen suçlar salt hareket suçu olmaları nedeniyle kural olarak bu suçlara teşebbüs mümkün değildir. Ancak hareketin parçalara bölünebildiği istisnai hallerde kişisel verilerin kaydedilmesi suçu ile verileri hukuka aykırı olarak verme ve ele geçirme suçlarına teşebbüs mümkün olabilir.¹²³ Buna karşın verileri yok etmeme suçu yalnızca ihmal hareketle işlenebilen bir salt hareket suçu olduğu için ya kişisel verileri yok etmek için gereken süre geçmiştir ve veriler yok edilmemiştir ya da henüz suç oluşmamıştır. Dolayısıyla bu suçta teşebbüs mümkün değildir.¹²⁴

¹¹⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 603; Yokuş Sevük, s. 260.

¹²⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 596, 601, 605; Dülger, s. 598; Korkmaz, s. 501. Bkz. aksi yönde, Yokuş Sevük, s. 260; Koca/Üzülmez, s. 651; Osman Yaşar/Hasan Tahsin Gökcan/Mustafa Aruç, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II Madde 86-146, Ankara 2010, s. 4136.

¹²¹ Hafizoğulları/Özen, s. 293.

¹²² Bkz., Yargıtay 17. CD, E. 2015/22839, K. 2017/2999, T. 14.03.2017, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024. Ayrıca bkz. İHAM, S. ve Marper v. Birleşik Krallık (Başvuru no: 30562/04 ve 30566/04); Gardel v. Fransa (Başvuru no: 16428/05); P.N. v. Almanya (Başvuru no: 74440/17), <http://hudoc.echr.coe.int>, erişim tarihi: 13.04.2024.

¹²³ Koca/Üzülmez, s. 626, 638.

¹²⁴ Koca/Üzülmez, s. 652.

KVKK kapsamına giren hallerde, kişisel verilere karşı işlenen suçlar bakımından suça iştirak mümkündür. Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi, verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme ve verileri yok etmeme suçları açısından ihlal edilen kanun maddesine göre veriyi işleme/yok etme yetkisini ya da sorumluluğunu haiz olan gerçek kişiler kural olarak asli fail olarak sorumlu olabilirken, diğer suç ortakları azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilir.¹²⁵

Ancak kişisel verilerin kaydedilmesi ve verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçları bakımından bu sonuç suçun işleniş şekline, doğasından kaynaklanan fiili bir durum olup (görünüşte özgü suç), KVKK kapsamında işlenen suçları hukuken özgü fail tarafından işlenebilen özgü suçlardan yapılmaktadır. Zira KVKK 17/1. maddesinde suçlara ilişkin olarak TCK'nın 135-140. maddelerinin uygulanacağını ifade etmektedir ve ilgili suç tipleri yapısına uygun düştüğü ölçüde KVKK kapsamında olmayan kişisel veri ihlallerini de cezalandırıcı için özgü suç özelliği göstermemektedirler.

Buna karşın verileri yok etmeme suçu ancak verileri sistem içinde yok etmekle yükümlü kişi tarafından işlenebildiğinden özgü suç özelliği gösterir ve özgü fail dışındaki suç ortakları suça azmettiren ya da yardım eden olarak sorumlu tutulabilirler.¹²⁶ Aynı sebepten hareketle KVKK'nın 17/2. fıkrasında ifade olunan suç, TCK'nın 138. maddesi kapsamına girmeyen "silmeme" veya "anonim hale getirmeme" fiillerini suç olarak düzenlediğinden söz konusu suçun ancak veriyi silme veya anonim hale getirme yükümlülüğünü haiz kişi tarafından işlenebilen bir özgü suç olduğunu kabul etmek gerekir. Bu suça iştirak edenler azmettiren ya da yardım eden olabilirlerse de asli fail olarak sorumlu tutulamazlar.

Diğer taraftan suçun kamu görevlisi tarafından ya da belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlenmesinin suçun nitelikli hali olarak kabul edildiği kişisel verilerin kaydedilmesi ya da verilmesi, yayılması, ele geçirilmesi fiillerinin varlığında bu nitelikli hal söz konusu nitelikleri haiz olmayan diğer suç ortaklarına uygulanmayacaktır.¹²⁷

KVKK m.17/1, kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nın 135-140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağını amirdir. Adı geçen fıkra uyarınca gerçekleşen kişisel veri ihlallerinde yapısına uygun düştüğü ölçüde değerlendirilebilecek normlar TCK'nın ilgili normlarından biri olduğundan KVKK'nın 17/1. maddesi ile TCK'nın 135-140. maddeleri arasında bir özel norm-genel norm iliş-

¹²⁵ Bkz., bu suçlarda faille ilişkin ayrıntılı bilgi için, yukarıda, "Kişisel Verilere Karşı İşlenen Suçlarda Fail, Mağdur, Maddi Konu ve Hukuki Konu".

¹²⁶ Hafizoğulları/Özen, s. 292.

¹²⁷ Koca/Üzülmez, s. 626.

kisi bulunmamaktadır. Böyle bir durumda ihlal tek olduğundan KVKK ile TCK arasında cezası ağır olan suçtan cezalandırılmayı gerektirecek ve birden fazla kanun hükmünün ihlaline vücut verecek nitelikte bir fikri içtima ilişkisinin doğması da söz konusu değildir.

Öte yandan KVKK'nın 17/2. fıkrasının hukuki niteliği itibariyle yaptığı yollama gereği müeyyidesi TCK'nın 138. maddesinde belirli kılınmış bir eksik ceza normu olarak kabul edilmesi gerekir. Zira TCK, 138. maddesinde sadece kanunların belirlediği süreler geçmiş olmasına rağmen verileri yok etmemeyi suç olarak düzenlemektedir ki KVKK'nın 17/1. fıkrasının yaptığı yollama gereği yok etmesi gereken veriyi yok etmeyenler bakımından TCK'nın 138. maddesini uygulamak her zaman mümkündür. Ancak KVKK'nın 17/2. fıkrası kişisel veriyi yok etmeyenlerin değil, kişisel veriyi silmesi ya da anonim hale getirmesi gerekirken bunu yapmayanların TCK'nın 138. maddesiyle cezalandırılacağını hükme bağlayarak kişisel verilere karşı gerçekleştirilen söz konusu ihlalleri de suç olarak düzenlemiştir. Bu halde suçların içtimaı söz konusu olmayıp cezası TCK'nın 138. maddesinde belirli kılınmış ayrı bir suç tipinin olduğunu kabul etmek gerekir. Failin, tek fiiliyle hem KVKK'nın 17/2. fıkrasını hem de TCK'nın 138. maddesini ihlal etmesi söz konusu değildir.

KVKK'nın söz konusu Kanun kapsamında işlenen kişisel veri ihlallerine yönelik suçlar bakımından TCK'nın 135-140. maddeleri ile sınırlı olarak yaptığı atıf gereği KVKK kapsamında işlenen suçlarla TCK'nın diğer hükümleri arasında fikri içtima ilişkisinin olması da kural olarak mümkün değildir. Böyle bir durumda suçun faili ihlal edilen kanun maddesine göre sadece TCK'nın 135-140. madde hükümlerine göre sorumlu tutulabilir.

Kişisel verilere karşı işlenen suçlarda ihlal edilen hukuki konunun aynı olduğu ve her bir suçun kişisel verilere yönelik ihlale yol açan farklı fiilleri cezalandırdığı göz önünde bulundurulduğunda, bu suçlarda tek fiille TCK'nın 135-140. maddeleri arasındaki birden fazla farklı suçun oluşması mümkün değildir. Dolayısıyla bu maddeler arasında fikri içtima hükümleri uygulanmayacak, fail, işlediği birden fazla suç fiilin söz konusu olduğu durumlarda, bu suçlardan ayrı ayrı cezalandırılacaktır.¹²⁸

KVKK kapsamında olmayan kişisel veri ihlallerine ilişkin fikri içtima hükümleri saklıdır.¹²⁹

Diğer yandan Yargıtay, yerleşik uygulamalarında kişinin özel hayatına ilişkin görüntüsü ya da sesinin, yasal anlamda, TCK'nın 135/1 ve aynı Kanunun 136/1.

¹²⁸ Koca/Üzülmez, s. 639.

¹²⁹ Yokuş Sevük, s. 257; Koca /Üzülmez, s. 638 vd.

madde ve fıkraları kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği, bu hal-lerde sorumluluğun TCK'nın 134. maddesi uyarınca doğacağı kanaatindedir.¹³⁰ Hem TCK'nın 134. maddesinde düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçunda hem de aynı Kanunun 135. maddesinde düzenlenen kişiler verilerin kaydedilmesi suçunda suçla ihlal edilen, cezayla korunan hukuki değer veya menfaat özel hayat alanı olmakla birlikte kişisel verilere karşı suçlarda öne çıkan özellik, özel hayata saygı hakkı kapsamında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkıdır. O halde eğer görüntü veya sesten müteşekkil bu kişisel veri özel hayatın gizli alanına dahilse bu verinin kaydedilmesi özel hayatın gizliliğini ihlal suçuna vücut verirken ihlal edilen veri özel hayatın gizli alanına dahil değilse ya da içerik itibarıyla özel hayatın gizli alanına dahil olan bu veri görüntü ya da ses değil de bu görüntü veya sesin temsil ettiği verileştirilmiş bir değerse kayıt işlemi kişisel verinin kaydedilmesi suçuna vücut verecektir. Dolayısıyla özel hayatın gizliliğinin görüntü veya seslerin kayda alınması suretiyle işlenmesi halinde özel hayatın gizliliğini ihlal suçuyla kişisel verilerin kaydedilmesi suçu arasında bir genel norm-özel norm ilişkisinin doğduğunu ve özel normun öncelikle uygulanması gerektiğini kabul etmek gerekir.¹³¹ Özel hayatın gizli alanı söz konusu olduğunda özel hayatın gizliliğini ihlal suçu, kişisel verilerin kaydedilmesi suçuna nazaran korunan gizli hayat alanının genel olarak kişisel verilere yönelik değer ve menfaatlere kıyasla üstün nitelikli değer olması nedeniyle uygulanması gereken özel norm olarak ön plana çıkarken, kayda konu ihlalin kişisel veri niteliğinin öne çıktığı durumlarda bu kez kişisel verilerin kaydedilmesi suçu oluşacaktır. Örneğin, cinsel hayata ilişkin bir görüntünün ya da sesin veri işleyen fail tarafından kaydedilmesi, KVKK kapsamında hukuka aykırı işlenen bir kişisel veri olarak değil, özel hayatın gizliliğini ihlal suçu kapsamında kabul edilirken, mağdurun, cinsel yaşamına, örneğin cinsel tercihlerine ilişkin bir bilginin, yazılı olarak hukuka aykırı bir şekilde bilgisayara kaydedilmesi kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun nitelikli hali olacaktır. Öte yandan belirtmek gerekir ki KVKK'nın 17/1. maddesinin kişisel verilere ilişkin suçlar bakımından TCK'nın 135-140. maddeleri hükümlerinin uygulanacağı amir hükmü gereği KVKK kapsamına giren ihlaller bakımından kural olarak özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu söz konusu olmaz. Zira KVKK kapsamında veriyi işleyen kimsenin özel hayatının gizli alanına yönelik ses ve görüntü kaydetmesi kendisine kanunen tanınan bir yetki olmadığından bu verilerin hukuka aykırı olarak kaydı KVKK kapsamında bir hukuka aykırı kişisel veri işleme faaliyeti olarak kabul edilemez. Böyle bir durumda KVKK'nın 17. maddesi değil, TCK'nın 134. maddesi uygulama alanı bulacaktır.

¹³⁰ Yargıtay 12. CD, E. 2019/10278, K. 2022/8677, T. 16.11.2022. Ayrıca bkz., Yargıtay 12. CD, E. 2022/4512, K. 2022/6716, T. 12.10.2022; E. 2020/11958, K. 2022/5680, T. 14.9.2022, <https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024.

¹³¹ Bkz. aynı yönde Koca/Üzülmez, s. 628.

Veriyi hukuka aykırı olarak işleyen kamu görevlisi olduğu ya da belirli bir meslek ve sanatın sağladığı kolaylıktan yararlanmak suretiyle işlediği haller suçun nitelikli halini teşkil etmekte olup nitelikli halin görevi kötüye kullanma suçuna vücut verdiği durumlarda (TCK m.257/1) ihlal edilen kanun maddesine göre sadece TCK'nın 135-137. maddelerinden sorumluluk doğar. Bu durumda görevi kötüye kullanma suçunun kişisel verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun ağırlaştırıcı nedeni olduğu, dolayısıyla da dar anlamda bileşik suç ilişkisinin söz konusu olduğu söylenebilir. Öte yandan zaten özgü suç olması dolayısıyla yok etmesi, anonimleştirilmesi veya silmesi gereken veriyi öngörülen süre geçmiş olmasına rağmen yok etmeyen, silmeyen, anonimleştirmeyen failin kamu görevlisi olması verileri yok etmeme suçunun unsuru ya da nitelikli hali olarak düzenlenmemiştir. Ancak failin bu suçta görevinin gereklerini yapmaktan ihmal veya gecikme gösteren bir kamu görevlisi olması halinde görüntüde içtima ilişkisi içinde bir görüşe göre asli-tali (yardımcı) norm kapsamında,¹³² kanaatimize göre ise muhtemel bileşik suç (geniş anlamda bileşik suç)^{133,134} kapsamında karma suç söz konusu olabilir. Zira kamu görevlisinin görevini ihmal etmeden hukuka aykırı olarak kişisel veriyi silmemesi, yok etmemesi ya da anonimleştirmemesi mümkün değildir. Bu halde kanunun suç teşkil eden özel hükümlerinden kaynaklanan bir unsur ya da ağırlaştırıcı neden ilişkisi söz konusu olmamakla birlikte somut olayın içkin özelliği gereği zorunlu olarak aynı olaya uygulanabilir olan normlardan biri çifte değerlendirme yasağının sonucu olarak diğer normun fiil unsuru içinde erimekte, absorbe edilmekte ve faile yalnızca tüketen normdan ötürü ceza verilmektedir.¹³⁵ Bu halde büyük suçun küçük suçu içerdiği de söylenebilir.¹³⁶

¹³² Kayhan İçel, "Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu", İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Y. 2008, s. 46.

¹³³ Ferrando Mantovani, *Diritto Penale*, Padova 1979, p. 430, 431.

¹³⁴ Kanaatimizce söz konusu kabul esasını TCK'nın "bileşik suçu" düzenleyen 42. maddesinde bulmaktadır. Zira bizce söz konusu düzenleme hem dar anlamda hem de geniş anlamda bileşik suça işaret etmektedir. TCK'nın özel hükümlerinde örneklerine rastladığımız (ör. TCK m.148) bileşik suçlar dar anlamda bileşik suça işaret etmekte olup söz konusu düzenlemeler halihazırda mevcut olduğundan tamamlayıcı ve bağımlı bir ceza normu (bkz., Hafızoğulları, *Ceza Normu*, s. 278) normu olan TCK'nın 42. maddesine tam ceza normu niteliğindeki bu suçlar bakımından ihtiyaç bulunmamaktadır. Ancak kanunun özel hükümlerinde bu yönde bir açık düzenleme olmamakla birlikte oluş biçimine göre işlenen suçun içkin özelliği, doğası gereği filen bir başka suç işlenmeksizin diğer suçun işlenmesinin mümkün olmadığı, bir başka deyişle somut olayın özelliği gereği bir başka suçun zorunlu olarak diğer suçun unsuru ya da ağırlaştırıcı nedeni olduğu durumlarda TCK'nın 42. maddesini somut olaya uygulayarak faili muhtemel bileşik suç hükümlerine göre tek suçtan sorumlu tutmak mümkündür kanaatindeyiz. Nitelikli cinsel saldırının gerçekleştirildiği esnada aynı zamanda failin doğası gereği kişinin hürriyetinden yoksun kılıyor olması sebebiyle kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunun cinsel saldırı suçunun fiil unsurunu teşkil ederek içinde erimesi bu duruma örnek gösterilebilir. (Bkz., Cass. pen., Sez. III, sentenza del 13 ottobre 2020 (dep. 6 novembre 2020), n. 30931, Pres. Ramacci, est. Corbetta, ric. Giannieri, <https://www.sistemapenale.it/>, erişim tarihi: 18.04.2024).

¹³⁵ Özel normun önceliği ilkesinin geçerli olacağına yönelik farklı görüş için bkz., Koca/Üzülmez, s. 626.

¹³⁶ Mantovani, p. 432.

Öte yandan o somut olay bakımından bir başka suçun işlenmesinin diğer suçun işlenmesinde zorunluluk arz etmediği hallerde karma suçun söz konusu olmayacağı ve failin işlediği fiil sayısınca suçtan ötürü sorumlu tutulacağı kabul edilebilir. Kişisel veriyi çevrimiçi bir sistem üzerinden verirken ya da yayarken sistem o veriyi aynı zamanda kaydediyorsa, bir başka deyişle kaydetmeksizin o somut olayın özellikleri dahilinde veriyi vermek ya da yaymak mümkün kabul edilemeyecekse karma suçun söz konusu olup olmadığı tartışılabilir. Ancak kural olarak kaydetmeden vermek ya da yaymak mümkün olduğundan kanaatimizce bu halde fiil sayısınca suç vardır. Kaydetmek ve vermek/yaymak fiillerini iki ayrı fiil olarak kabul ettiğimizden fail hem kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan hem de verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçundan ötürü ayrı ayrı sorumlu tutulacaktır.¹³⁷

Suçların zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür. Fail, bir suç işleme kararını icrası kapsamında değişik zamanlarda aynı kişinin kişisel verilerini birden fazla defa hukuka aykırı olarak kaydederse (TCK m.135) ya da hukuka aykırı olarak verir veya ele geçirirse (TCK m.136) ya da farklı zamanlara yok etmesi, silmesi veya anonimleştirilmesi gereken o kişiye ait birden fazla veriyi bir suç işleme kararını icrası kapsamında silmez, anonimleştirmez ya da yok etmezse (TCK m.138) ihlal edilen kanun maddesine göre bir cezaya hükmedilir. Ancak bu ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır. Öte yandan söz konusu suçlarda aynı suçun birden fazla kişiye karşı tek bir fiille işlenmesi de mümkün olabilir. Bu halde de zincirleme suç hükümleri uygulanacaktır.¹³⁸ Tek fiille aynı kişiye ait çok sayıda veri işlenmişse ya da aynı kişiye ait çok sayıda yok edilmesi, silinmesi, anonimleştirilmesi gereken kişisel veri üzerinde söz konusu işlemler yapılmamışsa, amaçta ve zamanda birlik olduğundan hareket tek sayılır ve tek fiille aynı kişiye karşı gerçekleştirilmiş olan böyle bir suçta zincirleme suç hükümleri uygulanmaz.¹³⁹

¹³⁷ Bkz., bu halde fikri içtimanın düşünülmesi gerektiği yönünde farklı görüş için; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 596.

¹³⁸ Yargıtay 12 CD, E. 2019/11353, K. 2022/4962, T. 23.6.2022 sayılı kararında; "Sanık İlhan'ın, mağdur Büşra ile adı geçen mağdurun nişanlısı olan diğer mağdur Y.'a ait kişisel veri niteliğindeki cep telefonu numaralarını, kullanıcı olduğu cinsel içerikli sahte Facebook hesabında, mağdurların rızasına aykırı şekilde yayımlaması biçiminde sübut bulan eyleminin, TCK'nın 43/2. madde ve fıkrası kapsamında zincirleme şekilde verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturduğuna ilişkin yerel mahkemenin kabulünde dosya kapsamına göre bir isabetsizlik görülmemiştir" kanaatine varmıştır. Bizce, burada tek fiil değil, farklı kişilere ait yayımlanan cep telefonu numarası sayısınca fiil olduğundan zincirleme suç hükümleri uygulanmamalı, mağdur sayısınca suç olduğu kabul edilmelidir. (<https://lib.kazanci.com.tr>, erişim tarihi: 20.04.2024).

¹³⁹ Koca/Üzülmez, s. 627, 639, 653.

SONUÇ

Kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü veri kişisel veridir. Kişilerin ırkı, etnik kökeni, siyasi düşüncesi, felsefi inancı, dini, mezhebi veya diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek, vakıf ya da sendika üyeliği, sağlığı, cinsel hayatı, ceza mahkûmiyeti ve güvenlik tedbirleriyle ilgili verileri ile biyometrik ve genetik verileri ise KVKK kapsamında özel nitelikli kişisel veriler olarak sınıflandırılmaktadır. Bu noktada KVKK ile suçun nitelikli hallerini düzenleyen TCK'nın 135/2. fıkrası arasındaki uyumsuzluğun giderilerek KVKK kapsamındaki her tür özel nitelikli kişisel verinin hukuka aykırı işlenmesi halinin kişisel verilere karşı işlenen suçlarda bir nitelikli hal olarak düzenlenmesi gerekmektedir.

KVKK kapsamına giren hallerde kişisel verilerin işlenmesi, adı geçen kanunda düzenlenen özel şartların varlığına bağlı kılınmıştır. Söz konusu şartların varlığında veriyi işlemek hukuka uygun kabul edilecek, aksi halde somut olaya göre TCK'nın "kişisel verilerin kaydedilmesi" ya da "verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme" suçları oluşacaktır. Ancak TCK, hukuka aykırı olan her tür veri işleme halini değil, kişisel verilerin hukuka aykırı kaydedilmesi, verilmesi, yayılması ya da ele geçirilmesi şeklide sübut bulan işleme hallerini cezalandırmaktadır. Kanunilik ve son çare ilkeleri birlikte değerlendirildiğinde bunun yanlış bir tercih olmadığını, halihazırda KVKK'nın 18/1, b maddesinin aynı Kanunun 12/4. maddesine yaptığı atıf gereği suç olmayan bazı hukuka aykırı veri işleme hallerinin "veri sorumluları ile veri işleyen kişiler, öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklayamaz ve işleme amacı dışında kullanamaz" hükmü kapsamında kabahat olarak idari para cezası ile müeyyidelendirilebileceğini düşünmekteyiz. Bu kapsama dahi girmeyen istisnai hallerde ise hukuka aykırı fiilleri suç ya da kabahat olarak değerlendirmek ceza siyasetinin gerekleri de dikkate alınarak kanun koyucunun takdirinde olacaktır.

Kişisel verilerin işlenmesinin KVKK kapsamında hukuka uygun kabul edilebilmesi, kişisel verinin niteliğine göre verinin işlenmesi faaliyetinin kanunla muayyen şartları taşımasına bağlıdır.

Kişisel verilerin işlenmesine ilişkin bu şartlar; "ilgilinin açık rızası", "kanunlarda açıkça öngörülmesi", "fiili imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik tanınmayan kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için zorunlu olması", "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 ol-

ması”, “ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması”, “bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması” ve “ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşuru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” şeklinde sıralanabilir. Söz konusu hukuka uygunluk nedenlerinin kapsam ve sınırlarını belirlemek noktasında, ilgili bentler kapsamında herhangi bir açıklamaya yer verilmemesi nedeniyle güçlüklerle karşılaşabilmektedir. Zaman içinde hukukun genel ilkelerine bağlı kalınarak yapılacak yorumlarla uygulamanın somutlaşacağı ve uluslararası düzenlemeler ile veri güvenliğinin geldiği nokta da dikkate alınarak mevzuattaki gerekli değişikliklerin yapılacağı düşüncesindeyiz.

KVKK uyarınca ilgili diğer kanun hükümlerine uygun işlenmiş olmasına rağmen işlenmesini gerektiren sebeplerin ortadan kalkmasıyla silinmesi, yok edilmesi veya anonim hale getirilmesi gereken verilerin, yasal süresi geçmesine karşın silinmemesi, yok edilmemesi ya da anonim hale getirilmemesi TCK'nın 138. maddesindeki “verileri yok etmeme” suçuna vücut verebilecektir. Öte yandan zaten hukuka aykırı işlenmiş bir kişisel verinin söz konusu olduğu durumlarda, işleme faaliyetine ilişkin hukuka aykırılığın, cezai, idari ve hukuki sorumluluk halleri saklı kalmak kaydıyla mevzuata uygun bir şekilde giderilmesi, bunun mümkün olmadığı hallerde ise kişisel verinin işlenmesi şartları ortadan kalktığından derhal yok edilerek hukuka aykırılığın devamının önüne geçilmesi gerekmektedir. Kanun koyucu KVKK uyarınca veri sorumlusuna hukuka uygun olarak işlenen kişisel verilerin işlenme şartlarının tamamının ortadan kalkması halinde, silinmesi, yok edilmesi veya anonim hâle getirilmesi yöntemlerinden uygun olanı seçmek imkanını tanıdığından hukuka aykırı olarak işlenen bir verinin silinmesi ya da anonim hale getirilmesi mümkün olmayıp TCK'nın 138. maddesi gereği doğrudan yok edilmesi gereklidir.

Kural olarak veri sorumlularının Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi (VERBİS)'ne kayıt yükümlülükleri vardır. Kişisel verilerin mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan azami muhafaza edilme süreleri de kayıt yükümlülüğü kapsamında iletilecek bilgiler arasındadır. Kişisel veriler kanunda aksine bir açık düzenleme olmadıkça, ilgili kişinin talep etmesi durumunda da silinmeli veya yok edilmelidir.

Verileri yok etmeme, TCK'nın 138. maddesi kapsamında suç kabul edilirken, verileri şartları olduğu halde silmemek veya anonim hale getirmemek, KVKK'nın 17/2. maddesinin TCK'nın 138. maddesine yaptığı atıf gereği suç kabul edilmekte ve bir eksik ceza normu olarak verileri yok etmeme suçunun cezasıyla cezalandırılmaktadır.

Kişisel veriler, her geçen gün teknolojik ilerlemelerle biraz daha küçülen ve küçüldükçe gelişen dünyada gittikçe korunması daha da güç olan ve korunma ihtiyacı da bununla doğru orantılı artan veriler olarak ortaya çıkmaktadırlar. Söz konusu verilerin kişinin şahsına sıkı sıkıya bağlı olması önemlerini daha da artırmakta ve tüm dünyada artan yasal düzenlemelere konu etmektedir. Ülkemizde de başta Genel Veri Koruma Tüzüğü'ne hâkim ilkeler olmak üzere çağdaş düzenlemelere uygun yasal değişiklikler yapılmaya devam edilmekte, ilgili mevzuat, kişisel verileri bir yandan hukuka aykırı müdahalelere karşı korurken, bir yandan da bu verilerin işlenmesine yönelik yasal gerekliliklerin kapsam ve sınırlarını çizmektedir.

KAYNAKÇA

- Akdağ, Hale, Türk Ceza Kanunu Kapsamında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2013.
- Korkmaz, İbrahim, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara 2019.
- Akıncı, Ayşe Nur, Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün Getirdiği Yenilikler ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Çalışma Raporu-6, T.C. Kalkınma Bakanlığı İktisadi Sektörler ve Koordinasyon Genel Müdürlüğü, Haziran 2017.
- Antolisei, Francesco, Manuale di Diritto Penale, PG, Milano 2000.
- Aydın, Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, İstanbul 2015.
- Aygün Eşitli, Ezgi, “Çocuğun Rıza Açıklama Ehliyeti”, TBB Dergisi, Y. 2013, S. 106, s. 277-290.
- Bakirel, Nur Buğçe, Veri Sorumlusu ve Veri İşleyen Arasındaki Sorumluluk Paylaşımı, Ankara 2021.
- Çekin, Mesut Serdar, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi”, İÜHF, C. LXXIV, S. 2, Y. 2016, s. 629-644.
- Çelikel, Serdar, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku Bağlamında Veri Sorumlusu ve Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri, Ankara 2022.
- Develioğlu, Hüseyin Murat, 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaş-tırılmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması, İstanbul 2017.
- Dülger, Murat Volkan, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019.
- Dülger, Murat Volkan, “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Bağla-mında Kişisel Verilerin Ceza Normlarıyla Korunması”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 3 (2), Güz 2016; s. 101-167.
- Erkan, Vehbi Umut/Yücer, İpek, “Ayırt Etme Gücü”, AÜHF Dergisi, C. 60, S. 3, Ankara 2011, s. 485-522.
- Göçmen Uyarer, Sinem, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Türk Ceza Kanunu Kap-samında Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2020.
- Gunn, M. J./Wong, J.G./Clare, I. C. H./Holland, A. J., “Decision-making capacity”, Medical law review, 7, Autumn 1999, s. 269-306.
- Hafizoğulları, Zeki, Ceza Normu, Ankara 1996.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler Kişilere Karşı Suçlar, Ankara 2015.
- İçel, Kayıhan, “Görünüşte Birleşme (İçtima) İlkeleri ve Yeni Türk Ceza Kanunu”, İstan-bul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, S. 14, Y. 2008, s. 35-49.
- Kangal, Zeynel Temel, Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması, İs-tanbul 2019.
- Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023.

- Korkmaz, İbrahim, Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, Ankara 2019.
- Köse Aysun, Melike, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara 2021.
- Küzeci, Elif, Kişisel Verilerin Korunması, Ankara 2018.
- Mantovani, Ferrando, Diritto Penale, Padova 1979.
- Orhan, Uğur, “Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Türk Ceza Hukuku Düzenlemeleri Üzerine Değerlendirmeler”, AÜHFD, C. 70, S. 4, Y. 2021, s. 1359-1384.
- Özbek, Veli Özer/Doğan, Koray/Bacaksız, Pınar, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2020.
- Özen, Muharrem/Baştürk, İhsan, Temel Hak ve Özgürlükler Bağlamında Bilişim-İnternet ve Ceza Hukuku, Ankara 2011.
- Özer Deniz, Miray/Özer, Memet Turan, “Biyometrik Verilerin İşlenmesinin Yargı Kararları Işığında Değerlendirilmesi”, ÇÜHAD 2022/1, s. 92-110.
- Özyüksel, Özgün, Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik, Doktora Tezi, Galatasaray Üniversitesi, İstanbul 2020.
- Sert, Şeyma, Kişisel Verilerin Türk Ceza Kanunu Kapsamında Korunması, Ankara 2023.
- Sınar, Hasan, “Kişisel Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme, Yayma veya Ele Geçirme Suçu (TCK md.136)”, KVKD, C. 2, S. 1, s. 33-62.
- Sınar, Hasan, “Türk Ceza Hukukunda Dolaylı Faillik”, Ceza Hukuku Dergisi, Yıl 6 Sayı: 15, Nisan 2011, s. 59-86.
- Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2023.
- Taşçı Aydemir, Ece, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Ankara 2022.
- Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa, Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu Cilt II Madde 86-146, Ankara 2010.
- Yılmaz, Zahit, Türk Ceza Hukukunda İştirakin Bir Türü Olarak Dolaylı Faillik, Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi, İstanbul 2018.
- Yokuş Sevük, Handan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- Yücedağ, Nafize, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, C. 1, S. 1, Y. 2019, s. 47-63.

Elektronik Kaynaklar

- <https://www.ab.gov.tr>
- <https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr>
- <https://gdpr-info.eu>
- <http://hudoc.echr.coe.int>
- <https://inhak.adalet.gov.tr>
- <https://lib.kazanci.com.tr>
- <https://www.kvkk.gov.tr>
- <https://www.sistemapenale.it>