



anayasa yargısı

37(2)
2020

anayasa mahkemesi



ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice
37(2)

Altı Ayda Bir Yayınlanan Uluslararası Hakemli Dergidir
An international Peer-Reviewed Journal Published Semi-Annually



Anayasa Mahkemesi Yayınları

ISSN 1301 - 1200

ISBN 978-605-2378-55-7

Anayasa Yargısı - 37(2)

© 2020, Anayasa Mahkemesi

Anayasa Mahkemesinin yazılı izni olmaksızın, derginin tümünün veya bir kısmının elektronik, mekanik ya da fotokopi yoluyla basımı, yayımı, çoğaltılması ve dağıtımı yapılamaz. Dergide yayımlanan yazılar, kaynak gösterilmeden başka bir yerde yayımlanamaz. Dergide yayımlanan yazı ve tebliğlerde ileri sürülen görüşler yalnızca yazarlarına aittir; Anayasa Mahkemesini bağlamaz. Sempozyumda sunulan yazı ve tebliğler üzerinde yayım kuralları ilkeleri doğrultusunda biçimsel düzeltmeler yapılabilir.

No part of this journal may be printed, published, reproduced or distributed by any electronic, mechanical or other means without the written permission of the Constitutional Court of the Republic of Turkey. The contents of this journal cannot be published in any other medium without reference hereto. Opinions expressed in the articles and presentations belong to the authors and do not represent the Constitutional Court. The presentations made in the symposium may be subject to editorial revisions in line with the publication principles.

Anayasa Mahkemesi Başkanlığı
Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürlüğü

Adres : Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı
Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4
06805 Çankaya/Ankara

Telefon : (312) 463 73 00

Faks : (312) 463 74 00

e-posta : anayasayargisi@anayasa.gov.tr

Twitter : @AYMBASKANLIGI

Web : www.anayasa.gov.tr

Tasarım ve Baskı

EPAMAT

Basın Yayın Promosyon San. Tic. Ltd. Şti.

Telefon : (0312) 394 48 63

Faks : (0312) 394 48 65

Web : www.epamat.com.tr

Basım Tarihi

Aralık, 2020

ANAYASA YARGISI
Journal of Constitutional Justice



Sahibi / Owner
Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı



Editörler / General Editors
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi



Yardımcı Editör / Managing Editor
Doç. Dr. Taylan BARIN
Anayasa Mahkemesi Raportörü



Yayın Kurulu / Editorial Board
Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Başkanı
Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Doç. Dr. Recai AKYEL
Anayasa Mahkemesi Üyesi
Doç. Dr. Taylan BARIN
Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Dr. Hilal YAZICI
Trabzon Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi
Dr. Abdullah ÇELİK
Anayasa Mahkemesi Raportörü
Dr. Volkan HAS
Anayasa Mahkemesi Raportörü



Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Publishing Manager
Dr. Osman ARSLAN
Anayasa Mahkemesi Yayın ve Halkla İlişkiler Müdürü

DANIŞMA KURULU / SCIENTIFIC COUNCIL

Prof. Dr. Zühtü ARSLAN
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Abdurrahman EREN
İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ
Anayasa Mahkemesi

Prof. Dr. Bertil Emrah ODER
Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı

Prof. Dr. Erdal ONAR
Bilkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Ergun ÖZBUDUN

Prof. Dr. Mehmet TURHAN
Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Anayasa Hukuku Anabilim Dalı

Prof. Dr. Engin YILDIRIM
Anayasa Mahkemesi

Yayın Kuralları

1. 1984 yılından bu yana yayımlanan *Anayasa Yargısı*, 2019 yılı ve 36(1) sayısı itibarıyla hakemli dergi olarak yılda iki defa yayımlanır.
2. Dergide Türkçe ve İngilizce makaleler yayımlanmaktadır.
3. Dergiye gönderilecek yazılar, başka bir yerde yayımlanmamış veya yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır. Yazılar, akıcı, anlaşılır, dil, yazım ve bilimsel atf kurallarına uygun, özgün ve hukuk alanına katkı yapacak nitelikte olmalıdır.
4. Yazıların ilk sayfasında çalışmanın adı, 150 ilâ 250 kelimedenden oluşan özeti ve 5 anahtar kelime Türkçe ve İngilizce olarak yer alır.
5. Yazılar, .doc veya .docx formatında, yazı tipi Times New Roman, metin içinde 12 punto ve dipnotta 10 punto, iki yana yaslı ve 1,5 satır aralıklı normal stil olmalıdır.
6. Yazı içerisindeki başlıklar şu şekilde düzenlenmelidir:

I. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

A. KALIN VE TAMAMI BÜYÜK HARF

1. Kalın ve (bağlaçlar hariç) Sadece İlk Harfler Büyük

a. İnce ve Sadece İlk Harfler Büyük

i. İnce, İtalik ve Sadece İlk Harfler Büyük

7. Dipnotlar sayfa altında, kaynakça makalenin sonunda gösterilmelidir ve metin içerisindeki dipnot numaraları noktalama işaretinden önce kullanılmalıdır.
8. Dipnotta kaynak verilirken yazar soyadı sadece baş harfi büyük olacak şekilde yazıldıktan sonra virgül konularak yazar adının baş harfi büyük harf olarak yer almalı, sonra parantez içinde yayın yılına yer verildikten sonra nokta konulmalıdır. Ardından kitap atıflarında eser adı *italik* yazılmalı, yayın yerini müteakip iki nokta üst üste konulduktan sonra yayınevine ve sayfa numarasına yer verilmelidir. Verilen kaynak makale ise makale adı çift tırnak içine alınmalı, sadece eser adı italik verilmeli, cilt numarası, sayı numarası ve sayfa sayısı sırası ile gösterilmelidir.

Örnek: Turhan, M. (2007). "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., s. xx.

Onar, E. (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. xx.

Derleme Kitap:

Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.). (2012). *Demokratik Anayasa*. İstanbul: Metis Yay.

Derlenmiş kitaptaki bir bölüm veya makale:

Hakyemez, Y. Ş. (2012). Hükümet Sistemi Arayışları ve Yeni Anayasa, içinde Göztepe, E. ve Çelebi, A. (Der.), *Demokratik Anayasa* (ss. 270-297). İstanbul: Metis Yay.

9. Arada başka bir esere atıf yapılmaksızın aynı esere atıf yapıldığında “a.g.e.” yazıldıktan sonra sayfa numarası verilir ve nokta konulur. Aynı esere ikinci kez ve sonraki atıflarda yalnızca yazar soyadı, adının ilk harfi ve yayın yılı belirtildikten sonra sayfa numarasına yer verilir.

Örnek: a.g.e. s. xx.

Turhan, M. (2007). s. xx.

Onar, E. (2003). s. xx.

10. Mahkemenin bireysel başvuru kararlarına ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarına ilk atıflar tam, sonraki atıflar kısaltılarak aşağıdaki şekilde yapılır:

Örnek: (İlk atıf AYM) *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014, § 41.

(Sonraki atıf AYM) *Nilgün Halloran*, § 41.

(İlk atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, B. No: 8919/80, 23/11/1983, §§ 32-34.

(Sonraki atıf AİHM) *Van Der Mussele/Belçika*, §§ 32-34.

11. Mahkemenin norm denetiminde verdiği kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

Örnek: AYM, E.2012/3, K.2013/25, 5/6/2013, (varsa) § 35.

12. Derece mahkemelerince verilen kararlara aşağıdaki şekilde atıf yapılır:

Örnek: Yargıtay 5. Hukuk Dairesinin ... tarihli ve ... sayılı kararı.

Danıştay Beşinci Dairesinin ... tarihli ve ... sayılı kararı.

13. Yazıların kaynakça kısmında; yazarın tamamı büyük harfle soyadı ve yalnızca ilk harfi büyük olarak adı ardından yayın yılı şeklindeki düzene uyulmalı ve makale ve kitap bölümleri için sayfa aralıklarına yer verilmelidir.

Örnek: TURHAN, Mehmet (2007). Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı, *Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, C. 62., S. 3., ss. 379-404.

ONAR, Erdal (1993). *1982 Anayasasında Anayasayı Değiştirme Sorunu*, Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları.

14. Çevrimiçi kaynaklara yapılan atflarda url adresinden sonra parantez içerisinde erişim tarihi verilir.

Örnek: <https://anayasa.gov.tr/tr/yayinlar/istatistikler/genel-kurul/>
(Erişim Tarihi: 15/3/2020)

15. Yazılar, *Anayasa Yargısı* Yayın Kuralları'na uygun değilse reddedilir.

16. Yazarların; güncel unvanlarını, görev yaptıkları kurumları, haberleşme adresleri ile telefon numaralarını ve e-posta adreslerini yayınlanmasını istedikleri yazıyla birlikte **anayasayargisi@anayasa.gov.tr** e-posta adresine göndermeleri zorunludur.

17. Yazılar, “kör hakemlik” sistemi uyarınca, yazarların adı yazı metninden çıkarılarak hakeme gönderilir. Yazının hangi hakeme gönderildiği konusunda yazarlara bilgi verilmez. Hakem tarafından yazının yayımlanması uygun bulunmadığı takdirde bu durum yazara bildirilir. Hakem raporu düzeltme içeriyorsa; rapor, hakem adı belirtilmeksizin yazara gönderilir ve yazının hakem raporuna göre düzeltildikten sonra yayımlanabileceği bildirilir. Bu süreç hakemin yazının yayımlanmasını uygun bulmasına kadar devam eder.

18. Yazıları yayınlanan yazarlara “Kamu Kurum ve Kuruluşlarınca Ödenecek Telif ve İşleme Ücretleri Hakkında Yönetmelik” çerçevesinde telif ücreti ödenir.

19. Anayasa Mahkemesi yayımlanması kabul edilen yazıların her türlü yayın haklarına sahip olur.

ANAYASA YARGISI DERGİSİ



Veri tabanında Taranmaktadır.

EDİTÖRLER'DEN

Bilindiği üzere *Anayasa Yargısı*, Anayasa Mahkemesinin kuruluş yıl dönümlerinde düzenlenen sempozyum bildirilerini 1984'ten bu yana düzenli olarak yayımlandığı bir yayın olarak doğmuştur. *Anayasa Yargısı*'nın yılda iki defa yayımlanan hakemli dergi formatına dönüşmesiyle birlikte dergimizin bir sayısı yalnızca hakemli makalelerden oluşurken bir sayısı hakemli makalelerin yanı sıra anılan sempozyumdaki sunumları da içerecek şekilde yayımlanmaktadır. Bu yıl, COVID-19 salgını nedeniyle ulusal sempozyumumuzu kuruluş yıl dönümünde gerçekleştirmek mümkün olmamıştır. Bununla birlikte eylül ayında Türkiye'de bireysel başvurunun 8. yılı nedeniyle "İnternet Çağında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması" konulu bir sempozyum düzenlenmiştir. Anılan sempozyumda sunulan bildirilere hakemli makalelerin ardından bu sayımızda yer verilmiştir.

Bu sayının ilk makalesinde Sevtap Yokuş; yürürlüğe girdiği günden bu yana pek çok değişikliğe uğramış olan 1982 Anayasası'nın özgürlükler bağlamında evrimini, temel hak ve hürriyetlere ilişkin esaslı değişiklikler (1995, 2001, 2004, 2010 ve 2017 değişiklikleri) üzerinden tartışmaktadır.

Takip eden makalede Ali D. Ulusoy 2017 Anayasa değişikliklerine odaklanarak kararnameyle Cumhurbaşkanı'na tanınan asli düzenleme yapma yetkisini incelemekte ve pratik bir ihtiyaca karşılık gelen bu yetkinin daha iyi çalışabilmesi için öneriler sunmaktadır.

Bir sonraki makalede Muharrem Kılıç güvenli, huzurlu ve onurlu biçimde bir mekânda yaşam sürmenin merkezî unsuru olarak tarif ettiği konut hakkını küresel neoliberal ekonomi politiğin dinamiklerini de dikkate alarak insan hakları doktrini bağlamında tartışmaktadır.

Sinem Servet Özdemir, özel yaşama saygı hakkı kapsamında şeref ve itibarın korunması hakkını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi kararları ışığında tahlil etmekte; bu iki hakkın sıklıkla ifade

özgürlüğüyle çatıştığını vurguladıktan sonra anılan iki hak arasında adil bir dengenin nasıl kurulduğunu ve burada kullanılan ölçütleri mahkeme kararlarından yola çıkarak ortaya koymaktadır.

İnternetin kontrolü ve internet ortamında hukuki sorumluluk meselelerini insan hakları ekseninde incelediği makalesinde Mehmet Bedii Kaya, Avrupa Konseyinin internete ilişkin tüm deklarasyonları ve tavsiye kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) internetle ilgili kararlarını incelemekte ve bu kararlar ışığında ideal bir internet yasasının nasıl olması gerektiği sorusuna cevap arıyor.

Bu sayının son makalesinde Atila Erkal, Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi bağlamında kişisel verilerin korunması hakkına odaklanıyor ve Türkiye’de memur ve diğer kamu görevlilerinin kişisel verilerinin korunması konusunu özel olarak düzenlenmesi gereken bir konu olarak dikkate sunmaktadır.

Dergimiz Türkiye’de bireysel başvurunun 8. yılı nedeniyle “İnternet Çağında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması” konulu sempozyumda sunulan bildirilerin metinleri ile soru-cevap kısmı ile devam etmektedir.

Derginin ilgililere faydalı olması temennisiyle...

Prof. Dr. Engin YILDIRIM — Prof. Dr. Yusuf Şevki HAKYEMEZ

İÇİNDEKİLER

Prof. Dr. Sevtap Yokuş

Özgürlükler Bağlamında 1982 Anayasası'nın Evrimi

The Evolution of the 1982 Constitution in the Context of Freedoms1-30

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme

Presidential Decrees: An Existential, Structural and Legal Consideration31-66

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme

Socio-Politics of the Right to Housing: An Analysis in Terms of Social Rights Systematic67-112

Arş. Gör. Sinem Servet KARAÇAM

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özel Yaşama Saygı Hakkı Kapsamında Şeref ve İtibarı Korunması

Protection of Honour and Reputation Under The Right to Respect for Private Life in the Light of the Judgments of the European Court Of Human Rights and The Turkish Constitutional Court..... 113-158

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii KAYA

İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi

The Control of the Internet and Legal Liability Rules in the Context of Human Rights..... 159-203

Doç. Dr. Atila ERKAL

Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi Bağlamında Memurların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı

The Right of the Protection of Personal Data of Civil Servants in Terms of the European General Data Protection Regulation).....205-253

**"İnternet Çağında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması"
Konulu Sempozyum Bildirileri255**

Sempozyum Programı.....257

Anayasa Mahkemesi Başkanı Zühtü Arslan'ın Bireysel
Başvurunun Kabulününün 8. Yılı Sempozyumu Açış Konuşması 259-266

I. OTURUM

Bahadır Aziz SAKİN

*Temel Hakların Korunması Bağlamında İnternet Aktörlerinin
Sorumlulukları..... 269-282*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii KAYA

*İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki
Sorumluluk Rejimi.....283*

Ceren Sedef EREN

*İnternete Erişimin Engellenmesi Uygulaması Hakkında
Anayasa Mahkemesi İctihadı 285-295*

II. OTURUM

Prof. Dr. Faruk BİLİR

*6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'na İlişkin
Değerlendirme ve İnternet Çağında Kişisel Verilerin Korunması..... 305-342*

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

*Veri Temelli Ekonomi Çağında Bir Temel Hak Olarak Kişisel
Verilerin Korunması 343-356*

Özgür DUMAN

*Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkına İlişkin Anayasal
Güvence ve İlkeler 357-401*



ÖZGÜRLÜKLER BAĞLAMINDA 1982 ANAYASASI'NIN EVRİMİ

Prof. Dr. Sevtap Yokuş*

ÖZET

1982 Anayasası, özellikle ilk şekliyle özgürlükleri kullanılamaz hâle getirmişti. 1995 Anayasa değişiklikleri, siyasal katılım haklarının önünü açmayı hedefledi. 2001 ve 2004 Anayasa değişiklikleri, Avrupa Birliği'ne üyelik sürecini hızlandırmak için yapıldı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile uyum amaçlandı. 2010 Anayasa değişiklikleri, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunu açtı. 1995, 2001, 2004 ve 2010 Anayasa değişiklikleri esas olarak özgürlükleri genişletmeyi hedefledi. 2017 Anayasa değişikliklerinde ise, özgürlüklerin genişletilmesi yerine otoriteyi güçlü kılmak tercih edildi.

Anahtar kelimeler: Anayasa değişikliği, sınırlama rejimi, olağanüstü hâl, demokratik anayasa, özgürlükçü demokrasi.

* Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, sevtap.yokus@altinbas.edu.tr. ORCID ID: 0000-0001-7429-0299

THE EVOLUTION OF THE 1982 CONSTITUTION IN THE CONTEXT OF FREEDOMS

ABSTRACT

In its first form, the 1982 Constitution made freedoms unusable. The 1995 constitutional amendments aimed to pave the way for political participation rights. 2001 and 2004 constitutional amendments were made to speed up the European Union membership process and aimed at compatibility with the European Convention on Human Rights. The 2010 constitutional amendments paved the way for individual application to the Constitutional Court. The 1995, 2001, 2004 and 2010 constitutional amendments were mainly aimed at expand freedoms. In the 2017 constitutional amendments, empowering the authority was preferred instead of expanding the freedoms.

Keywords: Constitutional amendment, restraint regime, state of emergency, democratic constitution, libertarian democracy.

GİRİŞ

İnternet çağında ve dijital yaşam biçiminin giderek yerleştiği bu günlerde, özgürlüklerimizin değeri konusunun güncel hale gelmesi kaçınılmazdır. Önümüzdeki dönemlerde, özgürlük-güvenlik bağlamının çok daha öncelikli bir konu olacağı öngörülebilmektedir. Bununla birlikte, yönetim biçimlerine ilişkin çok daha derin tartışmalar beklenmektedir. Dünya genelindeki bu tartışmalar, “toplumsal sözleşme” kuramının sona erdiği ve bu kuram üzerine kurulu olduğu demokratik anayasacılık anlayışının sonuna gelindiği savunuları etrafında gelişebilir. Yine bu tartışmalar doğrultusunda çeşitli sorular öne çıkabilir. Örneğin, pandemi sürecinde bireylerin sağlığının korunamaması ve yönetsel tedbirlerin alınma biçimindeki tercihlerde bireylerin yararının gözetilmemesi; siyasal iktidarın, toplumsal sözleşmenin gereğini ifa edememesi olarak kabul edilebilir mi? Özgürlüklerle sınırlı iktidarlar olarak tanımlanan günümüz demokrasileri, salgın hastalık gibi birtakım bahanelerle yerlerini, özgürlükleri sınırlayan otoriter iktidarlara mı bırakıyor? Yönetimlerin işleyişinde bireylerin özgürlükleri belirleyici olmayacaksa, iktidarların seçimle geliyor olmaları tek başına demokratik düzen için yeterli olabilecek mi? Özgürlükleri merkeze alan tüm bu sorular; halen 12 Eylül 1980 Askerî Darbesi sonucunda ve özgürlükleri daraltmak amacıyla yapılmış olan Anayasa’nın yürürlükte olduğu Türkiye’de, önümüzdeki dönemlerde çok daha kritik konuları oluşturacaktır. Dolayısıyla, yürürlükteki Anayasa’nın; özgürlükler bağlamında geçirdiği evrime genel bir bakış, anayasal özgürlüklerle ilgili geleceğe dönük taleplerin belirlenmesinde yol gösterici olabilir.

Yürürlükteki Anayasa’da, özgürlükler boyutunda yapılan değişiklikler, aslında aynı zamanda Türkiye’de siyasal düzlemdeki eğrinin somutlaşmış görünümü olarak karşımıza çıkmaktadır. Anayasa’nın özgürlüklere ilişkin grafiği, beraberinde Türkiye’nin siyasal atmosferindeki yer yer sıçramalara ve dönüm noktalarına işaret etmektedir.

I. ANAYASA’NIN İLK HÂLİNDEKİ SINIRLAMA REJİMİ

12 Eylül 1980 Darbesi Türkiye’de siyasi iktidarı, demokratik devletin temel işlevinin bireylerin hak ve özgürlüklerinin sağlanması olduğu anlayışından tamamen uzaklaştırmıştır. Anti-demokratik koşullarda hazırlanan Anayasa; otoriteyi yücelten, iktidar karşısında hukuku ve özgürlükleri geri plana iten bir mantık üzerine oturtulmuştur.

1982 Anayasası'na henüz oluşum aşamasında anti-demokratik özellikler yüklenmiştir. Anayasa metnini belirleyen irade, 12 Eylül 1980 Darbesini gerçekleştiren kanat olarak Millî Güvenlik Konseyi olmuştur. Bu nedenle, demokratik olmayan bir ortamda halkoyuna sunulurken kabul edilen yürürlükteki Anayasa, herhangi bir seçilmiş organın iradesini yansıtmayan, temsilcilik niteliği olmayan fiilî bir iktidarın eseridir¹.

Türkiye'de 1971 Askerî Muhtırası'ndan itibaren geliştirilen, özgürlüklerin kısıtlanarak otoritenin ağırlaştırılması iradesi 1982 Anayasası'na, tam olarak yansıtılmıştır. 1971-1973 döneminde yapılan Anayasal değişikliklerin başlıca sonuçları şunlar oldu: Bakanlar Kuruluna kanun hükmünde kararname çıkarma yetkisinin tanınması, üniversite özerkliğinin zayıflatılması, TRT'nin özerkliğinin kaldırılması, bütün temel haklar için geçerli bir genel sınırlama hükmü getirilmesi, çeşitli hak ve özgürlüklerle ilgili Anayasal sınırlama nedenlerinin artırılması, devlet memurlarının sendika kurma hakkının ortadan kaldırılması, “doğal yargı yolu” yerine “kanuni yargı yolu” ilkesinin getirilmesi, Anayasa Mahkemesi'nin Anayasa değişikliklerini ancak şekil yönünden denetleyebileceği, Askeri İdare Mahkemesi'nin kurulmasıyla asker kişilerle ilgili idari eylem ve işlemlerin denetiminin Danıştay'ın görev alanı dışına çıkarılması, Devlet Güvenlik Mahkemeleri'nin kurulması². Aynı yaklaşımla 1971'den itibaren oluşturulan birçok yasa, 1982 Anayasası ile anayasal düzeye kavuşma olanağını bulmuştur. Henüz Anayasa oylanmadan “12 Eylül yasaları” olarak adlandırılan, hak ve özgürlük alanını neredeyse kullanılamaz hâle getiren birçok yasa, daha sonra yürürlüğe giren 1982 Anayasası ile anayasal dayanaklarına kavuşmuş oldu³.

1982 Anayasası; 2001 değişiklikleri öncesinde, hak ve özgürlüklerle ilgili “katmerli sınırlama sistemi”ni benimsemişti. 1982 Anayasası 13. maddesi ile açıkça, “Bu maddede yer alan genel sınırlama sebepleri temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerlidir” ifadesiyle 1961 Anayasası dönemindeki, temel hak ve özgürlüklerin tümü için geçerli olup olmadığı yönündeki tartışmalara son vermişti. 2001 değişikliklerinden önceki genel sınırlama hükmü ile, özgürlük kural-sınırlama istisna temel ilkesi bozulmuştu. 13. madde içeriğindeki genel sınırlama nedenleri, nesnel bir şekilde içeriği belirlenebilecek türden nedenler değildi. Sınırlama

¹ Tanör, B. (1986). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: Beta Yayınları, s. 100-101.

² Özbudun, E. (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 47.

³ Üskül, Z. (1987). “Yasalara Uygun Anayasa”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, S. 89, Ekim 1987, s. 3-4.

kavramlarındaki bolluk ve içeriklerinin belirsizliği, siyasal karar organlarının takdir alanını genişletmişti⁴. Genel sınırlama hükmü yanında ikinci sınırlama biçimi, her hak ve özgürlüğün kendi düzenlendiği hüküm kapsamındaki sınırlama nedenleri ile sınırlanabiliyor olmasıdır. Hak ve özgürlüğün öngörüldüğü hemen her Anayasa hükmü aynı zamanda sınırlama nedenlerini de belirlemiştir.

1982 Anayasası, 1961 Anayasası'nda hak ve özgürlüklerin öz güvencesi olarak belirlenen "öze dokunma yasağı" yerine, 2001 değişiklikleri öncesinde sadece "demokratik toplum düzeni gereklerine uygun olma" ölçütünü benimsemişti. 2001 değişikliği ile belirtilen iki ölçüt de 13. madde kapsamında yerini almıştır. Bu iki ölçütün, özgürlükler için sağladığı güvencenin niteliği farklıdır. "Hakkın özü" güvencesi, her temel hakta bir öz bulunduğu varsayımından hareketle, hakkın öznesine asgari bir alan, özgürlüğe de mutlak bir değer tanımaktadır. Dolayısıyla, "öze dokunma yasağı" hak ve özgürlüğe daha güçlü bir koruma sağlamaktadır. 2001'deki değişiklik öncesinde Anayasa'nın 13. maddesindeki "demokratik toplum düzeni gerekleri" ölçütüyle ilgili en önemli tartışma, bu ölçütün 1982 Anayasası çerçevesinde mi yoksa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) yer aldığı şekliyle ve Avrupa standardında mı anlaşılması gerektiği üzerine olmuştur.

Anayasa'nın 14. maddesi, genel bir yasaklama hükmü niteliğindedir. "Temel hak ve hürriyetlerin kötüye kullanılmaması" başlığı altında düzenlenen bu hüküm de; diğer sınırlama hükümleri gibi, devletin bireye karşı korunması anlayışının, yani 1982 Anayasası'nı ortaya çıkaran temel eğilimin bir sonucudur.

Hak ve özgürlüklerin kendi doğalarından kaynaklanan nesnel sınırlama alanları dolayısıyla, bu alanı aşan kullanım tarzının, 14. madde hükmü olmasa bile koruma göremeyecektir. Ayrıca, yasaklama hükmü, özgürlükler aleyhine oluşturulan genel sınırlama hükmünden (2001 öncesi 13. madde hükmü) daha ileri derecede özgürlük aleyhine sonuç yaratmaktaydı. Çünkü, sınırlamada yasa koyucu sınırlama yönünde zorunluluk altında olmayıp, tersine bir takdir yetkisine sahip olduğu hâlde, yasaklamada yasa koyucunun bir takdir yetkisi olmayıp, Anayasa'daki yasaklamalar doğrultusunda düzenlemeler yapmak ve yaptırımlarını koymak zorunluluğu vardır⁵.

⁴ Tanör, B. (1986). s.134-136.

⁵ Yüzbaşıoğlu, N. (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 215-216.

1982 Anayasası'nın özellikle 2001 değişiklikleri öncesine ait sınırlama sistemi, insan haklarına ilişkin genel standartlara aykırı düşen yasaklamalar niteliğindedir. "Anayasal yasaklar" şeklinde formüle edilebilecek olan bu hükümler, 1982 Anayasası'nda temel hak ve özgürlüklerin genel rejiminin ağırlık noktasını oluşturmaktaydı⁶.

Özgürlükler aleyhine doğrudan sapma olanağı tanıyan Anayasa'nın 15. maddesi, hak ve özgürlüklerin askıya alınmasına neden olmaktadır. Madde içeriğinde yer alan "...durumun gerektirdiği ölçüde temel hak ve hürriyetlerin kullanılması kısmen veya tamamen durdurulabilir veya bunlar için Anayasada öngörülen güvencelere aykırı tedbirler alınabilir." hükmündeki "durdurma" terimi özünde farklı bir rejimi barındırmaktadır⁷.

1982 Anayasası'nın 15. madde hükmünden anlaşılan, olağanüstü hâl rejimlerinde sadece 15. maddenin (hak ve özgürlüklerin askıya alınması biçiminde) uygulanacağıdır. Buna göre, olağanüstü hâl rejimlerinde Anayasa'nın diğer maddelerinde belirtilen güvenceler geçerli değildir. Hak ve özgürlükler olağan hallerde 13. madde; olağanüstü hallerde ise 15. madde çerçevesinde sınırlandırılır. 15. madde uygulandığında 13. madde uygulanamayacağına göre, 1982 Anayasası iki ayrı sınırlandırma sistemi içermektedir⁸. 15. maddenin olağanüstü hâl rejimlerine özgülenmiş olarak uygulanacağını gösteren diğer bir hüküm de olağanüstü hâlleri düzenleyen 121. maddede yer almaktadır. 121. maddenin ikinci fıkrasındaki "... Anayasa'nın 15 inci maddesindeki ilkeler doğrultusunda temel hak ve hürriyetlerin nasıl sınırlandırılacağı veya nasıl durdurulacağı..." ifadesinden de anlaşılacağı üzere, Anayasa'nın 15. maddesi olağanüstü hâlde alınacak önlemlerin Anayasal dayanağını oluşturmaktadır.

Durdurma, hak ve özgürlükler bakımından anayasal güvencelere aykırı en ağır önlemdir. Anayasa'nın 15. maddesi hükmünün gerçek ifadesi, AİHS'in koşturduğu 15. madde hükmü başlığında yer alan "askıya alma"dır. 15. madde ile, hak ve özgürlüklerin bir bütün olarak durdurulabilmesine olanak tanınmış, bütün hak ve özgürlüklere siyasal iktidarın müdahale olanağı anayasal düzeyde sağlanmıştır. Bu hükmün

⁶ Uygun, O. (1992). *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı Yayınları, s.192.

⁷ Sağlam, F. (1984). "KHK Çalışma Yetkisinin Sınırları Uygulaması Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar", *Anayasa Yargısı*, S.1, s. 262.

⁸ Gözler, K. (1990). "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnamelerin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1990/4, s. 565.

hak ve özgürlükler lehine içerdiği güvenceler ise, “uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerin ihlal edilmemesi” şartı ile “ölçülülük ilkesi” olarak belirtilmektedir. Yani, olağanüstü rejim normlarının tamamının, 15. madde içeriğinde belirlenen “uluslararası hukuktan doğan yükümlülüklerle aykırı olmaması” ve “ölçülülük ilkesini” ihlal etmemesi şarttır. Bu ilkelerin yorumunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 15. maddesinin yorumunun esas alınması gerekmektedir.

AİHS ve Sözleşme Sistemi ile getirilen olağanüstü rejim standartları, Türkiye’de olağanüstü hâl rejimine yansıtılamamıştır. Türkiye’de olağanüstü hâl rejimine ilişkin düzenlemeler, sadece Sözleşme standartlarına değil, yürürlükteki Anayasa’ya bile aykırı bir şekilde oluşturulabilmektedir. Türkiye’de her olağanüstü hâl uygulaması ile birlikte ortaya çıkan hak ihlalleri ileri boyutlarda olduğu halde, buna zemin oluşturan normlar, yine Anayasa’nın yargı denetimini önleyen hükümleri (148. madde, 2001 Anayasa değişiklikleri öncesinde geçici 15. madde) nedeniyle ortadan kaldırılma olanaklarından yoksun kalmıştır. Böylece, Türkiye’de geçmişten bugüne uygulandığı her dönemde olağanüstü hâl rejimine ilişkin düzenlemeler, insan haklarının ihlalinde neredeyse temel rolü oynamaktadır.

II. 1995 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

1982 Anayasası, 2001’den önce 1987, 1993, 1995 ve 1999 yıllarında değişikliğe uğramıştır. Görsel-işitsel iletişim özgürlüğüne yönelik 1993 yılında Anayasa madde 133’te yapılan, devletin radyo ve televizyon yayınları alanındaki tekeline son verme şeklindeki değişiklik gibi bir kısım değişiklikler hak ve özgürlüklere ilişkin olsa da, 2001’den önce hak ve özgürlükler alanında en kapsamlı değişiklik 1995 Anayasa değişiklikleri olmuştur⁹. Bununla birlikte; 1995 Anayasa değişiklikleri, 2001 Anayasa değişiklikleri ve sonrasında oluşturulan uyum yasaları içeriğindeki hak ve özgürlüklerle çakışması bakımından da önemlidir.

1995 Anayasa değişiklikleriyle, siyasi faaliyet alanını genişletme hedefiyle birlikte yaşamayı da ilgilendiren bir dizi değişiklik amaçlanmıştır¹⁰. 1995 değişiklikleriyle 1982 Anayasası yürürlüğe girdikten itibaren ilk kez, kitleleri siyasetin dışında tutmak amacıyla öngörülen

⁹ 23.7.1995 tarihli ve 4121 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun”, *Resmî Gazete*: 26.7.1995, S.22355

¹⁰ Kaboğlu, İ. Ö. (1996). “Hukuk Kalıbında Yoğrulmuş Devlet Anayasa ve Toplum”, *Cumhuriyet Gazetesi*, 10 Aralık 1996, s.12.

ve toplu özgürlükler yönünden yasaklar örgüsüne dönüşmüş olan sınırlama sisteminin aşılması amaçlanmıştır. Sendikaların kuruluşunun kolaylaştırılması, grev hakkı konusundaki yasakların ayıklanması, kamu görevlilerinin sendika, toplu sözleşme ve grev haklarının Anayasa kapsamına alınması, hedefler arasındaydı.

1995 Anayasa değişiklikleriyle, bireylerin hak ve özgürlüklerini ilgilendiren değişiklikler genel hatlarıyla şu şekilde sıralanabilir:

Totaliter anlayışa özgü, devletin kutsallaştırmasına dönük "Kutsal Devlet" ibaresi Anayasa'nın Başlangıç kısmından çıkarıldı. Bu ibarenin, Anayasa'nın ruhunu yansıtan Başlangıç metninden çıkarılması, metnin bütünündeki devleti önceleyen anlayışı ortadan kaldırmasa da, devlete yapılan aşırı vurguyu yumuşatıcı bir etkisi olmuştur.

Derneklerin, siyasi amaç güdemeyeceği, siyasi faaliyette bulunamayacağı, sendikalarla, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve vakıflarla bu amaçla ortak hareket edemeyecekleri yasakları kaldırılmıştır (Anayasa m.33). Sendikaların da tıpkı derneklerde olduğu gibi siyasi partilerle ve diğer sivil toplum örgütleriyle ortak hareketini, siyasi amaç ve faaliyetini yasaklamayı öngören hüküm 1995 Anayasa değişiklikleri ile yürürlükten kaldırılmıştır (Anayasa m.52). Toplu iş sözleşmesi hakkını düzenleyen Anayasa'nın 53. maddesine "Toplu iş sözleşmesinin nasıl yapılacağı kanunla düzenlenir" şeklindeki fıkra eklenmiştir (Anayasa m.53/2).

Seçme, seçilme ve siyasi faaliyette bulunma hakları ile ilgili olarak; "Onsekiz yaşını dolduran her Türk vatandaşı seçme ve halkoylamasına katılma hakkına sahiptir." şeklindeki değişikliğe gidilmiş (Anayasa m.67/3), tutuklulara seçme hakkı tanınmıştır (Anayasa m.67/5). Siyasi partilerin yurtdışında örgütlenmelerini, kadın kolu, gençlik kolu ve benzeri kuruluşları kurmalarını yasaklayan hüküm ayıklanmıştır (Anayasa m.68/5). Derneklerin ve sendikaların faaliyetlerinin düzenlendiği madde değişikliklerine koşut olarak siyasi partilerin de; dernekler, sendikalar, vakıflar, kooperatifler ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları ve bunların üst kuruluşları ile siyasi ilişki ve işbirliği ve maddi yardım alamayacağı yasağı kaldırılmıştır (Anayasa m.69).

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarının; derneklerle, sendikalarla, siyasi partilerle ortak hareket yasakları kaldırılmıştır (Anayasa m. 135). “Kooperatifçiliğin Geliştirilmesi” başlığını taşıyan madde metninden de “siyasetle uğraşamaz ve siyasi partilerle işbirliği yapamazlar” biçimindeki benzer yasaklar ayıklanmıştır (Anayasa m. 171).

1995 Anayasa değişiklikleri, beklenilenin çok altında kalmış, hatta bazı özgürlükleri daraltıcı sonuçlar yaratmıştır. Örneğin, memurların yönetime katılma hakkı açısından olumlu bir adım atılmamıştır. Ayrıca, Anayasa değişikliklerinden önce sendikalaşma hakkını yargı kararları sayesinde elde eden memurların sendikal hakları ile ilgili, “sendikal örgütlenmeyi ancak aralarında oluşturabilecekleri” düzenlemesi nedeniyle, işçi ve memur sendikalarının ortak örgütlenme yolu tıkanmıştır. Değişiklik önergesinde yer alan toplu sözleşme hakkı da, değişiklikte “toplu görüşme” hakkına indirgenmiştir¹¹.

1995 Anayasa değişikliklerine yönelik en temel eleştiri, 21 maddelik ortak önerinin 1982 Anayasasının hukuk devleti ilkesini zedeleyen, demokratik ve özgürlükçü düzenle bağdaşmayan hükümlerine dokunmamış olmasıdır. İfade özgürlüğü, olağanüstü hâl rejimine ilişkin kurallar, yargısal denetim yasakları ve yargı bağımsızlığını sınırlayan hükümler önerinin dışında kalmıştır. Üstelik, sınırlı sayıda değişiklik önerileri bile gerçekleşmemiştir. Değiştirilmesi önerilen maddeler daha sonra 21’den 15’e indirilerek değişiklik alanı ve içerik oldukça daraltılmıştır. Sendika özgürlüğü, toplu sözleşme ve grev hakkına ilişkin değişiklikler bir tür geri dönüşe neden olmuş, Anayasa’nın geçici 15. maddesinin kaldırılmamış olması, Anayasayı değiştirme yönünde adımların gerçek anlamıyla atılamamasına sebep olmuştur. Anayasa Komisyonunun saptırmaları, Türkiye Büyük Millet Meclisi’nde “mutabakat metni” üzerindeki ortak iradenin parçalanmasında etkili olmuş ve milletvekilleri başlangıç aşamasındaki imzalarından geri dönüş yapmışlardır. Bu nedenlerle, 1995 Anayasa değişiklikleri, değişiklikleri sağlayan anlayışın çok altında, hatta bazı açılardan önceki şekliyle 1982 Anayasası’nın ilgili hükümlerinin bile gerisinde kalmıştır¹².

¹¹ Akartürk, E. A. (1998). *1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları*, İstanbul: Alkım Yayını, s. 84-86.

¹² Kaboğlu, İ. Ö. (1997). “1995 Anayasa Değişiklikleri”, *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl.1, S.1, Kasım 1997, s. 405.

III. 2001 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

2001 Anayasa değişiklikleri¹³ çok büyük oranda temel hak ve özgürlüklere ilişkin olmuş, özgürlüklerin güçlendirilerek, güvenceye kavuşturulması hedeflenmiştir.

2001 Anayasa değişiklikleri uygulamaya geçirilmesi bakımından üç boyutta gerçekleşebilir içerikteydi. Bunlar; yasakların ayıklanmasıyla doğrudan uygulanabilir değişiklikler, ayrıca yasalardaki sınırlamaların, yasakların kaldırılmasını gerektiren değişiklikler ve yeni düzenlemeleri gerekli kılan değişiklikler olarak belirtilmekteydi. 2001 Anayasa değişiklikleri çalışmaları sırasında Avrupa Birliği belgeleri ve AİHS referans alınmıştır. Kopenhag Kriterleri, Katılım Ortaklığı Belgesi, Ulusal Program, 2001 Anayasa değişiklikleri içeriğine kaynaklık ettiler¹⁴. Bununla birlikte 2001 Anayasa değişiklikleriyle esas olarak, AİHS hükümlerine koşutluk sağlanması amaçlanmıştır. İzlenen bu amaç; değişiklik yapılan bazı madde gerekçelerinde ayrıca vurgulandığı gibi, değişiklikler incelendiğinde de görülebilmekteydi.

1. Genel Sınırlama ve Yasaklama Hükümlerindeki Değişiklikler

a. 13. Madde Hükmü

Genel sınırlama hükmü olan 13. madde, Anayasa'nın 2001'deki değişikliğiyle şu şekli almıştır: "Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve laik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz."

13. madde yeni hâliyle de içerdiği ölçütlerin uygulanması bakımından tartışmaları beraberinde getirmiştir. Öze dokunma yasağının öncelikli uygulanmasının aslında "demokratik toplum düzeni" kriterini işlevsiz kılacağı savunulmuştur. Çünkü özgürlüğün özüne dokunan sınırlamalar aynı zamanda demokratik toplumun gereklerine aykırı olacaktır. Buradan hareketle, öze dokunmayan sınırlamaların demokratik toplumun gereklerine aykırı olmayacağı varsayılacaktır. Birlikte uygulanması özgürlüklerin güvencelenmesi açısından sorunlu bir

¹³ 3.10.2001 tarihli ve 4709 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun", *Resmî Gazete*: 17 Ekim 2001, S. 24556.

¹⁴ Kaboğlu, İ. Ö. (2002). "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", *Anayasa Yargısı*, C. 19, Antalya 2002, s.107, 111.

durum yaratabilecektir. Dolayısıyla demokratik toplumun gereklerini, ayrı uygulama ve öze dokunma yasağından geniş yorumlama biçiminin ancak bu kriteri işlevsel kılabilceği belirtilmiştir¹⁵.

13. maddede yapılan değişiklikte, 13. madde hükmünün, genel sınırlama yerine, temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasında ilkeleri belirleyen bir içerik kazanması sağlanmıştır. Sınırlama nedenleri hak ve özgürlüklerin yer aldıkları ilgili maddelere yerleştirilerek, özgürlüklerin niteliklerine göre farklılaştırılmış sınırlama rejimine geçilmiştir¹⁶. Ancak bu rejime geçişte gerekli ön çalışma eksikliği, sınırlama nedenlerinin, her hak ve özgürlüğün koruduğu nesnel alanın zorunlu kıldığı oranda ve ilgili oldukları alanın içeriğine uygun biçimde eklenememesine neden olmuştur¹⁷. 13. maddeden çıkarılarak, belli hak ve özgürlüklerin buldukları maddelere dağıtılan sınırlama nedenlerinin, ilgili hak ve özgürlüğün niteliğine uygunluğu göz önünde bulundurulmamıştır¹⁸.

2001 Anayasa değişikliğinden sonra 13. maddeyle ilgili ortaya çıkan en temel sorunlardan biri, yeni hâliyle 13. maddenin 1982 Anayasası'nın ruhunu yansıtan Başlangıç'ı ile çelişen bir mantığı yansıtıyor olmasıdır. Bu anlamda Anayasa, 2001 değişikliğinden sonra kendi içinde tutarlı bütünlükten tamamen uzaklaşmıştır. Değişiklik sonrası 13. maddenin ortaya koyduğu "özgürlük kural – sınırlama istisna" anlayışı, içeriğinde bireyin dikkate alınmadan, devletin korunduğu Başlangıç'ın otoriter ağırlığı ile bağdaşmamaktadır¹⁹.

b. 14. Madde Hükmü

2001 Anayasa değişikliklerinden sonra Anayasa'nın 14. maddesine göre; "Anayasada yer alan hak ve hürriyetlerden hiçbirisi, Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı ve insan haklarına dayanan demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetler biçiminde kullanılamaz...Anayasa hükümlerinden hiçbirisi, Devlete veya kişilere, Anayasayla tanınan temel hak ve hürriyetlerin

¹⁵ Arslan, Z. (2002). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, s. 228.

¹⁶ Aliefendioğlu, Y. (2002). "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı*, S.19, Antalya 2002, s.154.

¹⁷ Sağlam, F. (2002). "2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların çözüm Olanakları", *Anayasa Yargısı*, C. 19, Antalya 2002, s. 289.

¹⁸ Kaboğlu, İ. Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, s. 99.

¹⁹ Yokuş, S. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 158-159.

yok edilmesini veya Anayasada belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmayı mümkün kılacak şekilde yorumlanamaz....Bu hükümlere aykırı faaliyette bulunanlar hakkında uygulanacak müeyyideler, kanunla düzenlenir." İlk fıkra bakımından 14. maddenin, Devleti koruyan yasaklar taşıyan içeriğinin değiştiği söylenememektedir. Ancak önceki hâliyle ortaya çıkardığı düşünce açıklama özgürlüğünün de maddede belirtilen nedenlerle yasaklanabileceği tartışması son bulmuştur. Yasaklanan yalnızca eylemdir. Yasaklama nedenleri: "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozma" ve "demokratik ve laik Cumhuriyeti ortadan kaldırma" nedenleriyle sınırlandırılmıştır. Ayrıca yapılan değişiklikte, Devletin de, Anayasa ile tanınan hak ve özgürlükleri yok etmek ya da Anayasa'da belirtilenden daha geniş şekilde sınırlandırılmasını amaçlayan bir faaliyette bulunmasının yasaklanması hükmü eklenerek, AİHS'in aynı içerikteki 17. maddesiyle koşutluk sağlanmak istenmiştir. Ancak, hüküm farklı bir görünüme kavuşmuş olsa da derinlemesine incelendiğinde tam bir örtüşmenin sağlanamadığı görülebilmektedir.

Kötüye kullanma amacının ancak "faaliyet" bağlamında ele alınabileceğini vurgulayan 14. maddenin yeni hâli, düşünce açıklaması ile ilgili özgürlükler bakımından yeni yasal düzenlemeleri de zorunlu hâle getirmiştir²⁰.

2001 Anayasa değişiklikleri kapsamında, Başlangıç kısmının beşinci paragrafındaki "Hiçbir düşünce ve mülahazanın" ifadesinin, önce "Hiçbir eylemin" şeklinde değiştirilmesi düşünülmüş, ancak sonra "Hiçbir faaliyetin" şeklinde değiştirilmesi yoluna gidilmiştir. Bu değişiklikte; 14. maddeyle uyum hedeflenmiştir. Düşünce yasaklarına ilişkin bu ayıklamanın hak ve özgürlükler aleyhine devletin korunması temel mantığında bir dönüşüm yarattığını ileri sürmek Başlangıç'ın içeriği karşısında olanaksızdır. Anayasa değişikliklerinden sonra hak ve özgürlükler bakımından ortaya çıkan Anayasa'nın kendi içerisindeki çelişkiler de Anayasa'nın temel ruhunu yansıtan hükümlerinin, özellikle Başlangıç kısmının bir bütün olarak değiştirilmemesinden kaynaklanmaktadır.

²⁰ Sabuncu, Y. (2002). *Anayasaya Giriş*, 8. Bası, Ankara: İmaj Yayıncılık, s.65.

2. Hak ve Özgürlüklerin İlgili Maddelerinde Yapılan Başlıca Değişiklikler

2001 Anayasa değişiklikleriyle, değişiklik öncesinde Anayasa'nın 13. maddesinde sayılan genel sınırlama nedenlerinin bir kısmı, temel hak ve özgürlüklerle ilgili maddelere serpiştirilmiştir. "Millî güvenlik", "kamu düzeni", "genel sağlık", "genel ahlak", "kamu güvenliği", "Cumhuriyetin temel nitelikleri", "Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü" şeklindeki genel nedenler, hak ve özgürlüklerin ilgili oldukları maddelere yeni sınırlama nedenleri olarak eklenmiştir²¹.

Kişi özgürlüğü ve güvenliğinin düzenlendiği 19. maddesi, AİHS çerçevesinde Sözleşme organlarının uzun gözaltı süresi konusunda, Türkiye'den yapılan bireysel başvurular üzerine Sözleşme'nin kişi güvenliğini öngören 5. maddesinin ihlal edildiği yönünde verdikleri kararlar doğrultusunda değiştirilmiştir.

Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğünün düzenlendiği, Anayasa'nın 26. maddesinin 3. fıkrasına, bu özgürlüğün kullanılmasının sınırlanması nedenlerine "millî güvenlik kamu düzeni, kamu güvenliği Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünün korunması" nedenleri eklenmiştir. Böylece, Anayasa'nın 13. maddesindeki genel sınırlama nedenlerinin 13. maddede yapılan değişiklik sonucunda uygulanamayacağı 26. maddeye genel sınırlama nedenleri büyük oranda aktarılmıştır. Ayrıca son fıkra olarak "Düşüncüyü açıklama ve yayma hürriyetinin kullanılmasında uygulanacak şekil, şart ve usuller kanunla düzenlenir" hükmü eklenmiştir. Düşüncüyü açıklama ve yayma özgürlüğü için bu denli çok yönlü düzenleme eğilimi, bu özgürlük açısından tehlike oluşturmaktadır. Düşünce özgürlüğü lehine değişiklik, 26. maddenin 3. fıkrasının yürürlükten kalkması olmuştur. Bu fıkra "Düşüncelerin açıklanmasında ve yayılmasında kanunla yasaklanmış olan herhangi bir dil kullanılamaz" yasağını içermekteydi. Düşüncüyü açıklama özgürlüğü lehine yapılan diğer değişiklikler, Anayasa'nın Başlangıç ve 14. maddesindeki değişiklikler olmuştur. Başlangıç 5. paragrafta yer alan yasaklamalar bakımından, "düşünce ve mülahaza" ibaresinin "faaliyet" olarak değiştirilmesi ve 14. maddede yapılan değişiklik, "faaliyet" in vurgulanması, düşüncüyü açıklama özgürlüğü açısından olumlu olmuştur.

²¹ Aliefendioğlu, Y. (2002). s.155.

Basın özgürlüğünü içeren Anayasa'nın 28. maddesinde yapılan değişiklik, Anayasa'nın 26. maddesindeki "kanunla yasaklanmış bir dil kullanma yasağı"nın ayıklanmasına koşut bir değişiklik olmuştur.

2001 Anayasa değişiklikleri ile, dernek kurma özgürlüğünün düzenlendiği 33. maddeye de önceki hâliyle 13. maddedeki sınırlama nedenleri büyük ölçüde aktarılmıştır. Bununla birlikte, dernek kurma özgürlüğü bakımından 2001 Anayasa değişikliği ile temel bir dönüşüme gidilmiş ve önbildirim rejiminden önleyici rejime geçilmiştir. Önbildirim yoluyla dernekler üzerinde, yönetim makamlarınca inceleme yetkisi veren²² hüküm yürürlükten kaldırılmıştır.

Diğer bazı özgürlükleri düzenleyen hükümlerde olduğu gibi, toplantı ve gösteri yürüyüşü özgürlüğü bakımından da değişen genel sınırlama hükmü (13. madde) içeriğindeki bir kısım nedenler, 34. maddenin 2. fıkrasına aktarılmıştır. Bununla birlikte; 2001 değişikliği öncesinde, toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleme hakkına ilişkin 34. maddenin, "Dernekler, vakıflar, sendikalar ve kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları kendi konu ve amaçları dışında toplantı ve gösteri yürüyüşü düzenleyemezler" şeklindeki son fıkrasının yürürlükten kaldırılması da söz konusu hak için olumlu bir gelişme olmuştur.

Hak arama özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa'nın 36. maddesine "adil yargılanma" ibaresi eklenmiştir. Böylece bu maddenin birinci fıkrası şu şekle dönüşmüştür: "Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir." Bu değişiklikle, AİHS'in adil yargılanmayı öngören 6. maddesi ile benzerlik sağlanması amaçlanmıştır.

Suç ve cezaların yer aldığı Anayasa'nın 38. maddesine "Kanuna aykırı olarak elde edilmiş bulgular delil olarak kullanılamaz", "Hiç kimse, yalnızca sözleşmeden doğan bir yükümlülüğü yerine getirmemesinden dolayı özgürlüğünden alıkonulamaz" ve "Savaş, çok yakın savaş tehdidi ve terör suçları halleri dışında ölüm cezası verilemez" hükümleri eklenmiştir.

Sendika kurma hakkının düzenlendiği Anayasa'nın 51. maddesi kapsamında, 2001 değişikliğiyle, kamu çalışanlarının sendika kurma hakkına yer verilmiştir.

²² Kaboğlu, İ. Ö. (2002). s. 386.

2001 değişiklikleri kapsamında siyasi partilerin uyacakları esasları belirleyen Anayasa'nın 69. maddesinde yapılan değişiklikler, siyasi partilerin daha güvenceli bir konuma kavuşması amacına yönelmiştir. Anayasa'nın 69. maddesine eklenen "Anayasa Mahkemesi, yukarıdaki fıkralara göre temelli kapatma yerine, dava konusu fiillerin ağırlığına göre ilgili siyasi partinin Devlet yardımından kısmen veya tamamen yoksun bırakılmasına karar verebilir" hükmü ile, Avrupa Komisyonu bünyesinde ortak bir demokrasi standardı oluşturmayı amaçlayan Venedik Komisyonu'nun belirlediği siyasi partilere ilişkin ilkelere uygunluk yönünde bir adım atılmıştır²³.

2001'de Anayasa'nın hak ve özgürlüklere ilişkin ilgili maddelerinde yapılan değişikliklerle, her ne kadar önceki şekliyle 13. madde kapsamındaki sınırlama nedenleri madde metinlerine yedirilmiş olsa da; genel yaklaşım, özgürlüklerin önünün açılması yönünde olmuştur.

IV. 2004 DEğİŞİKLİKLERİ KAPSAMINDA ANAYASA'NIN 90. MADDESİ

Anayasa'nın, uluslararası antlaşmaların Türk Hukuku'nda yerini belirleyen hükmü olan 90. maddesinin beşinci fıkrası, 2004 değişikliği öncesinde, "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş milletlerarası antlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz" şeklinde formüle edilmişti. Bu hüküm bağlamında, özellikle AİHS'in Türkiye'de değeri ve kurallar kademelenmesinde yeri konusunda çok geniş tartışmalar yapılmış ve çok farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Konuyla ilgili tartışmalı yaklaşım, mahkeme kararlarında da kendisini göstermiştir²⁴. Aslında henüz 90. madde değişikliği olmadan da (2004 Anayasa değişiklikleri öncesinde de) özellikle insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukuk normlarının üstünde bir değer taşıdığı savunulan görüşler arasındaydı²⁵. Bu doğrultuda, AİHS'in Türk Hukukunda doğrudan uygulanabilirlik özelliğinin olduğu kabul edilmiştir. AİHS'in doğrudan uygulanma özelliğinin bir boyutunu, Sözleşme'nin emredici güç kazanmış olması;

²³ Hakyemez, Y. Ş. (2002). "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasi Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", *Anayasa Yargısı*, S.19, Antalya: 2002, s. 564.

²⁴ Yüzbaşıoğlu, N. (2004). "Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasalık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme" *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, s.793-797.

²⁵ Gözübüyük, Ş. (1995). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkez Yayınları, No.10, s.7; Kaboğlu, İ. Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, 6.Baskı, Ankara: İmge Kitabevi, s.229.

diğer boyutunu da başta Anayasa olmak üzere tüm iç hukuk kurallarını Sözleşme'ye uygun hâle getirme yükümlülüğü altına girilmiş olması oluşturmaktadır. AİHS'in; içeriğinde yer alan hakların gerçekleştirilmesi konusunda Taraf Devletlere yükümlülük yüklenmiş olması, Sözleşme ile getirilen denetim organları, güvence oluşturma çabası, Sözleşme'nin iç hukuk düzeninde etkililiği amacıyla bireylere doğrudan haklar sağlayan ve bu haklara dayalı ulusal yargı yerlerine başvuru olanağını yaratan hükümleri, doğrudan uygulanabilirliğini ve Anayasa da dahil tüm hukuk kuralları üzerinde değer taşıdığını gösteren özellikleridir.

AİHS'in iç hukuktaki yeri belirlenirken, daha çok 90. madde üzerinde odaklanılmış, Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan ilkeler göz ardı edilmiştir. Anayasa'nın 2. maddesinde "temel hak ve özgürlükler" yerine "insan hakları" teriminin tercihi, hak ve özgürlükler alanında daha geniş bir alana açılıma olanak tanımaktadır. Bu alan, evrensel düzeyde belirlenen insan hakları hukuku alanıdır. İnsan haklarına saygılı olmak uluslararası insan hakları hukukuna saygıyı da gerektirir. Bununla birlikte hukuk devleti ilkesine de dikkat çekilmelidir. Hukuk devleti ilkesi, hukukun genel ilkelerini kapsar ve "söze bağlılık" hukukun genel ilkeleri arasındadır. Dolayısıyla, bir devlet kendisini bir sözleşme ile bağladıktan sonra, artık hiçbir organıyla bu sözleşmeye aykırı kararlar alamaz. Bağlı olunan sözleşme kuralları, bütün devlet organlarını bağlar niteliktedir²⁶.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında, AİHS'in Avrupa'nın kamu düzenini "temsil ettiği" vurgulanmaktadır. Dolayısıyla, Sözleşme'nin iç hukuktaki yeri belirlenirken, "sonraki yasa" ya da "özel yasa" kuralı da uygulanmamaktadır. AİHS ile Avrupa ortak hukuksal alanı yaratılmaktadır. AİHM kararları ile ortaya çıkan ölçütler ise, bütün Avrupa'da uygulanması gereken ortak standartlardır. Türkiye açısından özellikle Avrupa Birliği'ne üyelik konusu dikkate alındığında, belirtilen ortak hukuk alanı dışında kalınması düşünülemezdi.²⁷

Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'yi Anayasa'ya uygunluk denetiminde hak ve özgürlüklerin korunması yönünde dayandığı normlar bloku

²⁶ Eroğul, C. (2003). "Değişen Egemenlik Anlayışının hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", *Anayasa Yargısı*, S.20, Ankara: 2003, s. 208-210.

²⁷ Türmen, R. (2000). "Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin İç hukukumuza Etkisi", *Anayasa Yargısı*, C. 17, Ankara: 2000, s. 37.

kapsamına almıştır²⁸. Danıştay da kararlarında, AİHS'i, iç hukukta doğrudan uygulanabilir özelliğini vurgulayarak dayanak almaktadır²⁹. Bununla birlikte, genel olarak Türkiye'deki mahkeme kararları, AİHS'in ve diğer insan haklarına ilişkin sözleşmelerin Türk iç hukukunda etkili kılınmasında yeterli olmamıştır. Türkiye'de mahkemeler, öncelikle Anayasal ve yasal düzenlemeleri esas alıyor.

2004 Anayasa değişiklikleri³⁰ de, 2001 Anayasa değişiklikleri ve bunu izleyen uyum yasaları gibi, Avrupa Birliği'ne (AB) uyumun sağlanması amacıyla gerçekleştirildiği belirtilse de; aslında AİHS'in uygulanması kapsamında yapılması zorunlu değişikliklerdi. Bu çerçevede aslında Anayasa'nın 90. maddesindeki değişiklik ilk defa 2001 Anayasa değişiklikleri tasarısı ile gündeme gelmişti. AB'ye uyum sürecinde yapılması gereken değişikliklerden biri olarak belirlenen bu değişiklik, Anayasa'nın 90. maddesine "Kanunlar ile milletlerarası andlaşmaların çatışması halinde milletlerarası andlaşmalar esas alınır" cümlesinin eklenmesiydi. Ancak, Meclis Anayasa Komisyonunda kabul ettiği metinde yer alan bu değişiklik 2001'de Meclis Genel Kurulu'na kabul edilmedi. Bunun nedeni, 2001'de Anayasa'ya eklenmesi istenen hükmün, egemenliğin devri anlamına geldiği yorumu etrafındaki tartışmalardı. Ancak, 90. maddeye eklenmek istenen hüküm, "uyum yasaları" kapsamında yapılan birçok yasal değişikliğin Anayasa'daki dayanağını oluşturmaktaydı³¹. Örneğin AİHM'in ihlal kararları üzerine, bireysel başvuruyu yapanlara uyum yasaları ile sağlanan yargılamanın yenilenmesi yolu, 90. maddede yapılması istenen Anayasa değişikliğini gerekli kılmaktaydı. Sonuçta, 2001'in devamı niteliğindeki 2004 Anayasa değişikliği ile Anayasa'nın 90. maddesine şu hüküm eklenebildi: "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

İnsan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukukta yerini belirleme yönünde Anayasa'da 90. maddeye eklenen bu hükmün

²⁸ AYM, E.1991/6, K.1991/20, 03/7/1991; AYM, E.1990/25, K.1991/1, 10/01/1991.

²⁹ Danıştay İ.B.K., E.1988/6, K.1989/4, 07/12/1989, *Danıştay Dergisi*, S.78-79, s. 50-67.

³⁰ 7/5/2004 tarihli, 5170 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun", *Resmî Gazete*. 22 Mayıs 2004, S: 25469.

³¹ Kaboğlu, İ. Ö. (2002). "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", *Anayasa Yargısı*, C. 19, Ankara: 2002, s. 108-109.

benzeri birtakım hükümler, AİHS'e taraf ülkelerin anayasalarında da yer almaktadır. Bu anlamda söz konusu ülkeler, insan haklarına ilişkin uluslararası sözleşmelerin iç hukukta yerini genellikle anayasa düzeyinde ya da üstünde belirlemişler ve çeşitli şekillerde formüle etmiştir. Yine AİHS'e taraf ülkelerde, AİHM kararlarının gereği yasal düzenlemeler yapılmış, yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilebilmesinin koşulları sağlanmıştır. Türkiye'de 90. maddenin, yapılan değişikliğe rağmen, insan haklarına ilişkin antlaşmaları kanun değerinde tanınması nedeniyle, Avrupa ülkelerindeki bu konudaki gelişmelerin gerisinde olduğu kabul edilmektedir. Türkiye'de bu konudaki direncin temel nedeni, uluslararası insan haklarına Anayasa'nın üzerinde değer tanınmasının, egemenliğin devri olarak görülmesidir. Oysa Anayasa'nın 90. maddesine eklenen hüküm ve bu çerçevedeki hükümler, uluslararası hukuk – ulusal hukuk ilişkileri bağlamında kurallar kademelenmesini belirgin kılacak hükümlerdir. Bu tür hükümlerin, Anayasa'nın egemenliğin kullanılmasına ilişkin belirlemelerin yer aldığı 6-9. maddeleri arasında düzenlenen hükümlerle ilgisi bulunmamaktadır³².

Anayasa'nın 90. maddesinde yapılan değişiklik çok çeşitli tartışmaları beraberinde getirmiştir. "Temel hak ve özgürlükler" ifadesinin insan hakları şeklinde genişçe yorumlanıp yorumlanmayacağı, bu nitelikteki uluslararası antlaşmaların doğrudan uygulanıp uygulanamayacağı, temel hak ve özgürlüklere ilişkin uluslararası antlaşmaların, yalnızca yasalara değil, bütün olarak iç hukuka üstün tutulup tutulamayacağı, değişiklik sonrasında 90. madde etrafındaki başlıca tartışma konuları olarak belirtilebilir.

2004'de Anayasanın 90. maddesindeki değişiklikten önce, yani 2001 Anayasa değişikliklerini izleyen süreçte, yasal değişiklikler yoluyla AİHM'in kararlarının yargılamanın yenilenmesi nedeni olduğu yasal değişikliklerle kabul edilmişti. 2004 Anayasa değişikliği, bir tür yasal değişikliklerin Anayasal düzeyde dayanağının oluşturulması şeklinde nitelendirilebilir. Bu hükümle, 2004 tarihine dek bu yönde değişiklik ve yenilik getiren mevzuatın çerçevesi daha güçlü bir şekilde koruma altına alınmış oldu. Her ne kadar, madde metnindeki "temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalar"dan, insan haklarının

³² Yüzbaşıoğlu, N. (2004). s. 808-809.

bütünü temelinde bir kapsamın anlaşılması gerektiği savunulsa da, “çıkabilecek uyuşmazlıklarda” ibaresinden, AİHM kararlarına kapalı bir göndermede bulunulmuştu. Bu ön kabulün en önemli nedeni, 90. maddenin bu hükmünün de, 2001 Anayasa değişiklikleri ve onu izleyen uyum yasalarının gerekçelerinde belirtildiği gibi, esas olarak AİHS ile uyum çerçevesinde ve diğer değişiklikleri tamamlar nitelikte oluşturulmuş olmasıdır.

V. 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

Türkiye’de Hükûmet 2007’de sivil yeni bir anayasa için taslak hazırlamıştı. Aynı Hükûmet 2010’da; yeni bir anayasaya ilişkin tartışmaların, demokratik özgürlükçü yeni bir anayasa için taslak ve rapor hazırlıklarının yoğun olarak yapıldığı dönemde, Anayasanın bazı maddelerinin değiştirilmesini gündeme getirdi. Oysa 2010’daki referandum sonucunda gerçekleşen Anayasa değişiklikleri ile ilgili olumlu ve olumsuz kampanyalar, aslında yeni bir Anayasanın zorunlu bir hâle geldiğini kanıtlar nitelikteydi. Yapılan değişiklikler yeni Anayasa gereksinimini ortadan kaldırmadığı gibi, bu gereksinimi perçinledi. Bu yönlü zorunluluk kısmî değişikliğe giden Hükûmet tarafından da referandumun hemen ardından dile getirildi.

2010 Anayasa değişikliklerinin³³ bir kısmı hak ve özgürlükler alanında yapıldı. Aslında bu değişikliklere ilişkin temel eleştiri de hak ve özgürlüklerin geliştirilmesi amacıyla yapılan Anayasa değişikliklerinin referandum konusu olamayacakları yönündeydi. Bir kısım değişiklikler de kurumsal boyutta olup, yüksek yargı organlarının yeniden yapılandırılmasına yönelikti. Bu yönlü değişiklikler en fazla eleştiri alan, iktidarın kendi yargı organını oluşturma çabası olarak tanımlanan değişiklikler oldu ve 2010 Anayasa değişikliklerinin neredeyse odak noktasını oluşturdu.

2010 Anayasa değişiklikleri için yönetime ilişkin eleştiriler de öne çıkan tartışma konuları arasındaydı. 2010 Anayasa değişikliklerinin, örneğin 2001 Anayasa değişiklikleri gibi Partilerarası Uzlaşma Komisyonu’nda ele alınmaması, katılımcı ve müzakereci bir yöntemin kullanılmaması, toplumun aydınlatılması yönünde temel demokratik usullerin kullanılmaması başlıca eleştiri noktaları oldu. Hükûmetin Anayasa değişikliğinde tam belirleyici olması, şekli anlamda teklif görünümünde

³³ 7.5.2010 tarihli, 5982 sayılı “Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun”, *Resmî Gazete*. 13 Mayıs 2010, S. 27580.

olan değişiklik paketinin, gerçekte Hükûmet'ten gelen tasarı niteliğinde olması da yönetime ilişkin tartışma konuları arasında yerini aldı³⁴.

2010 Anayasa değişikliklerinden hak ve özgürlüklere ilişkin olanlar ana hatlarıyla şöyle sıralanabilir:

Anayasa'nın eşitlik ilkesinin düzenlendiği 10. maddesine "Çocuklar, yaşlılar, özürllüer, harp ve vazife şehitlerinin dul ve yetimleri ile malul ve gaziler için alınacak tedbirler eşitlik ilkesine aykırı sayılmaz" ibaresi eklenmiştir. Bu hükümle devletin pozitif yükümlülüğü vurgulanmış oldu. Ancak Anayasanın sosyal haklara ait hükümleri de dikkate alındığında; bu tür bir yükümlülüğün zaten var olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ayrıca, Türkiye'nin taraf olduğu çeşitli uluslararası sözleşmeler de bu yönlü bir yükümlülüğü getirmektedir.

Anayasa'nın özel hayatın gizliliğinin düzenlendiği 20. maddesine, "herkes kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir" fıkrası eklenmiştir.

Seyahat özgürlüğünün düzenlendiği Anayasa'nın 23. maddesinin 5. fıkrası, "vatandaşın yurt dışına çıkma hürriyeti, ancak suç soruşturması ve kovuşturması sebebiyle hâkim kararına bağlı olarak sınırlanabilir" şeklinde değişikliğe uğramıştır.

Ailenin korunması başlığını taşıyan Anayasa'nın 41. maddesine "her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır" hükmü eklenmiştir. Bu değişiklik aslında uluslararası düzeyde çocuk haklarına yönelik koruma önlemlerinin Anayasal düzeyde vurgulanması olarak açıklanabilir. Çünkü; devletler için taraf olunan sözleşmeler bakımından bu yükümlülükler zaten mevcuttur.

Kolektif sosyal haklar açısından, Anayasa'nın 51. maddesinde yer alan, "Aynı zamanda ve aynı iş kolunda birden fazla sendikaya

³⁴ Oder, B. E. (2011). "2010 Yılında Anayasal Gelişmeler", *Güncel Hukuk*, Ocak 2011/1-85, s. 14.

üye olunamaz” hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Memurlara toplu sözleşme hakkı tanıma yönünde 53. madde kapsamında, “Memurlar ve diğer kamu görevlileri, toplu sözleşme yapma hakkına sahiptirler. Toplu sözleşme yapılması sırasında uyuşmazlık çıkması halinde taraflar Kamu Görevlileri Hakem Kuruluna başvurabilir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulu kararları kesindir ve toplu sözleşme hükmündedir. Toplu sözleşme hakkının kapsamı, istisnaları, toplu sözleşmeden yararlanacaklar, toplu sözleşmenin yapılma şekli, usulü ve yürürlüğü, toplu sözleşme hükümlerinin emeklilere yansıtılması, Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun teşkili, çalışma usul ve esasları ile diğer hususlar kanunla düzenlenir” hükmü getirilmiştir. Kamu Görevlileri Hakem Kurulunun inisiyatifine bırakılan bu hakkın gerçek anlamda bir toplu sözleşme hakkı olamayacağı, bu değişiklikle yöneltilen eleştiri olarak belirtilebilir.

“Grev hakkı ve Lokavt” başlıklı Anayasa’nın 54. maddesinin geçirdiği değişiklikle, grev sırasında oluşan maddi zarardan sendika sorumlu tutulmayacaktır. Siyasal amaçlı grev ve lokavt, dayanışma grevi ve lokavt, genel grev ve lokavt, iş yeri işgali, işi yavaşlatma, verim düşürme ve diğer direnişlere ilişkin yasaklar yürürlükten kaldırılmış oldu.

2010 Anayasa değişiklikleri kapsamında Anayasanın “dilekçe hakkı” başlıklı maddesinde yapılan değişiklikle, “Kamu Denetçiliği Kurumu” (Ombudsman) ortaya çıkmıştır. TBMM Başkanlığına bağlı olarak oluşturulacak bu kurum, yönetimin işleyişi ile ilgili şikâyetleri inceleyecektir. Oluşum biçimi bakımından kamu denetçiliği, TBMM tarafından gizli oyla ve dört yıl için seçilecektir. Bu değişiklikle ilgili en temel eleştiri, bu tür bir kurumdan beklenen işlevlerin yerine getirilmesi için, esas olarak kurumun tarafsız ve bağımsız olması zorunluluğuna rağmen; seçim sistemi nedeniyle yürütme gücünün güdümündeki bir Meclis tarafından seçilecek kurumun tarafsız ve bağımsız olamayacağı yönündedir.

Hak ve özgürlüklerin korunması amacıyla 2010 Anayasa değişiklikleriyle getirilen bir diğer yenilik, bireylerin hak ve özgürlüklerinin ihlali iddiasıyla Anayasa Mahkemesi’ne bireysel şikâyet yolunun açılması olmuştur. Buna göre: “herkes, Anayasada güvence altına alınmış temel hak ve özgürlüklerinden, AİHS kapsamındaki herhangi birinin kamu gücü tarafından, ihlal edildiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesine başvurabilir.” Bu değişiklik, Türkiye için hak

ve özgürlüklerin korunmasında oldukça önemlidir. Ancak, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun kabulünde ana motivasyon AİHM'e gidişi engellemek oldu. Bu neden, değişiklik gerekçesinden de anlaşılmaktaydı. Aynı nedenle, başvuru konusu olabilecek hak ve özgürlüklerin kapsamı AİHS çerçevesinde belirlendi. Başvuruya konu olabilecek işlemler bakımından da, elden geldiğince Sözleşme boyutunda bir koruma mekanizması oluşturularak; AİHM'e duyulan gereksinimi gidermek amaçlandı.

Hak ve özgürlükler alanı yanında, yargı organları bakımından Anayasa Mahkemesi ile Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun oluşumuna ilişkin yapılan değişikliklerin, Hükûmetin, Anayasa değişikliklerindeki esas hedefinin olduğu ve bu değişikliklerle, Hükûmet'e yakın yargı kurumları oluşturma amacı güdüldüğü ileri sürüldü.

Yargı alanında yapılan değişikliklerde siyasallaşma kaygısı öne çıkmıştı. Bu kaygının temelinde, yargısal özyönetimde seçimin beraberinde yozlaşmayı ve pazarlıkları getireceği düşüncesi vardı. Nitekim Anayasa değişikliklerinin ardından yapılan seçimlerde Adalet Bakanlığı bürokratlarının seçimlere katılarak kazanmaları bu kaygıyı derinleştirdi. Anayasa Mahkemesi'nin oluşumunda da liyakatın vurgulanmaması ve Meclis tarafından seçilenler bakımından uzlaşmayı zorlayıcı seçim usulünün öngörülmemesi eleştiriler arasındaydı³⁵.

Anayasa değişiklikleri kapsamında en fazla öne çıkan konulardan biri de, 12 Eylül Askerî Darbesi döneminin sorumlularını koruma altına alarak dokunulmazlık kazandıran geçici 15. maddenin yürürlükten kaldırılması konusu olmuştu.

2010 Anayasa değişiklikleri bakımından en önemli sorun toplumun bütün kesimlerinin uzlaştığı değişikliklerle, üzerinde uzlaşılamayan değişikliklerin aynı pakette yer alıyor olması ve birlikte oylanması zorunluluğuydu. Hükûmet tarafından bir nevi "torba değişiklikler" olarak ortaya konan Anayasa paketinin içindeki bütün hükümlerle bir arada oylanması, seçmen iradesini yanıltan bir içerik katmaktaydı.

1982 Anayasası Anayasa değişikliklerinin ayrı ayrı oylanması olanağını yarattığı hâlde, 2010 Anayasa değişikliklerinde, bu yönlü beklentilere rağmen; Anayasa'nın bu gereği yerine getirilmedi. Avrupa Konseyi Hukuk Yoluyla Demokrasi Komisyonu (Venedik Komisyonu)

³⁵ Oder, B. E. (2011). s.15.

tarafından belirlenen, içerik birliğinin özgür oy iradesinin önemli bir gereği olduğuna ilişkin ilkesi de dikkate alındığında, referanduma sunulan Anayasa değişikliğinin, oylamada kullanılan irade açısından, “dayatmacı, toptancı ve antidemokratik” olduğu eleştirileri öne çıktı³⁶.

Belirtilen eleştirilerle birlikte 2010 Anayasa değişiklikleri, neredeyse bir seçim atmosferi altında ve yoğun tartışma ve kamplaşmalarla gerçekleşti. İçerikle ilgili yöneltilen en temel eleştiri, yapılan değişikliklerin özgürlükler bağlamında son derece yüzeysel kalmış olmasıydı. Referandum sonuçlarının açıklandığı andan itibaren yeni anayasa çalışmalarına başlama gereksiniminin bizzat Hükûmet tarafından ifade edilmesi bunun kanıtı olarak algılandı. 2010 Anayasa değişikliklerinin gerçekleştiği süreç, aslında yeni bir anayasaya duyulan gereksinimi şiddetlendiren bir süreç oldu.

Türkiye’de özgürlüklerin genişletilmesi yönünde yapılan tüm Anayasa değişikliklerinde AİHS esas alındı. Bunun temel nedeni, AİHM’in Türkiye aleyhine verdiği yoğun hak ihlalleri kararlarıydı. Sayısal olarak bakıldığında da 2015 yılına dek, Avrupa Konseyi üyesi devletin 30’unun toplam ihlal sayısından daha fazla ihlalle karşılaşmakta. Anayasal ve yasal düzeyde özgürlükler lehine yapılan tüm değişikliklere rağmen Türkiye, 2015 yılında bile aleyhine en çok ihlal kararı verilen ikinci ülke konumunda kaldı³⁷. 1982 Anayasası’nın hem yapım aşamasında hem de geçirdiği olumlu değişikliklerde AİHS temel alındığı halde, yoğun hak ihlalleri kararlarının ortaya çıkmış olmasının birtakım nedenlere bağlanması mümkündür. Anayasa’nın bazı maddeleri Sözleşme’ye koşut iken, diğer bazı maddelerinin bu koşutluğu ortadan kaldırması bir neden olarak belirtilebilir. Çeşitli maddelerde kısmen görülen koşutluk, yine aynı madde kapsamında çelişen hükümlerle bir arada kalmıştır. AİHS ile uyumsuzluğun diğer bir temel nedenini, yasama organının ve Anayasa Mahkemesi’nin uyum konusundaki çekingen ve tereddütlü yaklaşımları oluşturmaktadır. Mevcut haliyle bile, Anayasa’nın özgürlükçü yorumu, AİHS ile uyumu sağlamada büyük oranda yeterli olabilecektir³⁸. Tüm bu

³⁶ Kaboğlu, İ. Ö. (2010). *Halk Neyi Oylayacak*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s.282.

³⁷ Şirin, T. (2018). İnsan Hakları Olmadan Gelişme Olur mu?, içinde Kaboğlu, İ. Ö. (Der.) *Türkiye’nin Anayasa Gündemi*, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, İstanbul: İletişim Yayınları, s. 83.

³⁸ İnceoğlu, S. (2012). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa, içinde Göztepe E. ve Çelebi A. (Der.), *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, Hazırlayanlar. , İstanbul: Metis Yayınları, s. 337-338.

nedenlerin ötesinde; AİHS ile uyumda, özgürlüklere dayalı demokratik düzen hedefinde özellikle uygulayıcı organ olarak yürütme erkinin samimiyeti belirleyicidir. Bir taraftan otoriterleşme yönündeki eğilim; AİHS ile uyumun tersine, özgürlükleri daraltan, hatta zaman zaman kullanılamaz hâle getiren sonuçlara neden olmaktadır.

VI. ÖZGÜRLÜKÇÜ ANAYASA ARAYIŞINDAN SAPMA: 2017 ANAYASA DEĞİŞİKLİKLERİ

1982 Anayasası geçirdiği çok sayıda değişikliğe rağmen, özgürlükleri daraltan içeriğinden, birey karşısında devleti önceleyen özünden arındırılmamıştır.

Demokratik devlet, siyasal liberal-anayasal devlettir. Temsili demokraside özgürlük teknikleriyle donatılmış hukuksal düzen, özgürlüklerin sağlanması yönünde liberal anayasal devlet için bir ön koşul olarak görülmektedir³⁹. 1982 Anayasası geçirdiği onca değişiklikle bile tam anlamıyla özgürlükçü anayasa düzenine yakışır bir içeriğe kavuşturulamadı.

Türkiye'de yeni anayasa arayışı kapsamında, gerçek anlamıyla özgürlük, eşitlik, demokrasi ve hukuk devleti aranmıştır. Bu amaçla, "Yeni Anayasa" başlığı altında hazırlanan hemen her taslak, rapor ve görüşün başlığına özgürlükçü, demokratik, eşitlikçi türünden nitelermeler eklenmişti. Yıllardır süregelen anayasa çalışmaları, yeni anayasaya yönelik beklentileri ve içerikle ilgili temel ilkeleri netleştirdi. Bu ilkeler aynı zamanda evrensel düzeyde demokratik anayasa ilkelerine karşılık gelmektedir. Demokratik bir anayasa ile, anayasa karşısında eşit vatandaşlık temelinde, toplumun tüm kesimleri anayasa kapsamına alınmalı, toplumsal ve siyasal çoğulculuk korunmalıdır. Hak ve özgürlükler, evrensel ölçekte geliştirilen ilkeler temelinde belirlenerek güvencelenmeli, "özgürlük kural sınırlama istisna" kabul edilmelidir. Hukukun üstünlüğünün, yargının bağımsızlığı ve tarafsızlığının gerçekleştirilmesi önlemleri alınmalıdır. Siyasal iktidar yetki paylaşımı yoluyla dengelenmeli, demokrasinin tanımı olan "sınırlı iktidar" ilkesiyle, demokratik işleyiş sağlanmalıdır.

Türkiye'de demokrasi açıklarının aşılması, Hükümet sisteminin değiştirilmesi yoluyla değil; demokratik işleyiş mekanizmalarının

³⁹ Sartori, G. (1996). *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev. Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Ankara: Yetkin Yayınları, s.419, 420.

geliştirilmesiyle olanaklıdır. Özgürlükler alanında bir türlü aşılamayan darlık, Türkiye'nin demokrasi sorununun esas kaynağını oluşturmaktadır.

İfade ve örgütlenme özgürlükleri, hak ve özgürlükler kapsamında "özel değerler" olmakla birlikte, demokratik süreçlerin sağlıklı işleyebilmesi bakımından da gerçekleşmesi zorunlu unsurlardır⁴⁰. Demokratik bir anayasa arayışında, hak ve özgürlük alanından ve demokratik ilkelerden ilerlemek gerekir. Yeni bir anayasanın demokratikliği, her şeyden önce hazırlık sürecinde, toplumsal ve siyasal çoğulculuk doğrultusunda katılımın ve müzakereci ortamının sağlanmasıyla olanaklı olabilir. Katılım ve müzakere ise ifade özgürlüğünün koşulsuz ve sınırsız sağlanmasını zorunlu kılmaktadır. Anayasaya toplumun katkısı ancak ifade ve örgütlenme özgürlüklerinin teminatıyla mümkün olabilecektir. Hedeflenen anayasa, demokratik-özgürlükçü-eşitlikçi bir anayasa olacaksa, hazırlık sürecinde demokratik katılım zemininin ve demokratik bir ortamın sağlanması asgari koşuldur. Demokratik olmayan koşullarda demokratik bir anayasanın inşası olanaksızdır.

Bireyler ile anayasa arasındaki aidiyet bağının oluşmasının ilk koşulu, bireylerin anayasa yapım sürecine katılmalarının sağlanmasıdır. "Anayasal yurttaşlık ve anayasal yurtseverlik" yönünde temeller de ancak bu yolla atılabilir. Ayrıca bu şekilde, yeni anayasa metninin yurttaşlarca sahiplenilmesine, siyasal rejimin ilkeleri üzerinde uzlaşma zeminine ve sorunları tartışarak çözme kültürünün gelişimine de katkı sağlanabilir. Bu konularda ve sosyo-politik alanda bir tür eğitim süreci yaşanır⁴¹.

Demokrasi ilkeleri, hukukun üstünlüğü ve adalet ile hak ve özgürlükler, demokratik bir anayasanın kurucu öğeleridirler. Bu öğeler ise; toplumsal barışla ve toplumun demokratik katılım olanaklarının yaratılmasıyla yaşam bulur.

Türkiye'de olağanüstü rejim uygulandığı ve olağanüstü yönetim nedeniyle ifade özgürlüğünün, demokratik katılımın olmadığı, demokratik ilkeler ve özgürlükler alanında geriye gidişin yaşandığı sırada yapılan

⁴⁰ Özbudun, E. (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları, s.50.

⁴¹ Kaboğlu, İ. Ö. (2012). *Hangi Anayasa?*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları, s.192.

2017 Anayasa değişiklikleri⁴², özünde toplumu kutuplaştırıcı bir etki yarattı. Sağlıklı tartışma ortamından uzak referandum süreci, şiddetli bir kamplaşma ortamına dönüştü. 1982 Anayasası yürürlüğe girdiğinden beri süren demokratik-özgürlükçü yeni bir anayasa beklentisi karşısında, yalnızca, Hükümet sistemi- başkanlık rejimi etrafında yapılan anayasa değişiklikleri, özgürlüklere dayalı demokrasi hedefini de çıkmaza sürükledi. Bu durum aynı zamanda, 1982 Anayasası'nın yürürlüğe girdiğinden itibaren yapılan bir dizi değişikliklerle, içerdiği sınırlamaların ve yasakların ayıklanarak, özgürlüklerin uygulanabilmesini sağlamak amacıyla, özgürlükler lehine sürdürülen yoldan sapılmasına neden oldu.

Olağanüstü rejim koşullarında yapılan Anayasa değişikliği hazırlığı, demokratik anayasacılık fikrinden tamamen uzaklaşıldığının göstergesi oldu. Başta, ifade ve örgütlenme özgürlüğü olmak üzere, katılımıcılığı sağlayacak tüm özgürlüklerin askıda olduğu olağanüstü rejimde yapılan bir anayasa değişikliğinin hazırlık sürecinin demokratik olmadığı açıktı. 2017 Anayasa değişikliklerinin, hazırlık süreci ile birlikte, olağanüstü rejimi sürekli hâle getirme temelinde, içeriği de demokratiklikten yoksun kaldı.

1982 Anayasası, yürütme erkini, kendisini ortaya çıkaran siyasal koşulların sonucunda oluşan temel ruhu, yani istikrar arayışı nedeniyle neredeyse otoriteyi kutsama anlayışını yansıtır şekilde oldukça güçlendiren, diğer erkler karşısında ön plana çıkaran bir Anayasa'dır. Anayasa'nın otoriteyi ağırlaştıran yanı, Cumhurbaşkanı'na tanınan aşırı yetkilerle somutlaşmaktadır. Cumhurbaşkanı'na sağlanan güç, olağanüstü dönemde katlamalı olarak kendisini göstermektedir⁴³. 2017 Anayasa değişiklikleri, Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'nda somutlaşan yürütmeye tanıdığı gücü ve olağanüstü dönemde Cumhurbaşkanı'na tanınan olağanüstü gücü sürekli hâle getiren, Anayasa'nın 12 Eylül Darbesi zemininde sağladığı otoritenin ağırlığını pekiştiren düzenlemeleri içermektedir. Anayasa değişiklikleri ile esas olarak; zaten zayıf erkler dengesi ve denetim sistemi tamamen bozulmuştur. Anayasa'nın otoriteye sağladığı artı güç, otorite-özgürlük dengesi bakımından da özgürlükler aleyhine dengeyi ortadan kaldırmış ve zaten darlığından yakınılan özgürlükler alanını, daha fazla daraltan bir sonuca neden olmuştur.

⁴² 21.01.2017 tarihli, 6771 sayılı "Türkiye Cumhuriyeti Anayasasında Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", *Resmî Gazete*. 11 Şubat 2017, S. 29976.

⁴³ Yokuş, S. (2004) "1982 Anayasası'nda Yürütme Erkinin Ağırlığı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* (Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan), 2004/1-2, İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları, s. 249.

SONUÇ

Demokratik anayasa esas olarak, otorite karşısında özgürlükleri yüceltir. Özgürlüklerin korunmasının yegâne yollarından biri, devlet erklerinin dengelenmesi ve denetlenmesi mekanizmalarının belirlenmesi ve buna ilişkin sigortaların yerleşikliğinin sağlanmasıdır. Devlet erklerinin frenlenerek dengelenmesi, özgürlükçü demokrasiyi sağlamak için vazgeçilmezdir. Özgürlüklerle kuşatılmış alandaki iktidar demokratik devleti, özgürlüklerin güvencelendiği anayasayla yöneten iktidar da anayasal devleti tanımlar.

Türkiye’de demokratik-özgürlükçü anayasa arayışı, uzun yıllar, aynı zamanda siyasal gündemin önemli bir parçasını oluşturdu. Toplumsal ve siyasal gereksinimler, hukuksal boyutta birtakım dönüşümleri ve yenilikleri de zorunlu hale getirmekteydi. Bu bağlamda, özgürlüklerin asıl olduğu bir anayasa hedefi, demokratik yeni bir anayasanın ana eksenini oluşturmaktaydı. Özgürlükçü, demokratik içerik, yeni bir anayasa taleplerinin ortak noktasını oluşturmaktaydı. Özgürlüklere dayalı demokratik yeni bir anayasa için Türkiye’de ilkelere dair yeterli birikim oluşmuştu. Bu doğrultuda yapılan anayasa teklifleri hayata geçirilemediği gibi yapılan kısmi anayasa değişiklikleri de yeterli olmadı. Yürürlükteki Anayasa’nın yarattığı zihni kalıplar; sivil, özgürlükçü, demokratik yeni bir anayasa yapımının önündeki en büyük engeli oluşturdu. 2017 Anayasa değişiklikleri ise, özgürlükçü anayasa yönündeki ilerlemeden tam bir sapmaya neden oldu. 2017 değişiklikleriyle Anayasa, otoriteyi perçinleştirici, özgürlükleri daraltıcı özellikleriyle uygulanırken; demokratik, özgürlükçü anayasa gereksinimi daha yaşamsal hâle geldi. Bu nedenlerle, yakın zamanda, özgürlükçü demokratik anayasanın zorunlu kıldığı ilkelerin hayata geçirilmesi ve tekrar Hükûmet sistemi değişikliği için yeni anayasa tartışmalarının yoğunluk kazanacağı tahmin edilmektedir.

KAYNAKÇA

- AKARTÜRK, Ekrem. A (1998). *1995 Anayasa Değişikliği Işığında Memurların Sendikal Hakları*, İstanbul: Alkım Yayını.
- ALİFENDİOĞLU, Yılmaz (2002). "2001 Yılı Anayasa Değişikliklerinin Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanmasında Getirdiği Yeni Boyut", *Anayasa Yargısı*, S.19, Antalya 2002, ss.141-176.
- ARSLAN, Zühtü (2002). "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Bazı Düşünceler", *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, ss.216-231.
- EROĞUL, Cem (2003). "Değişen Egemenlik Anlayışının hak ve Özgürlüklerin Korunmasına ve Anayasa Yargısına Etkileri", *Anayasa Yargısı*, S. 20, Ankara: 2003, ss.196-213.
- GÖZLER, Kemal (1990). "Olağanüstü Hal Rejimlerinde Özgürlüklerin Sınırlanması Sistemi ve Olağanüstü Hal Kanun Hükmünde Kararnemelerin Hukuki Rejimi", *Ankara Barosu Dergisi*, S.1990/4, ss. 561-590.
- GÖZÜBÜYÜK, Şeref (1995). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı*, Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Merkez Yayınları.
- HAKYEMEZ, Yusuf Şevki (2002). "2001 Yılında Yapılan Anayasa Değişikliklerinin Siyasi Parti Özgürlüğü Üzerindeki Etkileri", *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya: 2002, ss. 550-571.
- İNCEOĞLU, Sibel (2012). "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Anayasa", *Demokratik Anayasa Görüşler ve Öneriler*, Hazırlayanlar. Ece Göztepe ve Aykut Çelebi, İstanbul: Metis Yayınları, ss. 298-338.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (1996). "Hukuk Kalıbında Yoğrulmuş Devlet Anayasa ve Toplum", *Cumhuriyet Gazetesi*, 10 Aralık 1996.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (1997). "1995 Anayasa Değişiklikleri", *Kocaeli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl.1, S.1, Kasım 1997, ss. 387-413.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2002). "2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-Üstü Etkiden Ulusal Tepkiye", *Anayasa Yargısı*, S. 19, Antalya 2002, ss. 105-118.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2002). *Özgürlükler Hukuku*, 6. Baskı, Ankara: İmge Kitabevi.

- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2002)“2001 Anayasa Değişiklikleri: Ulusal-üstü Etkiden Ulusal Tepkiye”, *Anayasa Yargısı*, S. 19, Ankara: 2002, ss. 105-118.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2010). *Halk Neyi Oylayacak*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (2012). *Hangi Anayasa?*, Ankara: İmge Kitabevi Yayınları.
- ODER, Bertil Emrah (2011).“2010 Yılında Anayasal Gelişmeler”, *Güncel Hukuk*, Ocak 2011/1-85, ss. 13-15.
- ÖZBUDUN, Ergun (2015). *Anayasalcılık ve Demokrasi*, İstanbul: Bilgi Üniversitesi Yayınları.
- ÖZBUDUN, Ergun (2017). *Türk Anayasa Hukuku*, 17. Basım, Ankara: Yetkin Yayınları.
- SABUNCU, Yavuz (2002). *Anayasaya Giriş*, 8. Bası, Ankara: İmaj Yayıncılık, s.65.
- SAĞLAM, Fazıl (1984). “KHK Çalışma Yetkisinin Sınırları Uygulaması Yaygınlaşmasından Doğabilecek Sorunlar”, *Anayasa Yargısı*, S.1, ss. 261-276.
- SAĞLAM, Fazıl (2002). “2001 Yılı Anayasa Değişikliğinin Yaratabileceği Bazı Sorunlar ve Bunların çözüm Olanakları”, *Anayasa Yargısı*, S.19, Antalya 2002, ss. 288-310.
- SARTORİ, Giovanni (1996). *Demokrasi Teorisine Geri Dönüş*, Çev: Tuncer Karamustafaoğlu, Mehmet Turhan, Ankara: Yetkin Yayınları.
- ŞİRİN, Tolga (2018). “İnsan Hakları Olmadan gelişme Olur mu?”, *Türkiye'nin Anayasa Gündemi*, Derleyen. İbrahim Ö. Kaboğlu, Anayasa Hukuku Araştırmaları Derneği, İstanbul: İletişim Yayınları, ss.81-85.
- TANÖR, Bülent (1986). *İki Anayasa 1961-1982*, İstanbul: Beta Yayınları.
- TÜRMEEN, Rıza (2000). “Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi'nin İç hukukumuzda Etkisi”, *Anayasa Yargısı*, S.17, Ankara: 2000, ss. 32-42.
- UYGUN, Oktay (1992). *1982 Anayasası'nda Temel Hak ve Özgürlüklerin Genel Rejimi*, İstanbul: Kazancı Yayınları.
- ÜSKÜL, Zafer (1987). “Yasalara Uygun Anayasa”, *Mülkiyeliler Birliği Dergisi*, S:89, Ekim 1987, ss. 3-5.

- YOKUŞ, Sevtap (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde ve 1982 Anayasası'nda Hak ve Özgürlüklerin Kötüye Kullanımı*, Ankara: Yetkin Yayınları.
- YOKUŞ, Sevtap (2004). "1982 Anayasası'nda Yürütme Erkinin Ağırlığı", *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (Prof. Dr. Ayferi Göze'ye Armağan)*, 2004/1-2, İstanbul: Maltepe Üniversitesi Yayınları, ss. 239-255.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (1993). *Türk Anayasa Yargısında Anayasallık Bloku*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- YÜZBAŞIOĞLU, Necmi (2004). "Mayıs 2004'te Anayasanın 90'ıncı Maddesine Eklenen Hükmün Türk Anayasallık Blokuna Etkileri Üzerine Bir Değerlendirme" *Bülent Tanör Armağanı*, İstanbul: Legal Yayıncılık, ss. 782-818.



CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMELERİ: VAROLUŞSAL, YAPISAL VE HUKUKSAL BİR DEĞERLENDİRME

Presidential Decrees: An Existential, Structural and Legal Consideration

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY*

ÖZET

2017 Anayasa değişikliği ile Cumhurbaşkanına tanınan kararnameyle asli düzenleme yapma yetkisi kanaatimizce yeni sistemin önemli sorunları arasında görülmemelidir. Zira sınırları iyi çizilmek ve alanı iyi belirlenmek kaydıyla yürütmeye sınırlanmış bir asli düzenleme alanı tanınması sadece başkanlık sisteminde değil parlamenter sistemde de etkin ve verimli bir yönetim anlayışı için pratik bir ihtiyaçtır. Yeni sistemin olumsuz noktaları ağırlıklı olarak yürütmenin yasama ve özellikle de yargı ile ilişkisindedir ve yürütmeye tanınan asli düzenleme yetkisi kanaatimizce yeni sistemin önemli sorunları arasında görülmemelidir. Bununla birlikte temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması, yerel idareler, kamusal meslek örgütleri ve üniversiteler gibi idari açıdan mutlaka özerk olmaları gereken idarelerin yetki ve görevlerinin ve denetlenmelerinin düzenlenmesi gibi Anayasa'da spesifik olarak kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılması hiçbir biçimde mümkün olmamalıdır.

Anahtar Kelimeler: Cumhurbaşkanı, kararnameler, düzenleme yetkisi

* Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi (ulusoydlaw@gmail.com), ORCID ID: 0000-0002-0310-4070

ABSTRACT

The authority granted, by the 2017 constitutional amendment, to the President to make the primary regulations through presidential decrees (executive orders) should not be considered as one of the important problems of the new system. Thus, it is a practical necessity to entrust the executive with the authority to introduce primary regulations, for an effective and efficient administration, not only in the presidential system but also in the parliamentary system, providing that the boundaries and the area of such an authorisation are well defined. The negative aspects of the new system predominantly derive from the relation of the executive with the legislature and especially the judiciary; however, the primary regulatory power granted to the executive should not be seen as one of the important problems of the new system. However, it should by no means be possible to enact a presidential decree on issues prescribed in the Constitution to be regulated only by law, such as the restriction of fundamental rights and freedoms, as well as the regulation of the powers and duties, and supervision, of administrations that must be administratively autonomous, namely local administrations, public professional organizations and universities.

Key Words: President, executive orders, decrees

GİRİŞ

Bilindiği üzere 16 Nisan 2017 referandumunu ile kabul edilen kapsamlı Anayasa değişikliği ile 9 Temmuz 2018 tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde Cumhurbaşkanı'na belli konularda ve sınırları Anayasa m. 104/17 hükmünde belirlenmek suretiyle kanuna dayanmadan ve kanundan yetki almadan Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK) vasıtasıyla *asli* düzenleme yetkisi tanınmıştır.

İdarenin düzenleme yetkisi konusunda 2017 öncesindeki Türk hukuku uygulaması, Anayasa'nın idareye asli düzenleme alanı bırakmaması¹ ve bu nedenle gereken esnekliği öngörmemesi nedeniyle uygulamada ciddi sorunlar ortaya çıkarmaktaydı. Bu bağlamda söz konusu esnekliğe imkân tanımak adına Anayasa Mahkemesi (AYM) ve Danıştay, zaman zaman ciddi tereddütlere düşmekteydi. Birçok konuda (idari suç ve cezalar konusu, vergi benzeri mali yükümlülükler konusu, idari kolluğun yetkileri konusu, özelleştirmeler ve mülkiyet hakları gibi ekonomik konular vb.) yasamanın kanunla temel esasları belirlemesinin yeterli olup olmadığı, hangi düzenlemenin bizzat ve ayrıntılı olarak yasama tarafından yapılacağı, hangi düzenlemelerin ise idare tarafından yapılmasının mümkün olacağı noktalarında uygulamada sorunlar bulunmakta ve yargı içtihatlarında istikrar sağlanamamaktaydı.

Örneğin geçmişte özelleştirmeler konusunda çıkarılan birçok kanun, idareye fazla geniş düzenleme alanı bıraktığı ve kanunla daha çok ayrıntının düzenlenmesi gerektiği gerekçesiyle AYM tarafından birçok kez iptal edilmiştir. Bu nedenle siyasi iktidarlar ile yüksek yargı arasında çeşitli sorunlar yaşanmış ve siyasi iktidarlar yargı mercilerini özelleştirmeleri engelleyerek ekonomi politikalarına müdahale etmekle suçlanmışlardır.

Bu itibarla parlamento gereksiz yere çok fazla meşgul edilmiş ve çok uzun ve çok ayrıntıya giren kanunlar yapılması gerektiğinden adeta bir "kanun yapma makinesi" gibi çalıştığından bahisle bu durum parlamenterlerin en asli ve temel konuları tartışmak ve müzakere etmek için yeterince vakit ve enerji ayırmalarını engellemiştir.

Öte yandan bu durum Türk hukuk sisteminde gerek hangi konuların yönetmelikle veya diğer idari düzenlemelerle düzenlenebileceği, hangi konuların ise mutlaka kanunla düzenlenmesi gerektiği hususunda

¹ Bu konudaki tek bir istisna Anayasa'nın önceki hâlinde (m. 107) Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin oluşturulmasının Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle yapılabilmesiydi.

gerekse yasamanın idareye tanıyabileceği “tali” düzenleme yetkisinin sınırlarının, çerçevesinin ve “dozajının” ne olması gerektiği konusunda ciddi bir karmaşa ve belirsizlik yaşanmasına neden olmuştur.

Bu olgular ise gerek öngörülebilirlik ve hukuk güvenliği ilkesi yönünden gerekse yönetimde etkinlik ve istikrar yönünden önemli sorunlar doğurmuştur.

Bu bağlamda 2017 Anayasa değişikliği ile çerçevesi belirlenmiş ve sınırlanmış biçimde belli konularda yürütmeye Cumhurbaşkanlığı kararnameleri (CBK) yoluyla bazı konularda asli düzenleme yetkisi tanınması ilke olarak teknik açıdan isabetsiz görülmemelidir.

Bununla birlikte aşağıda da vurgulanacağı üzere idarenin asli düzenleme yetkisine ilişkin olarak 2017 yılında yapılan ve 2018 yılında yürürlüğe giren reformun uygulamada da olumlu sonuç vermesi ve başarıya ulaşması için en önemli sorumluluk AYM’ye düşmektedir. Zira Yüksek Mahkemenin (olağan dönem) Cumhurbaşkanlığı kararnamelerine yönelik olan yargısal denetiminde yasallık ilkesini ve bu bağlamda Anayasa ile çok açık biçimde vurgulanmış olan **kanunların CBK'lere üstünlüğü prensibini** gözden kaçırmaması son derece önemlidir.

Örneğin bu bağlamda -tıpkı Fransız Anayasa Konseyi tarafından içtihat edildiği gibi- parlamentonun da Anayasa’da açıkça CBK ile düzenleneceği belirtilen hususlarda dahi kanunla düzenleme yapabileceğinin kabul edilmesi doğru bir yaklaşım olacaktır.

Öte yandan Cumhurbaşkanı’nın CBK’ler ile yapacağı düzenlemelerde kanun alanına müdahale etmekten özellikle kaçınması zaten hukuka saygının bariz gereği olacağı gibi Anayasa Mahkemesini de rahatlatacaktır.

Bu bağlamda 2017 Anayasa değişikliği ile -parlamentonun gerek gördüğünde her zaman kanun çıkarma yetkisinin saklı olduğunun varsayılması kaydıyla- (*temel hak ve özgürlüklerin sınırlanması, yerel yönetimler gibi özerk idarelerin alanına müdahale edilmemesi ve kişilere -idari de olsa- suç ve ceza öngörülmesi gibi hassas konular dışında*) genel idare (Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve bağlı kuruluşları) teşkilatının organize edilmesi ve özellikle ekonomik konular gibi acil hareket edilmesi gereken hâllerde yürütmeye (Cumhurbaşkanı’na) CBK’ler ile asli ve özerk bir düzenleme alanı bırakılması kanaatimizce Türk kamu hukuku sisteminde ciddi bir ihtiyaçtır.

Kanaatimizce bu ihtiyacın aktüel siyasi konjonktürden ve hükümet sisteminden bağımsız biçimde algılanması gerekir. Zira hükümet hangi siyasi görüş ve anlayıştan olursa olsun ve hükümet sisteminin başkanlık sistemi -yarı başkanlık veya parlamenter sistem olup olmadığına bakılmaksızın- yürütmenin başına (başkanlık sisteminde Cumhurbaşkanı, parlamenter sistemde Bakanlar Kurulu) sınırları iyi belirlenmiş ve çerçevesi iyi çizilmiş belli konularda asli düzenleme yetkisi tanınması siyaseten meşru olduğu gibi “iyi yönetim” anlayışının da gereğidir.

Bu ihtiyaç sadece başkanlık sistemi için ve iktidardaki belli kişilere yönelik bir ihtiyaç değil aynı zamanda parlamenter sistem için ve iktidardaki farklı siyasi anlayıştan gelen kişiler için de bir ihtiyaçtır ve daha etkin ve verimli bir yönetim anlayışı için gereklidir.

Buna karşın prensipte yani “varoluşsal açıdan” olumlu bulunmakla birlikte ülkemizde 2017 Anayasa değişikliği ile getirilen CBK’ler hususunda –aşağıda vurgulanacağı gibi- gerek “yapısal” açıdan gerekse “hukuksal” açıdan çok ciddi potansiyel sorunlar da bulunmaktadır.

I. “VAROLUŞSAL” TESPİT: CBK’LERİN GEREKLİLİĞİ

Yukarıda da vurgulandığı üzere Türk idare hukukunda (*çok küçük bir istisna olan Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin düzenlenmesi² ve aslında yasama işlevine giren OHAL kararnameleleri dışında*) 2017 yılındaki Anayasa değişikliğine kadar idareye özgülenmiş asli bir düzenleme alanı bulunmamakta idi³. Bu konudaki yukarıda belirtilen istisnalar dışında idarenin herhangi bir konuda “asli” düzenleme yetkisi var olmayıp idarenin düzenleme yetkisi *türevsel* idi. Anılan istisnalar dışında her konudaki asli düzenleme yetkisi yasama erkine (TBMM) ait idi.

A. FRANSA VE ABD ÖRNEKLERİ

Yürürlükteki 1958 Fransız Anayasası’nda (m. 34) münhasıran yasama erkine rezerve edilmiş düzenleme alanları, sayma yoluyla (*numerus clausus*) belirlenmiş olup sayılanlar dışında kalan her konuda idareye de asli düzenleme yetkisi tanınmıştır. Fakat Fransa teknik olarak tam bir başkanlık sistemi olarak görülemeyeceğinden bu düzenleme

² Bkz. Anayasa m. 107 (önceki hâli).

³ Bkz. Öztürk, B. (2009). *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara: Yetkin Yay.

yetkisi tek başına cumhurbaşkanı tarafından değil Bakanlar Kurulu tarafından kullanılmakta fakat Cumhurbaşkanlığı'nun da nihai onayına tabi olmaktadır⁴.

Diğer bir anlatımla Fransız Anayasası, yasamanın asli düzenleme alanı ile yürütmenin asli düzenleme alanını ayırtmış ve böylece yürütmeye de asli bir düzenleme alanı tanımıştır. Ancak Fransız Anayasa Konseyinin yerleşik içtihadına göre⁵ yasamanın kendisine rezerve edilmiş konular dışında da yani yürütmeye tanınmış asli düzenleme alanında da kanunla düzenleme yapmasına hukuki engel bulunmamaktadır. Yani idarenin asli düzenleme alanında yasamanın da (kanunla) düzenleme yapması mümkündür ama tersi yani yasamanın düzenleme alanında yürütmenin/ idarenin asli düzenleme yetkisini kullanması mümkün değildir.

Fransız Anayasası'ndaki yine aynı hükümde yasama tarafından bizzat düzenlenmesi gereken konular dışında yasama tarafından genel ilkeleri ve genel çerçevesi belirlenmesi gereken konular da ayrıca sayılmıştır. Yani anılan maddede sayılan ilk kategoriye giren konulardaki düzenlemeler bütünüyle yasama tarafından kanunla yapılacak, ikinci kategoride sayılan konularda yasama sadece temel ilkeleri belirlemekle yetinebilecek ve diğer hususları idareye bırakabilecektir. Her iki kategoriye girmeyen konularda ise (üçüncü kategori), yasamanın herhangi bir yasal düzenleme yapmasına gerek bulunmaksızın idare asli düzenleme yetkisini kullanabilecektir. Ancak yukarıda belirtildiği gibi arzu ettiği takdirde yasamanın birinci kategoriye giren konularda da ikinci ve üçüncü kategoriye giren konularda da yasal düzenleme yapmasına engel yoktur.

Fransız Anayasası'nın 34. maddesinde yasamaya rezerve edilmiş *asli* düzenleme konuları *medeni haklara ve kamu hürriyetlerine yönelik temel hak ve hürriyetler, basın ve medyaya sınırlamalar, milli savunma mükellefiyetleri, vatandaşlık, tapu ve miras konuları, suç ve cezaların belirlenmesi, ceza yargılaması usulü, af, yargıçların ve mahkemelerin yetki ve statüsü, vergi ve benzeri mali yükümlülükler, para basımı, yerel ve genel seçimlerin rejimi, kamu tüzel kişiliği kategorilerinin oluşturulması, kamu görevlilerinin özlük hakları, özelleştirme ve devletleştirme* olarak belirlenmiştir.

⁴ a.g.e.

⁵ CC, 82/143DC; 2000/439DC.

Fransız hukukunda idarenin düzenleme yetkisi konusunda benimsenen bu yöntem, gerekli hâllerde idareye ihtiyacı olan esnekliği sağlayarak, gereken hâllerde ise yasamanın devreye girmesine imkân tanıyarak kişi hak ve hürriyetlerinin güvenceye alınması yönlerinden kanımızca realist ve isabetli bir yöntemdir.

ABD örneğinde ise başkan, başkanlık kararname (executive order) yoluyla düzenleme yapma yetkisine sahiptir. Bu konuda ABD Anayasası'nda özel bir düzenleme bulunmamasına karşın bu düzenleme yetkisinin dayanağının Anayasa'nın 2. maddesindeki yürütme yetkisinin başkan tarafından kullanılacağına dair hüküm olduğu kabul edilmektedir⁶. Uygulamada tüm başkanlar bu şekilde kararnamelerle düzenleme yapma yetkilerini kullanmaktadırlar. Özellikle federal düzeyde idari birimlerin yeniden teşkilatlandırılması, kamu güvenliğine ilişkin konular ile sağlık ve çevre konularında bu düzenleme yetkisi sıklıkla kullanılmaktadır.

Başkanın bu düzenleme yetkisi, federal mahkemelerin yargısal denetimine tabidir. Örneğin 1996 yılında Başkan Clinton tarafından çıkarılan ve grev hakkını kullanan işçiler yerine başka işçi istihdam eden firmalara mali yaptırım öngören kararname Federal Yüksek Mahkeme tarafından hukuka aykırı bulunmuştur⁷.

ABD'de başkanın kararnamelerle kullandığı bu düzenleme yetkisinin "asli" bir düzenleme yetkisi olup olmadığı yani federal bir kanuna dayanmak zorunda olup olmadığı hususu tartışmalıdır. Genel kabul gören yaklaşım, teorik olarak başkanın "asli" düzenleme yetkisine sahip olduğu ancak Kongrenin yasal izni veya onayı bulunmadığı sürece pratikte bu şekilde yapılan "asli" düzenlemenin uygulamaya geçirilmesinin mümkün olmayacağı yönündedir⁸. Örneğin Başkan Bush 11 Eylül terör saldırıları sonrasında kararname ile doğrudan kendisine bağlı bir İç Güvenlik Ofisi kurmuş fakat bu konuda yasal bir yetkilendirme bulunmadığı için Kongre tarafından bütçesi onaylanmadığından Ofis fiilen çalışmamış, Başkan sonradan bu konuda yasal bir düzenleme yapılmasını talep etmek zorunda kalmıştır.

⁶ Bkz. Çolak, Ç. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Menagement Journal*, C. 3, özel sayı, s. 51 vd.

⁷ a.g.e.

⁸ COOPER, P. J. (2014), *By Order of the President, The Use and Abuse of Executive Direct Action*, 2. Edition, University Press of Kansas, s. 35 vd.

Hatta başkanlar bazen Kongreyi belli bir konuda kanun çıkarmaya zorlamak için de kararname ile düzenleme yoluna gidebilmektedirler. Yine her hâlükârda başkanlık kararnamelerinin yürürlükteki kanunlara aykırı olmayacağı genel kabul gören bir yaklaşımdır⁹.

B. CBK'LER BAŞKANLIK SİSTEMİNDEN BAĞIMSIZ GENEL BİR İHTİYAÇTAN MI KAYNAKLANMAKTADIR?

CBK'ler (daha doğrusu idareye belli konularda asli düzenleme yetkisi tanınması) Başkanlık sisteminin bir tür "mütemmim cüz"ü ya da "olmazsa olmaz" mıdır? Yoksa parlamenter sistemde dahi bulunması gereken pratik bir gereklilik midir? Başkanlık sisteminden tekrar parlamenter sisteme dönülse bile (güçlendirilmiş parlamenter sistem vs.) Bakanlar Kurulu kararnamelerine dönüşmüş şekilde (CBK yerine BKK) yürütmeye belli konularda ve sınırları çizilmiş şekilde asli düzenleme yetkisi tanınmaya devam edilmesi daha mı uygundur?

Yukarıda da değinildiği üzere örneğin ABD'de başkanın düzenleme yetkisinin "asli" olup olmadığı tartışmalı bir husustur. Başkanın yürütmeye ilişkin konularda "asli" bir düzenleme yetkisine sahip olduğu ABD Anayasası'nın yürütme erkinin başkan tarafından kullanılacağına dair genel hükmünden (m. 2) hareketle daha ağır basan bir görüş olmakla birlikte asli düzenleme yetkisine sadece yasamanın yani Kongrenin sahip olduğundan hareketle başkanın ancak "tali" bir düzenleme yetkisine sahip olabileceğine dair diğer görüş de etkin biçimde savunulmaktadır. Ama her hâlükârda başkanın düzenleme yetkisinin "asli" nitelikte olduğunu savunanlar bile bu yetkinin "asli" niteliğini başkanlık sisteminin doğasından gelen özelliğinden bahisle değil yönetimdeki etkinliğe ilişkin pratik gerekliliklerden bahisle savunmaktadırlar.

Gerçekten de başkanın asli düzenleme yetkisine sahip olması genel olarak başkanlık sistemi için vazgeçilemez ve "olmazsa olmaz" bir yetki olarak görülmemektedir. Başkanlık sisteminin olmazsa olmaz nitelikleri; yasama ile yürütmenin net ve kesin biçimde ayrılığı (sert kuvvetler ayrılığı), başkanın halkoyu ile göreve gelmesi, hükümetin göreve başlaması veya devamı için yasamanın onayına ihtiyaç duyulmaması gibi kuralların bulunmasıdır¹⁰. Başkanın asli düzenleme yetkisine sahip olması bu mutlak nitelikler arasında bulunmamaktadır.

⁹ a.g.e..

¹⁰ Gözler, K. (2010). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, Bursa, Ekin yay., Cilt I, s. 569-586.

Bu olgu ayrıca yürütme erkinin temel fonksiyonu açısından da mutlak bir zorunluluk değildir. Zira “kanun yapmak” yani asli düzenleme yetkisine sahip olmak yasama erkinin temel fonksiyonlarından olmasına karşın kanuna dayanmadan ilk elden norm koyabilmek yani düzenleme yapabilmek yürütme erkinin temel fonksiyonlarından değildir. Yürütme erkinin temel fonksiyonu, yasamanın yaptığı kanunları “uygulamak” yani icra etmektir. Kuşkusuz bu temel fonksiyonunu yerine getirirken yürütmenin de çeşitli düzenlemeler yapması yani önceden kurallar/normlar öngörmesi gerekebilir. Ne var ki bu kural/norm koyma işinin “asli” yani ilk elden olması mutlaka gerekli olmayıp kanunlara dayanmak ve mevcut kanunları yorumlayıcı ve açıklayıcı nitelikte “türevsel” ve “tali” bir düzenleme yetkisi ile yetinilmesi de pekâlâ mümkündür.

Diğer bir ifadeyle başkanlık sisteminde başkanın asli düzenleme yetkisine sahip olmayıp “türevsel ve tali” bir düzenleme yetkisiyle yetinmesi de mümkün olup böyle bir yetkinin bulunmaması başlı başına başkanlık sistemi ile bağdaşmayacak bir özellik olarak görülemez.

Öte yandan, parlamenter sistemde de yürütmeye (Bakanlar Kurulu + Cumhurbaşkanı) tanınan düzenleme yetkisinin mutlaka “türevsel ve tali” olma zorunluluğu yoktur. Parlamenter sistemde yürütmeye “asli” düzenleme yetkisi tanınmasına ilkesel olarak bir engel bulunmamaktadır. Burada önemli olan, yürütmeye tanınan asli düzenleme yetkisinin sınırlarının iyi belirlenmesi, çerçevesinin iyi çizilmesi ve yasamanın gerek duyduğunda her zaman müdahalesinin (yani bu konularda yasal düzenleme yapabilmesinin) mümkün görülmesidir. Yani yürütmeye tanınan bu asli düzenleme yetkisinin yasama aleyhine ve yürütme lehine “münhasır” nitelikte olmaması önemlidir. Asli düzenleme yetkisinin hem başkanlık hem de parlamenter sistem ile bağdaşmayacak yönü burasıdır.

Tabii ki bu durumda yani parlamenter sistemde bu *asli* düzenleme yetkisini tek başına cumhurbaşkanı değil esas olarak bakanlar kurulu kullanacak ve cumhurbaşkanı, “karşı-imza” kuralı çerçevesinde sadece paylaşılmış bir yetki kullanabilecektir.

Yürütmenin asli düzenleme yetkisine pratikte niçin ihtiyaç duyulmaktadır?

Uygulamada (yerel idareler, üniversiteler ve kamusal meslek örgütleri gibi “özerk idareler” dâhil edilmemek kaydıyla) *merkezî idarenin* teşkilatlanması ve kendi içinde görev paylaşımının revize edilmesi,

mülkiyet hakkını doğrudan sınırlamayan ve kişilere doğrudan vergi ve benzeri mali yükümlülük getirmeyen salt ekonomik konular, kamu görevlilerinin (özlük hakları ile yerel idareler ve üniversiteler gibi özerk idarelerdeki karar alıcı makamlarda bulunanlar hariç) atanma usul ve esasları gibi konularda yürütmenin yasamanın kanununa ihtiyaç duymadan ve böyle bir yasal düzenlemeyi beklemeden derhâl ve ilk elden düzenleme yapabilmesi daha etkin bir yönetim anlayışına katkı verebildiği gibi kamu hizmetlerinin daha etkin ve verimli biçimde sunumunu sağlayabilecektir.

Nitekim bu konularda yasama organının devreye girerek yeni yasal düzenlemeler veya mevcut kanunlarda değişiklikler yapmasının beklenmesi genellikle ciddi bir zaman gerektirmektedir. Gerek parlamentodaki yasama süreçlerinin usule ilişkin açıdan çok daha formel olmasından kaynaklanan, gerekse parlamentoda tek bir partinin salt çoğunluğunun bulunmaması durumlarında kanun çıkarmanın partiler arasında müzakere ve pazarlık süreçleri gerektirmesinden kaynaklanan nedenlerle kanun çıkarmak pratikte kolay olmayabilmektedir. Bu nedenle yürütmenin idari düzenlemeler yapmasının parlamentonun kanun yapmasına göre bariz biçimde daha kolay ve pratik olduğunda kuşku bulunmamaktadır.

Burada gerek *demokratik meşruiyet* yönünden gerekse anayasal “kanunilik ilkesi” yönünden önemli olan, yürütmenin asli düzenlemelerinde (salt ekonomik haklar ayrık olmak üzere) temel hak ve özgürlüklere doğrudan sınırlama getirilememesi, suç ve ceza ihdas edilememesi, doğrudan vergi ve benzeri mali yükümlülük konulamaması ve yerel idareler, üniversiteler ve kamusal meslek örgütleri gibi özerk idarelere müdahale edilememesidir.

C. CBK'LER CUMHURBAŞKANI'NIN DÜZENLEME YETKİLERİNDE BİR TÜR ZAYIFLAMA NİTELİĞİNDE MİDİR?

2017 Anayasa değişikliği ile başkanlık sistemine geçilerek Cumhurbaşkanı'nın gerek yürütme içinde gerekse yasama ve yargı nezdindeki konumunun çok ciddi biçimde güçlendirilmesi amaçlanmıştır.

Buna karşın önceki dönemde dahi yürütmeye tanınan kanunla eş değer (kanun kuvvetinde) düzenleme yapma (KHK) ve böylece (yetki kanunu uyarınca da olsa) parlamentonun yaptığı kanunları değiştirebilme hatta yürürlükten kaldırabilme yetkisinin yeni sistemde (olağan dönemlerde)

yürütmeyi tek başına temsil eden Cumhurbaşkanı'na tanınmamış olması oldukça ilginç hatta kendi içinde çelişkili bir durumdur.

Normalde yasama erkine *rağmen* yürütme erkine verilebilecek en çarpıcı ve önemli yetki olarak görülebilecek "kanun kuvvetinde düzenleme yapma yetkisinin" yeni dönemde ciddi biçimde güçlendirilmiş yürütmeye (CB'ye) niçin tanınmamış olduğu gerçekten merak konusudur.

Nitekim yeni dönemde CB'ye kanun hükmünde kararname (KHK) çıkarma yetkisi tanınmamış, daha doğrusu KHK'ler hukuk sisteminden bütünüyle kaldırılmış olup bunun yerine öngörülen CBK'ler ise yukarıda da vurgulandığı üzere kanun kuvvetinde olmayıp kanunları değiştirememekte ve yürürlükten kaldıramamaktadır. Hatta kanunların her yönden CBK'lere normatif üstünlüğü ilkesi Anayasada (m. 104/17) açıkça vurgulanmıştır. CB'nin kanun kuvvetinde düzenleme yapma yetkisi yeni dönemde sadece OHAL dönemleri için kabul edilmiştir.

O hâlde yeni sistemde bir yandan CB, gerek yürütme erki içindeki konumu (yürütmeyi tek başına temsil ve tek başına yürütmenin başı olması hasebiyle) gerek yasama ve yargı erklerine göre konumu açısından öncesine göre çok ciddi biçimde güçlendirilmişken diğer yandan yürütmenin öncesinde bile sahip olduğu kanuna eş değer düzenleme yapabilme yetkisinden (olağan dönemler için) mahrum edilmiş olması gerçekten açıklaması güç bir tutarsızlık gibi görünmektedir.

Eğer bunun nedeni, CBK'ler ile (önceki) olağan dönem KHK'lerinin zaten aynı nitelikte olduğu ve üstelik birinciler için yetki kanununa da ihtiyaç olmadığından Cumhurbaşkanı için CBK'lerin KHK'lere göre daha da avantajlı olduğu düşüncesi ise bu düşünce teknik hukuk açısından bütünüyle hatalıdır. Çünkü yukarıda da vurgulandığı gibi olağan dönem CBK'leri, (önceki) KHK'lerin "kanun kuvvetinde" olması özelliğini taşımamaktadır. Yani CBK'ler kanun/KHK seviyesinde değil normatif olarak daha alt seviyededir. Nitekim kanunları değiştirememekte veya yürürlükten kaldıramamaktadır.

Kaldı ki bu noktada yasamanın yetki kanununa ihtiyaç bulunmamasının da önemi yoktur. Zira (eski sistemdeki) tüzükler veya yönetmelikler gibi idari düzenlemeler için de zaten teknik olarak "yetki kanunu"na ihtiyaç olmadığından bu hususta da ekstra bir yenilik bulunmamaktadır.

Eğer bu “çelişkili durum”un gerçek nedeni, 2017 Anayasa değişikliklerinin hazırlanış sürecindeki siyasal aktörlerin kendi aralarındaki müzakerenin ürünü olan bilinçli bir tavizden kaynaklanmıyorsa Cumhurbaşkanı’nun hukuki yetkileri açısından ortaya çıkan bu “tenzil-i rütbe”nin geriye kalan tek realist nedeni, teknik bir hata (*dizayn hatası*) yapılmış olması gibi görünmektedir.

D. CUMHURBAŞKANI’NIN YENİ DÜZENLEME YETKİSİ, PARLAMENTO İLE CUMHURBAŞKANI’NI KARŞI KARŞIYA MI GETİRMEKTEDİR?

Yukarıda da ifade edildiği gibi 2017 Anayasa değişikliği ile -Parlamentonun gerek gördüğünde her zaman kanun çıkarma yetkisinin saklı olduğunun varsayılması ve ayrıca Anayasa’da özel olarak kanunla düzenleneceği belirtilen temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılması (salt ekonomik nitelikli haklar hariç) özerk idarelerin kurulma, teşkilatlanma ve üzerlerindeki idari denetim yetkileri ve kişilere -idari de olsa- suç ve ceza öngörülmesi gibi hassas konuların CBK ile düzenlenmemesi kaydıyla Genel İdare (Cumhurbaşkanlığı, bakanlıklar ve bağlı, ilgili kuruluşları) teşkilatının organize edilmesi, özellikle ekonomik konular gibi acil hareket edilmesi gereken hâllerde yürütmeye asli ve özerk bir düzenleme alanı bırakılması isabetlidir ve kanaatimizce Türk kamu hukuku sisteminde ciddi bir reform mahiyetindedir.

Bununla birlikte eğer bu yeni sistemde Cumhurbaşkanı, CBK’ler ile asli düzenleme yetkilerini gereğinden fazla kullanıp kendisini adeta parlamentoya “alternatif” bir “*stepne yasama organı*” konumuna getirmeye çalışırsa ve bu bağlamda Anayasa ile belirlenmiş düzenleme alanını da zorlayan yani “kanun” alanına da müdahale edip kişilerin temel hak ve özgürlüklerini ve özerk idarelerin yetki alanını da etkileyen kararnameler (CBK’ler) çıkararak Anayasa Mahkemesini sürekli bir “test” ve “baskı” ortamına sokarsa yeni sistemin ciddi bir demokrasi ve hukuk devleti “krizi” ortaya çıkarabileceği de olasılık dâhilindedir.

Sonuçta bu konuda da yeni sistemin düzgün işlemesi Cumhurbaşkanı’nın “kişiliği” ve “yapısı” ile doğru orantılı görünmektedir. Sistemlerin düzgün işlemesinin kişilerin yapı ve karakterlerine endeksli olmasının ne kadar sorunlu ve irrasyonel bir sistem kurma modeli olduğunu değerlendirebilmek için ise mutlaka siyaset bilimi ve kamu yönetimi uzmanı olmak gerekmektedir.

II. CBK'LERİN HUKUKSAL NİTELİĞİ

A. CBK'LERİN YASAMA İŞLEMİ Mİ İDARİ DÜZENLEME Mİ OLDUĞU ve NÖRMLAR HİYERARŞİSİNDEKİ YERİ

2017 sonrası sistemde, teknik olarak olağan dönemlerdeki Cumhurbaşkanlığı kararnameleri “yasama işlemi” değil “idari işlem” (idari düzenleme) mahiyetindedir. Tıpkı -yeni sistemde kaldırılan-tüzükler gibi normatif olarak en üstteki idari düzenleme niteliği taşımalarına rağmen Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin tüzüklere göre farklı olan yanı, düzenlemeleri mümkün olan alanlarda yasal dayanağa ihtiyaç duymaması yani türevsel değil *asli düzenleme* yapılabilmesidir. Öte yandan önceki dönemdeki (olağan dönem) KHK'ler ile yeni sistemdeki CBK'ler de hukuki mahiyetleri itibarıyla tamamen farklıdır.

Cumhurbaşkanlığı kararnamelerinin yasama işlemi olmayıp idari düzenleme niteliği taşımasının pratikteki anlamı, olağan dönemlerde söz konusu bu CBK'lerin kanunları değiştiremeyecek veya yürürlükten kaldıramayacak olmasıdır. Yani olağan dönemlerde, Cumhurbaşkanı'na tek başına TBMM'nin yerine geçerek kanun veya kanuna eş değer düzenleme yapma yetkisi verilmesi teknik olarak söz konusu değildir. Anayasa'nın yeni hâlinde Cumhurbaşkanı'na bu yetki sadece olağanüstü dönemler için tanınmaktadır (m. 119). Bu yetki önceki OHAL KHK'leri ile aynı nitelikte olan OHAL CBK'leri ile öngörülmektedir.

Bu bağlamda CBK'leri -zaten Cumhurbaşkanı yürütme organının temsilcisi olduğundan- “organik” açıdan da yasama işlemi olarak görmek olanaksızdır. Diğer yandan bunlar (OHAL dışında) kanunları değiştirebilme veya yürürlükten kaldırabilme fonksiyonu da taşımadığından bunları “işlevsel (fonksiyonel) açıdan da yasama işlemi olarak görmek mümkün değildir. O hâlde CBK'lerin gerek organik gerek işlevsel açıdan idari düzenleme (idari işlem) olarak görülmeleri dışında bir seçenek kalmamaktadır.

Aslında 2017 değişikliği ile getirilen yenilik, önceki sistemde CB'ye kanuna ihtiyaç duymadan “asli ve özerk düzenleme yetkisi” şeklinde istisnai biçimde tanınmış olan “Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin personel ve teşkilatlanmasını CB kararnamesi ile düzenleme” yetkisinin çok daha genişletilmesidir. Öncesinde sadece tek bir konuyla sınırlandırılmış olan CB'nin kararname ile doğrudan ve ilk elden (asli) düzenleme yetkisi, kamu idaresinin personel ve idari yapılanmasını

düzenlemek ve ayrıca -ekonomik haklar dışındaki temel hak ve özgürlüklere dokunmamak kaydıyla- kanunla düzenleme yapılmamış olan diğer konularda da idari düzenlemeler yapabileceği şeklinde ciddi bir genişlemeye tabi tutulmaktadır. Olağanüstü hâl dönemlerinde ise bu yetki zaten tıpkı öncesinde olduğu gibi adeta sınırsızdır.

Üstelik Cumhurbaşkanı sadece olağanüstü hâllerde değil olağan dönemlerde de bu yetkisini kullanırken artık parlamentonun çıkaracağı herhangi bir kanunu referans almak zorunda olmadığı gibi parlamentonun herhangi bir “yetki kanunu” çıkarmasına da ihtiyaç duymayacaktır. Yani CB, pratikte artık düzenleme yapmak için parlamentoya ihtiyaç duymamaktadır. Ancak bu “avantajın” bir tür dengeleyicisi olarak, yaptığı bu düzenleme (CBK) -olağan dönemlerde- parlamentonun çıkardığı kanunu değiştiremeyecek veya yürürlükten kaldıramayacaktır. Yani Cumhurbaşkanı, parlamentonun “yetki kanunu”na ihtiyaç duymamasının karşılığında olağan dönemlerde parlamentonun çıkardığı kanunu değiştirebilme veya yürürlükten kaldırabilme yetkisinden vazgeçmiş olmaktadır.

Bununla birlikte teorik olarak bu konuda çok şey değişmiş gibi görünmesine karşın şeklen “yetki kanunu”na ihtiyaç duymama hususunu bir yana bırakırsak pratikte değişen çok az şey vardır: Önceki sistemde de yürütme (olağan dönemlerde) ekonomik haklar dışında kalan temel hak ve özgürlükler konusunda (KHK ile bile) düzenleme yapamıyordu, yeni sistemde de yapamamaktadır. Yani yürütmenin yapabileceği düzenleme konularında aslında (tek bir konu dışında) genişleme yoktur. Yürütmenin düzenleme alanına yeni dâhil olan tek konu, “bakanlıkların teşkilatlanması ve üst düzey kamu görevlilerinin atanması” ve bununla bağlantılı olan bazı idari kurumların (MGK ve DDK gibi) düzenlenmesi ve yeni kamu tüzel kişiliği kurulabilmesidir.

Temel hak ve özgürlüklere dokunmamak kaydıyla kanunla düzenleme yapılmamış diğer konularda asli düzenleme yetkisi ise yasama organının mevcut kanunları yürürlükten kaldırıp CB için “alan boşaltması” yapmadığı sürece¹¹, pratikte etkisi oldukça sınırlı kalabilecek bir yeniliktir. Nitekim uygulamada kanunlarla hiç düzenlenmemiş pek az konu bulunduğu söylenebilir.

¹¹ Örneğin böyle bir alan “boşaltması” 703 sayılı KHK ile yapılmış ve CBK ile düzenlemeye yer açabilmek adına daha önce yürürlükte olan birçok kanun hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bunların büyük çoğunluğu zaten yeni sistemde açıkça ve özel olarak CBK’ler ile düzenlenebileceği öngörülen merkezî idarenin teşkilatlanması, kamu görevlilerinin atama usul ve esasları gibi konulardır.

Asli düzenleme yetkisi zaten “ilk elden ve doğrudan” düzenleme yapma yetkisini içerdiğine göre (olağan dönemlerde) CBK’lerin teorik olarak *yasama işlemi* değil *idari işlem* olmasının da aslında pratikte fazla önemi bulunmamaktadır. Sonuçta o ya da bu şekilde bir konuda “ilk elden ve asli biçimde” düzenleme yapılabildiği ve bu düzenleme için daha üst bir norma (kanun gibi) dayanma zorunluluğu da bulunmadığı sürece teorik açıdan niteliğine yasama işlemi de denilse idari işlem de denilse pratikte önemli bir farkı bulunmamaktadır.

Bu konuda pratikteki tek yenilik, Cumhurbaşkanı’nun asli düzenleme yetkisine sahip olduğu konularda artık parlamentonun kanununa dayanma zorunluluğu da, parlamentonun “yetki kanunu”na da ihtiyacı bulunmamasıdır. Ancak tekrar ifade etmek gerekirse bunun karşılığında (Olağanüstü hâl rejimi dışında) Cumhurbaşkanı’nun kendisi de parlamentonun çıkardığı kanunu değiştirebilme veya yürürlükten kaldırabilme “lüksüne” ve avantajına artık sahip değildir.

Normlar hiyerarşisindeki konumlarına gelirse asli düzenleme yetkisine sahip olması CBK’lerin kanunla eş değer norm olduğunu göstermez. Zira bir hukuk normunun diğer bir hukuk normuyla normlar hiyerarşisi yönünden eş değer olup olmadığının somut göstergesi, her iki normun birbirini değiştirip değiştiremeyeceği veya birbirini yürürlükten kaldırıp kaldıramayacağı özelliği ile belirlenebilir. Bu bağlamda her iki norm arasında (özel kanun-genel kanun ve önceki kanun-sonraki kanun ilişkisi dışında) birbirine aykırı olmama ilişkisi kurulamıyorsa o iki norm birbirine normatif yönden eş değerdir. Aksi hâlde iki norm birbirine eş değer olmayıp aralarında normatif yönden astlık-üstlük ilişkisi vardır.

Nitekim Türk idare hukuku sisteminin büyük ölçüde örnek alındığı Fransız sisteminde de yukarıda belirtildiği gibi Anayasa ile, kanuna rezerve edilmiş konular dışında idareye *asli* düzenleme yetkisi tanınmıştır. Bununla birlikte idarenin bu şekilde yaptığı idari düzenlemelerin kanunla eş değer olması söz konusu değildir. Fransız hukukunda idarenin bu anayasal asli düzenleme alanında yaptığı düzenlemelerin kanuna eş değer olduğu yönünde kabul gören bir anlayış bulunmamaktadır.

Türk hukukunda da önceki sistemde Cumhurbaşkanı’na, Cumhurbaşkanlığı Genel Sekreterliğinin kuruluş ve görevlerini düzenlemede “asli düzenleme yetkisi” öngörülmüştü. Cumhurbaşkanı bu konudaki düzenlemesini kanun olmadan (herhangi bir kanunu

dayanak/referans almadan) tek başına yapmaktaydı¹². Buna karşın bu düzenleme kanunla eş değer görülmemektedir. Cumhurbaşkanının bu konuda çıkardığı kararnamelerin yasama işlemi veya kanuna eş değer olduğu kabul edilmemektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi yeni sistemde getirilen de bir anlamda önceki sistemdeki Cumhurbaşkanına verilen bu istisnai yetkinin daha genel ve kapsamlı hâle getirilmesinden ibarettir.

Bununla birlikte CBK'ler normatif olarak yönetmeliklerin ve diğer idari düzenlemelerin ise üstündedir. Zira Anayasa'nın 2017 yılında düzenlenen yeni hâliyle 124. maddesinde yönetmeliklerin kanunlar yanında CBK'lere de aykırı olamayacağı açıkça öngörülmüştür. Bu noktada her ne kadar Anayasa m.104/18 hükmünde Cumhurbaşkanının görevleri arasında sayılan yönetmelik çıkarma görevinin "kanunların uygulanmasını sağlamak üzere" olacağı belirtilip CBK'lerin uygulanmasını sağlamak üzere yönetmelik çıkarabileceği belirtilmese de CB'nin yönetmelik çıkarabilmesi için bu konuda m. 124 ile verilen yetkinin yeterli olduğu ve m. 104/18 hükmündeki bu eksikliğin unutkanlık ve özensizlikten kaynaklandığı açıktır.

Bu bağlamda normlar hiyerarşisi açısından CBK'ler önceki sistemdeki KHK'lerden ziyade tüzüklere yakın konumdadır.

CBK'lerin tüzüklerden şekli yönden tek farkı, yargısal denetimlerinin Danıştaya değil Anayasa Mahkemesine verilmiş olması, maddi yönden tek farkı ise (olağan dönemler için) Anayasa ile yasaklanmamış alanlarda ve özellikle de kamu idaresinin yapılanması ve üst düzey kamu görevlilerinin atanması konularında yasal düzenleme (dayanak) bulunmasa da ilk elden (asli) düzenleme yapabilmesidir. Bu nedenle CBK'leri aslında eski sistemdeki tüzüklerle kanunlar/KHK'ler arasına bir yere (tüzüklerin üstüne, kanunların/KHK'lerin altına) yerleştirmek daha uygundur.

Bu noktada ayrıca belirtmek gerekir ki 2017 değişikliğinde Anayasa m. 148'e yapılan ekleme ile CBK'leri yargısal yönden denetleme yetkisi özel olarak Anayasa Mahkemesine verilmiştir. Anayasa'ya böyle bir özel hüküm konulmasaydı genel hükümlere göre CBK'leri yargısal yönden denetlemek yetkisi Danıştaya ait olacaktı. Bunun için ayrı ve özel bir düzenlemeye dahi gerek yoktu. Çünkü Türk hukukunda, tıpkı Fransa gibi idari düzenlemelerin yargısal denetimi anayasal bir yüksek

¹² Bkz. Anayasa m. 107 (önceki hâli).

mahkeme niteliğinde olan Danıştay tarafından yapılmaktadır (2575 sayılı Danıştay Kanunu m.24¹³).

Bununla birlikte bu konuda özel olarak Anayasa Mahkemesinin görevlendirilmiş olması, tek başına bunların *yasama işlemi* niteliğinde olduğunu göstermez. Her ne kadar Türk hukuk sisteminde normalde yasama işlemlerinin yargısal denetimini Anayasa Mahkemesi, idari düzenlemelerin yargısal denetimini ise Danıştay yapsa da CBK'ler (olağan dönemlerde) kanunları değiştiremediği veya yürürlükten kaldıramadığına yani kanunlarla eş değer normatif güce sahip olmadığına ve kanunların CBK'lerden üstün oldukları Anayasa'da açıkça da vurgulandığına göre bunlardan olağan dönemlerde tesis edilenleri hukuken yasama işlemi niteliğinde değil idari düzenleme mahiyetindedir.

Nitekim Anayasa'nın yeni hâlindeki m. 104/17 hükmü açık biçimde "*Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile kanunlarda farklı hükümler bulunması halinde kanun hükümleri uygulanır. Türkiye Büyük Millet Meclisinin aynı konuda kanun çıkarması durumunda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi hükümsüz hâle gelir.*" demektedir.

CBK'lerin yargısal denetimin Danıştaya değil Anayasa Mahkemesine verilmesi kendi içinde tutarlı olmamasına karşın tali kurucu iktidarın spesifik ve *usule ilişkin* bir tercihten kaynaklanmaktadır ve bu tercihin esasa yönelik bir etkisi bulunamaz. Bir düzenlemenin yargısal denetim yerinin farklı olması, tek başına o düzenlemenin hukuki niteliğini etkileyen veya belirleyen bir kanıt olamaz.

Anayasa Mahkemesine tanınan bu özel yetkinin sebebi ise muhtemelen AYM üyelerinin ezici çoğunluğunu (15 üyeden 12'sini), Danıştay üyelerinin ise sadece dörtte birini Cumhurbaşkanı atadığından¹⁴ ve yüksek mahkeme olarak Danıştayın üye sayısı AYM'ye oranla çok daha fazla olduğundan¹⁵ AYM'nin önümüzdeki dönemlerde

¹³ Hangi isim altında olursa olsun bu hükme göre ülke çapında uygulanacak idari düzenlemelere karşı açılan davalarda ilk derece mahkemesi olarak Danıştay görevlidir. Yerel veya bölgesel düzeyde uygulanan idari düzenlemelere karşı açılan davalarda ise genel görevli idare veya vergi mahkemeleri görevlidir.

¹⁴ Bkz. Anayasa m. 146 ve m. 155.

¹⁵ Danıştayda Temmuz 2022'ye kadar üye sayısının 116'dan 90'a düşmesi öngörülmüştür.

Cumhurbaşkanı'nın hassasiyetlerini daha fazla dikkate alacağını beklenmesi ve öngörülmesidir. Böyle bir "beklenti"nin ise hukuk devleti ile yargı bağımsızlığı ve tarafsızlığı prensipleriyle bağdaşmadığı son derece açıktır.

Sonuçta 2017 Anayasa değişikliği ile bu konuda pratikte gelen yenilik, aslında bir idari makam olan Cumhurbaşkanı'na yasamanın çıkaracağı kanunu referans almadan birçok konuda "asli" yani ilk elden idari düzenleme yetkisi tanınmasından ibarettir¹⁶. Böylece yukarıda da işaret edildiği gibi Anayasa'nın önceki hâlinde (m. 107) CB Genel Sekreterliğinin kuruluş ve görevlerine dair Cumhurbaşkanı'na tanınmış olan asli idari düzenleme yapma yetkisi, kanunla düzenlenmeyen diğer konular için de genişletilmiş olmaktadır. Yargısal prosedür açısından diğer bir yenilik ise aslında idari işlem niteliğinde olan bu kararnamelerin yargısal denetim mercii olarak Danıştay yerine özel hüküm ile Anayasa Mahkemesinin görevlendirilmiş olmasıdır.

B. ANAYASA'DA CUMHURBAŞKANLIĞI TEŞKİLATININ CBK İLE DÜZENLENECEĞİNİN AÇIKÇA ÖNGÖRÜLMEMESİ ÇELİŞKİ MİDİR?

CBK ile düzenleme yapılabilecek konuların bazıları Anayasada somut ve spesifik olarak belirlenmiştir. Bunlar;

- Bakanlıkların kuruluş ve görevleri ile merkez ve taşra teşkilatlarını düzenlemek (m. 106/son),
- Kamu tüzel kişiliği kurmak (veya kaldırmak) (m. 123/3),
- Üst düzey kamu görevlilerinin atanma usul ve esaslarını belirlemek (m. 104/9),
- Devlet Denetleme Kurulunu (m. 107/son) ve
- Millî Güvenlik Kurulu Genel Sekreterliğini (m.118/son) düzenlemektir.

Her ne kadar sayılan bu hususlar sınırlı sayıda (*numerus clausus*) olmayıp CB'nin Anayasa m. 104/17 hükmündeki sınırlamalar dâhilinde yürütme alanına ilişkin başka konularda da CBK çıkarması mümkün olmakla birlikte Anayasa'nın CBK ile düzenlenebilecek hususlar arasında bakanlıkların kuruluş, teşkilat ve görevlerini açıkça saymasına rağmen

¹⁶ Bkz. Ardıçoğlu, A. (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, S. 3, ss. 19-51.

Cumhurbaşkanlığı teşkilatının kuruluş, teşkilat ve görevlerini açıkça belirtmemesi ilginç bir çelişki örneğidir.

Üstelik önceki Anayasa'da bile kendi teşkilatını düzenleme hususunda Cumhurbaşkanı'na istisnai biçimde asli düzenleme yetkisi tanınmışken Anayasa'nın yeni hâlinde yetkileri bu derece artan Cumhurbaşkanı'na bu yetkinin tanınmak istenmemiş olması düşünülemez.

Bu noktada bir an için bu durumun bilinçli olduğu; zira cumhurbaşkanlığı teşkilatının düzenlenmesinin özellikle CB'ye bırakılmayarak ve TBMM'ye bırakılarak, devlet üst yönetiminde bir tür denge sağlanmak istenmiş olabileceği teorik olarak savunulabilir bir düşünce olsa da, sözkonusu değişiklik sürecinin konjonktürü açısından bakıldığında gerçekçi görünmemektedir.

O hâlde realist ve tutarlı bir neden bulmak güç olduğundan, bu eksiklik muhtemelen unutkanlıktan ve değişikliğin hazırlık aşamasındaki özensizlikten kaynaklanmaktadır.

Anayasa'nın bakanlıkların kuruluş, teşkilatlanma ve görevlerini CBK ile düzenleme yetkisi tanıdığına göre Cumhurbaşkanlığı teşkilatı ve görevlerinin de CBK ile düzenlenmesinin *evleviyetle (a priori)* mümkün olduğu söylenebilir.

Zira bakanlıkların kuruluş ve görevlerinin CBK ile düzenlenmesini açıkça öngörüp mahallî idarelerin ve diğer özerk idarelerin (üniversiteler gibi) kuruluş ve görevlerini CBK ile düzenlemeyi öngörmemiş olması, Anayasa koyucu iradenin (özerk idarelerin değil ama) genel idarenin (bakanlıklar yanında Cumhurbaşkanlığının da) kuruluş ve görevlerinin CBK ile düzenlenmesini mümkün gördüğü, diğer bir ifadeyle idari teşkilata ilişkin olarak sadece özerk idarelerin CBK ile düzenlenmesini arzu etmediği şeklinde yorumlanabilir.

Öte yandan yürütme alanına ilişkin bulunduğu kuşku bulunmadığından ve zaten Anayasa m. 104/17 hükmündeki sınırlamalar yönünden sorun bulunmadığından (mevcut kanunlarla çelişmeme, temel hak ve özgürlükleri sınırlamama, Anayasa'da kanunla düzenlenmesi öngörülen konulara girmeme¹⁷ vs.), Cumhurbaşkanlığı teşkilatının CBK

¹⁷ Bu noktada sadece Anayasa m. 123/1 açısından, yani idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenlenmesi kuralı açısından bir tartışma yapılabilirse de aşağıda belirteceğimiz üzere Anayasa m. 104/17 hükmünün Anayasa m. 123/1 hükmüne göre daha "özel hüküm" olduğu görüşünü kabul ettiğimizden bu noktadan da sorun görmemekteyiz.

ile düzenlenmesinin Anayasa'daki somut bir hükme aykırılığı da söz konusu olmayacaktır.

C. CUMHURBAŞKANLIĞI KARARNAMESİ VE CUMHURBAŞKANI KARARI AYRIMI

Uygulamada Cumhurbaşkanı tarafından CBK'ler dışında "Cumhurbaşkanı kararı" adıyla da işlemler yapıldığı görüldüğünden "Cumhurbaşkanlığı kararnamesi" (CBK) ile "Cumhurbaşkanı kararı" (CB kararı) terimlerinin aynı şeyi ifade edip etmediği noktasında tereddütler yaşanabilmektedir.

CB kararı, CBK ile aynı kavram olmayıp Cumhurbaşkanı'nun Anayasa'dan kaynaklanan ve m. 104/17 kapsamında kullandığı asli düzenleme yetkisini ifade etmemekte ve Cumhurbaşkanı'nun bir kanuna (veya CBK'ye) dayanarak rutin idari yetkileri kapsamında yaptığı idari işlemi ifade etmektedir. Örneğin CB için kanunlar veya CBK'ler tarafından öngörülen üst düzey kamu görevlilerini atama veya görevden alma yetkileri CB kararı formatında kullanılmaktadır. Bir kanunu veya CBK'yi referans almadan CB kararı çıkarılamaz.

CB kararları idari düzenleyici işlem niteliğinde olabileceği gibi, bireysel idari işlem niteliğinde de olabilir. Normlar hiyerarşisinde CB kararı, CBK'nin altındadır. O nedenle CB kararı, sadece kanunlara değil, CBK'lere de aykırı olamaz. CB kararı aslında tam olarak eski sistemdeki "Bakanlar Kurulu kararına" eş değerdir. CBK'ler ise eski sistemdeki tüzükler ile kanunlar/KHK'ler arasında bir konumdadır.

III. CBK'LER HAKKINDAKİ HUKUKSAL SORUNLAR

A. ANAYASANIN BİZZAT KANUNLA DÜZENLENMESİNİ ÖNGÖRDÜĞÜ KONULARDA CBK İLE DE DÜZENLEME YAPILABİLİR Mİ?

Anayasa'da gerek yürütme erkine ilişkin olarak gerek diğer konulardaki birçok hükmünde somut belli hususların "kanunla" düzenleneceği spesifik olarak belirtilmiştir. Bu hükümlerin büyük çoğunluğu 2017 değişikliği sonrasında da korunmuştur. Örneğin idarenin kuruluş ve görevlerinin (m. 123/1), OHAL'de vatandaşlar için para, mal, çalışma yükümlülüğü getirilmesinin ve temel hak ve özgürlüklerin nasıl sınırlandırılacağı (m. 119/5) ve yürütmenin durdurulmasının sınırlandırılmasının (m. 125/6), bölge idaresi kurulması, görevleri ve

teşkilatının (m. 126/3); mahallî idarelerin kuruluş ve görevleri ile yetkilerinin (m. 127/2) ve bunlara merkezî idare tarafından uygulanacak idari vesayet yetkilerinin (m. 127/5), üniversiteler ve yüksek öğretimle ilgili temel hususların ve akademik hak ve özgürlüklerin (m. 130/1-9), kamusal meslek örgütleri üzerindeki kamusal denetim yetkilerinin (m. 135/5); kamu görevlilerinin özlük işlerinin (m. 128/2) ve Diyanet İşleri Başkanlığının görevlerinin (m. 136) kanunla düzenleneceği Anayasada özel olarak belirtilmiştir.

Bu bağlamda tartışılabilecek husus, Anayasa'da "kanunla" düzenleneceği öngörülen bu konularda, eğer mevcut yasal düzenleme bulunmuyorsa ve Anayasa m. 104/17'de belirtilen diğer sınırlamalara da uymak kaydıyla CBK ile düzenleme yapılıp yapılamayacağıdır. Pratikte anılan hususlarda zaten mevcut yasal düzenlemeler olduğu için ve bir konuda mevcut bir yasal düzenleme varsa zaten CBK çıkarılamayacağından bu tartışma ancak, anılan konulardaki yasal düzenlemelerin TBMM tarafından kısmen veya tamamen yürürlükten kaldırılıp bu alanların düzenlenmesinin yasama tarafından "boşaltılması" hâlinde anlamlı olacaktır¹⁸.

Bu noktada esas olarak Anayasa m. 104/17 fıkrasının 3'üncü cümlesindeki "Anayasa'da münhasıran kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda Cumhurbaşkanlığı kararnamesi çıkarılamaz." ifadesini yorumlamak gerekir.

Anayasa'da kanunla düzenleme yapılması öngörülen ve yukarıda belirtilen hükümlerde kanunla düzenleme yapılması için yasamaya "münhasır" yetki mi tanınmak istenmiştir? Anayasa'daki bu düzenlemelerde "ancak kanunla düzenlenir" veya "münhasıran kanunla düzenlenir" şeklinde ifadeler bulunmadığına göre yasamanın buradaki yetkisinin "münhasır" olduğu nereden çıkarılacaktır? Yoksa Anayasa'nın yeni m. 104/17-3 hükmündeki "münhasıran" ifadesi aslında hatalı kullanılmış olup burada kastedilen "somut ve özel olarak" ifadesi midir?

Yukarıda da belirtildiği gibi Anayasa'nın anılan hükümlerinde bazı konularda "kanunla düzenleme yapılacağı"nın öngörülmesinin anlamı, bu konuların "idari düzenleme" mahiyetinde olan ve kanundan daha alt normlarla düzenlenmesinin Anayasa koyucu

¹⁸ Bu konuda örneğin 703 sayılı KHK ile bu şekilde kısmi bir "alan boşaltması" yapılmış ve CBK ile düzenlemeye olanak sağlamak adına birçok kanun hükmü yürürlükten kaldırılmıştır.

tarafından arzu edilmemesidir. Zira burada özel ve somut olarak belirtilen hususlar Anayasa'yı yapan kurucu iktidar tarafından spesifik önemde görüldüğünden ve bu hususlarda kişiler için daha yüksek derecede bir hukuksal koruma sağlanması amaçlandığından kanuna eş değer normlarla düzenlenmesinin ve daha alt (idari) normlarla düzenlenmemesinin kişilere daha fazla hukuk güvencesi sağlayacağı öngörülmüştür. Nitekim Anayasa m. 7 uyarınca yasama yetkisinin genelliği çerçevesinde yasama organının bu hususlarda kanunla düzenleme yapabilmesi zaten mümkün olduğuna göre Anayasa'nın bu hususlarda kanunla düzenleme yapılmasını ayrıca, açıkça ve özel olarak bir kez daha vurgulamasının nedeni, bu konulardaki düzenleme yetkisini *özellikle* yürütmeye/idareye bırakmak istememesidir.

Bu bağlamda, yukarıda açıklandığı üzere CBK'ler normlar hiyerarşisinde kanunlara eş değer olmadıklarından ve kanunların altında olduklarından ve ayrıca "yasama işlemi" mahiyetinde değil "idari düzenleme" niteliğinde olduklarından Anayasa'da spesifik olarak "kanunla" düzenlenmesi öngörülen hususların (Anayasa m. 104/17'deki diğer sınırlamalara uyulsa bile) CBK ile düzenlenebilmesi kanaatimizce anayasal açıdan mümkün değildir.

Bu durumda Anayasa m. 104/17-3 hükmündeki "münhasıran" ifadesinin içeriğini ve kelime anlamını dahi tartışmaya gerek bulunmadan Anayasa'nın genel sistematığına ve temel yapısına göre özel olarak kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlarda CBK ile düzenleme yapılamayacağı sonucuna rahatlıkla varılabilir.

Bu kanaatimizin somut bir diğer kanıtı ise bizzat Anayasa'nın m. 123/3 hükmüdür. Bu hükümde kamu tüzel kişiliğinin "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle" (CBK) kurulması öngörülmüştür. Eğer Anayasa yapıcının iradesi, Anayasa'da "kanunla düzenleneceği" belirtilen hususlarda CBK ile de düzenleme yapılabilmesinin mümkün olduğu yönünde olsaydı bu hükümde ayrıca "Cumhurbaşkanı Kararnamesi'yle" ifadesinin de özel olarak konulmasına gerek bulunmazdı. Demek ki tali kurucu iktidar, Anayasa'da "kanunla düzenleneceği" belirtilen hususlarda aynı zamanda CBK ile de düzenleme yapılabilmesini öngörmemiş olmalıdır ki kanun dışında ayrıca da CBK ile düzenlenebilmesini mümkün gördüğü konuları (kamu tüzel kişiliği kurulması gibi) bizzat ve özel olarak Anayasa'da belirtmiştir.

Bu noktada Anayasa m. 104/17-3 hükmündeki “münhasıran” ifadesinin hatalı biçimde zikredildiği ve burada asıl amaçlananın ve kastedilenin, Anayasa’da “özel ve somut olarak kanunla düzenleneceği belirtilen hususlarda CBK ile düzenleme yapılamayacağı” düşüncesi olduğu anlaşılmaktadır. Zira Anayasa’da kanunla düzenlenmesi öngörülen hiçbir hükümde *lafzi* olarak “münhasıran” veya “sadece” gibi bir terimin geçmemesi de bu savımızı desteklemektedir.

Eğer bu hükümle kastedilen Anayasa’da mutlaka “münhasıran” kanunla düzenlenmesi öngörülen hususlar olsaydı Anayasa’nın hiçbir hükmünde böyle ifadeler bulunmadığına göre Anayasanın yeni m. 104/17-3 hükmünde -son derece gereksiz ve anlamsız şekilde- Anayasa’da hiç bulunmayan bir ifadeye atıf yapıldığı, yani Anayasa koyucunun “abesle iştigal ettiği” sonucuna varılması gerekecekti. O hâlde Anayasa’nın bu m. 104/17-3 hükmündeki “münhasıran” ifadesinin “özel ve somut olarak” şeklinde anlaşılması ve yorumlanması kanaatimizce daha doğru ve Anayasa’nın genel sistematığına daha uygun bir yaklaşım olacaktır.

Nitekim Anayasa Mahkemesi de Mayıs 2020’de yürürlüğe giren 2020/4 ve 2020/5 sayılı kararlarında¹⁹ açık ve bariz biçimde ve oybirliği ile, Anayasada açıkça kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılamayacağına ve bunun tek istisnasının Anayasanın CBK ile düzenlenmesine açıkça izin verdiği konular olduğunu içtihat etmiştir. AYM’ye göre “Anayasa koyucunun bir konunun kanunla düzenlenmesini özel olarak öngörmesi bu alanın münhasıran kanunla düzenlenmesini istediği anlamına gelir²⁰”. Zira yüksek mahkemeye göre AYM’nin önceki kararlarında da “münhasıran kanunla düzenleme” Anayasa’da açıkça kanunla düzenlemenin öngörülmesi olarak yorumlanmış ve benimsenmiş olup aynı yorum ve algılama burada da geçerlidir²¹.

Anayasa Mahkemesinin bu noktadaki içtihadının son derece isabetli olduğu kanısındayız. Çünkü aksi bir yorum Anayasa’nın lafzına da özüne de uygun olmayacağı gibi gerek temel hak ve özgürlüklere gerekse yerel yönetimler, üniversiteler ve kamusal meslek örgütleri gibi özerk idarelere CBK’lerle yani idari tasarrufla müdahale edilebilmesini mümkün kılacağından hukuk devleti ve temel demokratik normlarla

¹⁹ Resmî Gazete, 13/5/2020.

²⁰ bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020, § 29.

²¹ AYM, E. 2018/125, K.2020/4, 22/1/2020, § 11.

bağdaşmayacaktı. Bu husustaki önemli içtihadın/kararın “oybirliği” ile alınması da içtihadın istikrarı açısından ayrıca önem arz etmektedir.

B. ANAYASANIN SOMUT OLARAK CBK İLE DÜZENLEME YAPILMASINI ÖNGÖRDÜĞÜ KONULARDA KANUN İLE DE DÜZENLEME YAPILABİLİR Mİ?

Anayasada spesifik olarak CBK ile düzenleme yapılacağı belirtilen konularda Cumhurbaşkanı'nın yetkisi “münhasır” mıdır? Yani bu konularda yasamanın kanun yapmasına Anayasa engel midir?

Kanaatimizce önümüzdeki dönemde Türk kamu hukukundaki önemli tartışma konularından biri, Anayasanın Cumhurbaşkanı'na özel yetki tanıdığı, bakanlıkların teşkilatlanması ve üst düzey kamu görevlilerinin atanmalarının usul ve esasları gibi konularda dahi yasamanın kanunla düzenleme yapmasının mümkün olup olmadığı hususu olacaktır.

Bu konularda Anayasa'nın Cumhurbaşkanı'na tanıdığı düzenleme yetkisi yasamanın dahi müdahale edemeyeceği derecede “münhasır” bir yetki midir? Yoksa bu konularda prensip olarak Cumhurbaşkanı'nın düzenleme yapması öngörülmesine karşın, Anayasada yasama yetkisinin “genelliği”ne de vurgu yapıldığına göre (m. 7), Cumhurbaşkanıya böyle bir yetki tanınmış olmasının parlamentonun bu konularda kanun çıkarmasına engel olmayacağı şeklinde mi yorumlanacaktır?

Yukarıda da vurgulandığı üzere bu konudaki Fransız Anayasa Konseyi'nin yerleşik içtihadı, yasama yetkisinin “genelliği” prensibi çerçevesinde parlamentonun her konuda (Yürütmeye özel olarak tanınan yetki alanlarında dahi) kanun çıkarabileceği yönündedir²². Bu içtihadın arka planında, Fransız kamu hukukunda geleneksel olarak kabul gören “halkın iradesinin ve bu iradeyi temsil eden parlamentonun üstünlüğü hatta yanılmazlığına” dair *Rousseau*'cu anlayışın izlerini görmek mümkündür. Millî iradenin temsilcisi olan parlamentonun her konuda kanun çıkarabilmesinin mümkün olması düşüncesidir.

Artık aynı sistem benimsendiğine göre bu konuda Türk Anayasa Mahkemesinin de aynı yönde içtihat geliştirmesi kanımızca daha doğru bir yaklaşım olacaktır. Nitekim kanun yapma konusunda halkın iradesini asıl yansıtan kamusal organın yasama organı yani parlamento olduğunda

²² Bu konuda bkz. Bertran, M. (2005). “La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative”, *Pouvoirs*, 3/2005 (n° 114), p.73-87.

kuşku bulunmadığından parlamentoyu bazı konularda kanun çıkarma hususunda yetkisiz saymak, bizzat yine Anayasa ile öngörülen (m. 7) “yasama yetkisinin genelliği” ilkesiyle bağdaşmayacağı gibi demokratik meşruiyet açısından da tutarlı olmayacaktır.

Zira “meşruiyet” ölçütü açısından parlamento ve başkanın (CB) her ikisi de yeni sistemde halk tarafından seçilmesine rağmen halk, parlamentoyu kanun yapsın diye; başkanı (CB) ise yürütme erkini icra etsin, yani parlamentonun yaptığı kanunları uygulasin diye seçmiştir. Halk, Cumhurbaşkanı’nı TBMM’nin genel kanun yapma yetkisine müdahale etsin diye seçmemiştir.

“Yasama yetkisinin genelliği” ilkesi açısından da aynı sonuca varılmaktadır. Kamu hukukundaki son derece önemli bu ilkeye göre yasama organı her konuda kanun çıkarabilir. Yasamanın kanun çıkaramayacağı konu ilke olarak yoktur. Kanun çıkarabilmek için yasamanın Anayasa’dan ayrıca özel yetki almasına da ihtiyaç yoktur. Yetkinin “genelliğinden” kasıt da budur.

Nitekim Anayasanın 7’nci maddesinde “*Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez.*” denilmiş ve son derece açık biçimde genel kanun yapma yetkisinin *münhasıran* TBMM’de (parlamentoda) olduğu açıkça vurgulanmıştır. Yasama yetkisinin kullanımı için bu hükümde CBK’ler ve Cumhurbaşkanı lehine herhangi bir istisnaya yer verilmemiştir.

Ayrıca Anayasa’nın yürütme yetkisini düzenleyen 8’inci maddesi, yürütme yetkisinin Cumhurbaşkanı’na “Anayasa’ya ve kanunlara uygun olarak” kullanılacağını ve yerine getirileceğini öngörmüştür. Bunun da anlamı Cumhurbaşkanı’nın kanunlarla bağlı olduğu, yasamanın kanun yapma yetkisini sınırlayamayacağı ve hiçbir biçimde yasamanın yerine geçemeyeceği ve yasama yetkisi kullanamayacağıdır.

Öte yandan salt “lafzi” bir yorum yapıldığında, CBK ile düzenleneceği özel olarak belirtilen hükümlerde (m. 106/son, m. 108/son, m. 118/son, m. 104/9), bu konularda kanunla düzenleme yapılamayacağı ve bu konularda CBK ile düzenleme yetkisinin “münhasır” olduğuna dair bir ifade yer almadığından Anayasa m. 7 hükmünün de aynı anda uygulanabileceği; söz konusu hükümlerin Anayasa m. 7 hükmünün uygulanmasını bertaraf etmediği, yani Anayasanın anılan hükümleriyle m. 7 hükmünün birlikte uygulanmasına engel bulunmadığı ve yasamanın da isterse ve gerekli görürse bu konularda kanun yapabileceği söylenebilir.

Aynı şekilde eğer Anayasa yapıcı tali kurucu iktidarın iradesi bazı konularda TBMM'nin genel kanun yapma yetkisini Cumhurbaşkanı lehine sınırlamak ve Cumhurbaşkanı'nı yasama yetkisi kullanımına "ortak etmek" olsaydı 2017 Anayasa değişikliğinde anılan bu 7'nci maddeye bu hususta bir eklemede bulunulması gerekirdi. Anayasanın 7'nci (ve/veya 8'inci) maddesine bu hususta bir özel eklemede bulunulmadığı sürece, TBMM'nin her konuda kanun yapabilmeye dair genel yetkisini bertaraf edecek şekilde yorum yapılması ve TBMM'nin bazı konularda kanun çıkaramayacağını savunulması kanaatimizce Anayasa'nın ciddi biçimde ihlali anlamına gelecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere Cumhurbaşkanı'nın (olağan dönemlerde) CBK'ler ile yasama yetkisini kullandığını veya CBK'lerin yasama işlemi mahiyetinde olduğunu ileri sürmek de aynı şekilde Anayasa'nın anılan temel kuralları ile bağdaşmayacaktır.

Anayasa Mahkemesi şimdiye kadar bu hususta herhangi bir içtihat belirlemiş değildir. Esasında bu konuda henüz bir yorum yapmamış olması da gayet doğaldır. Çünkü henüz daha önüne bu konuda yorum yapmasını gerektiren bir dava gelmiş değildir. Eğer ileride TBMM'de CB'yi destekleyen çoğunluğun bulunmadığı bir dönem olursa TBMM, CBK ile düzenlenmiş ve Anayasada somut olarak CBK ile düzenlenmesi öngörülen bir konuda (örneğin bakanlıkların teşkilat ve görevlerinin düzenlenmesi veya üst kademe kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarının belirlenmesi) kanun ile farklı bir düzenleme yaparsa ve bu kanun CB tarafından AYM'ye götürülürse AYM bu konudaki yorumunu yapmak durumunda kalacaktır.

Bununla birlikte AYM'nin 2020/5 sayılı kararında (RG. 13.05.2020) bu konuda bir "ipucu" verilmiş olduğu söylenebilir. Anılan kararda, *"Anayasada Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleneceği özel olarak öngörülen konulara ilişkin Anayasa hükümlerinin açıkça izin verdiği hususlarda Cumhurbaşkanlığı kararnameleriyle düzenleme yapılabilir."* ifadesi yer almaktadır²³ (Ş. 29). Eğer bu konularda "sadece CBK ile düzenleme yapılabilir ve kanunla düzenleme yapılamaz" görüşünde olsaydı AYM'nin burada Anayasanın "izin verdiği" ifadesi yerine "zorunlu kıldığı" gibi bir ifade kullanması gerekirdi. Bu ifadeyi kullanarak AYM'nin, Anayasada (bakanlıkların teşkilat ve görevlerini düzenlemek ve üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını belirlemek gibi)

²³ Vurgu tarafımıza aittir.

somut olarak sayılan konular için CBK ile düzenlemeyi “zorunlu” değil “mümkün” kıldığı yorumu yaptığı ve böylece bu konuların “münhasıran” yani zorunlu olarak CBK’ler ile değil ayrıca kanunla da düzenlenmesini mümkün gördüğü yorumu yapılması -dolaylı da olsa- tutarsız bir yorum olmayacaktır. Ancak yine de bu ifadeden AYM’nin bu husustaki içtihadının bu yönde olduğunu net ve kesin biçimde çıkarabilmek fazla iddialı bir yaklaşım olacaktır.

C. HALEN KANUNLA DÜZENLENMİŞ KONULARDA CBK ÇIKARILAMAYACAĞI KURALI NASIL YORUMLANMALIDIR?

Anayasa m. 104/17-4 hükmünde, hâlen kanunla düzenlenmiş konularda CBK çıkarılamayacağı öngörülmüştür. Bu kuralı dar mı yoksa geniş mi algılamak gerekir? Yani bu kuralı, herhangi bir konuda -genel de olsa ayrıntılı da olsa- herhangi bir yasal düzenleme varsa hiçbir biçimde CBK çıkarılamayacağı şeklinde mi, yoksa mevcut kanun hükümlerini etkileyen ve kanun hükümlerinden farklı etki ve sonuç doğuran düzenlemelerin CBK ile yapılamayacağı şeklinde mi anlamak gerekir?

Bu konu AYM tarafından yukarıda değinilen 2020/5 sayılı kararda (RG. 13.05.2020) tartışılmış olup gerek AYM’nin çoğunluğu tarafından dolaylı biçimde gerekse bu karara muhalif kalan 6’lı muhalefet görüşünde açıkça CBK’lerin mevcut kanunların düzenlediği hususlarda farklı etki ve sonuçlar doğuran hususlar öngöremeyeceği şeklinde yorum yapılmıştır²⁴.

Bu yaklaşım isabetli görünmektedir. Zira sonuçta CBK de bir idari düzenleme olduğu için bir kanunu açıklamak ve detaylarını belirlemek için de CBK çıkarılmasında hukuksal engel görülmesi özü itibarıyla anlamlı olmayacaktır. Gerçi kanunların uygulanmasını göstermek, detaylarını belirlemek ve yorumlamak için CB’nin yönetmelik veya daha alt idari düzenlemeler çıkarma ve Cumhurbaşkanı “kararı” alma gibi başka hukuksal araçlara sahip olduğu ve mutlaka CBK çıkarmaya ihtiyacı bulunmadığı tartışmasızdır. Ancak yine de bazı hassas konularda kanunların detaylarını belirlemek için yargısal denetimin Danıştay yerine AYM tarafından yapılmasının tercih edilmesi gibi bazı nedenlerle, CBK ile düzenleme yapılmasına hukuken engel bulunmamalıdır. Burada önemli olan, CBK’nın mevcut kanun hükümlerinden *farklı etki ve sonuç doğuran* düzenleme öngörememesidir.

²⁴ Bkz. AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020. 6’lı Muhalefet Gerekçesi, § 17-18.

Bahsi geçen kararda, davaya konu CBK hükmü, bir bakanlığa ilgili bütçe kaleminin %100'üne kadar bütçe dışı avans verilmesi için yetki tanımış; oysa ilgili kanunda (5018 sayılı Kanun) açıkça bu tür bütçe dışı avanslar %30 ile sınırlanmıştır. Yani CBK burada çok açık biçimde kanundan *farklı etki ve sonuç doğuran* bir düzenleme getirmiştir. Anayasa Mahkemesi çoğunluğu da haklı olarak bu hükmü Anayasa'nın m. 104/17-4 hükmüne aykırı bularak iptal etmiştir²⁵.

Bu iptal kararı kanaatimizce de son derece isabetli olup AYM'nin bir CBK hükmünü iptal ettiği ilk örnek olması açısından da özel bir öneme sahiptir²⁶. Ayrıca CBK'lerin anayasal rejimine ilişkin birçok tartışmaya son vermesi veya en azından ışık tutması açısından da önemlidir.

D. ANAYASADA CBK İLE DÜZENLEME YAPILMASINA ÖZEL OLARAK İZİN VERİLEN KONULARDA ÇIKARILAN CBK'LERİN ANAYASA M. 104/17 HÜKMÜNDEKİ GENEL SINIRLAMALARA TABİ OLUP OLMADIKLARI SORUNU

CBK'ler hakkındaki potansiyel tartışma konularından biri de Anayasada CBK ile düzenleme yapılmasına özel olarak izin verilen, bakanlıkların teşkilatını (kuruluş ve görevlerini) düzenlemek (m. 106/son), üst düzey kamu yöneticilerinin atanma usul ve esaslarını belirlemek (m. 104/9), MGK ve DDK teşkilatını düzenlemek gibi konularda çıkarılan CBK'lerin Anayasa m. 104/17 hükmünde CBK'ler için öngörülen genel sınırlamalara tabi olup olmadığı tartışmasıdır.

AYM, Yüksek Askerî Şura teşkilatında düzenleme yapan bir CBK'ye karşı açılan davada bu konudaki içtihadını belirlemiş ve ilke olarak bu CBK'lerin de Anayasa m. 104/17 hükmünde CBK'ler için öngörülen genel sınırlamalara tabi olduğuna karar vermiştir²⁷. Karar bizce de isabetlidir.

²⁵ Bu hususta AYM, E.2019/31, K.2020/5, 23/1/2020 için 6'lı Muhalefet Gerekçesi ile çoğunluk karar gerekçesi ilke bazında farklı olmamasına karşın, ilkenin somut olaya uygulanması bazında ayrıştıkları anlaşılmaktadır. 6'lı Muhalefet Gerekçesinde CBK hükmünün kanun hükmünden *farklı etki ve sonuç doğuran* yanı bulunmadığı ileri sürülmekle birlikte, aynı konuda kanunun %30 sınırlaması öngörmesine karşın CBK hükmünün bu sınırlamayı %100'e çıkarmasının niçin *farklı etki ve sonuç doğurmadığı* şeklinde yorumlandığı anlaşılamamaktadır.

²⁶ Bu karardan sonra yeni üye değişimleriyle AYM'nin üye dengesinde değişiklik olduğundan, en azından belli bir süre için bu iptal kararının sadece "ilk" değil aynı zamanda "son" iptal kararı olabileceği de –tabii ki kesin bir kanıya varmak mümkün olmamakla birlikte– tahmin edilebilir.

²⁷ AYM, E. 2018/125, K.2020/4, 22/1/2020 Resmî Gazete, 13/5/2020. Genel prensibi bu şekilde belirlemekle birlikte, mevcut davada AYM davaya konu hükmün AYM m. 104/17 hükümlerine aykırı olmadığına hükmetmiştir.

Bu bağlamda pozitif hukuk açısından, Anayasa'nın çeşitli hükümlerinde özel olarak CBK çıkarılmasına özel izin verilen konularda çıkarılan CBK'lerin de Anayasa m. 104/17'de öngörülen yürütme alanı dışına taşan düzenleme yapamama, ekonomik ve sosyal haklar dışındaki temel hak ve özgürlükleri düzenleyememe, Anayasa'da açıkça kanunla düzenleneceği öngörülen hususlarda düzenleme yapamama, hâlen kanunla düzenlenmiş konularda düzenleme yapamama ve kanun hükümlerine aykırı olamama şeklindeki genel sınırlamalara tabi olduğu söylenebilir.

Bununla birlikte AYM'nin CBK'ler hakkındaki "kadro ihdaslarına" dair kararında 9-7 çoğunlukla verdiği kararında²⁸, kural olarak aynı prensibi benimsemeye devam ettiğini belirtmesine karşın, somut dava açısından hâkim-savcıların kadro ihdaslarını da içeren düzenleme aslında "yürütme" yetkisine dair değil "yargı" yetkisine dair bir husus olmasına karşın, CBK ile düzenlenmesine yeşil ışık yakması teoride kendi koyduğu veya kendisinin benimsediği prensibe pratikte kendisinin uymaması anlamına gelmektedir. Zira bu nokta açısından çoğunluk kararında Anayasa m. 104/17 hükmündeki CBK'ler için genel sınırlamalardan olan "yürütme alanına ilişkin olmak" kuralının açıkça görmezden geldiği ortadadır.

Bu noktada tartışmaya değer bir diğer husus, Anayasa'nın verdiği özel izinle (m. 106/son) bakanlıkların teşkilatlanmasını düzenleyen CBK hükmünün, Anayasa m. 104/17-3 gereğince Anayasa'da açıkça kanunla düzenleneceği öngörülmüş konularda CBK ile düzenleme yasağı kapsamında, Anayasa m. 123/1'deki "idarenin kuruluş ve görevlerinin kanunla düzenleneceği" kuralı karşısındaki durumudur.

Bu konuda AYM, Anayasa m. 106/son hükmünün AY m.123/1'in bir istisnası olarak kabul edilmesi gerektiği görüşündedir²⁹. Yani bu hususa ilişkin olarak Anayasa m. 123/1 hükmü "genel hüküm", Anayasa m. 106/son hükmü "özel hüküm" olarak görülmekte ve "genel kanun-özel kanun" çatışmasında "lex specialis" ilkesi çerçevesinde özel hükmün öncelikli olduğu görüşü benimsenmektedir.

²⁸ AYM, 2018/119, K.2020/25, 11/6/2020, Resmî Gazete, 9/11/2020.

²⁹ AYM, E. 2018/125, K.2020/4, 22/1/2020 Resmî Gazete, 13/5/2020.

Gerçekten de Anayasa m. 104/17 ve Anayasanın diğer özel hükümlerinde öngörülen CBK ile düzenleme yetkisini Anayasa m. 123/1'deki genel kanunla düzenleme zorunluluğunun bir istisnası olarak görmek gerekir. Anayasa m. 104/17-3 hükmünde öngörülen münhasır düzenleme alanını, Anayasa m. 123/1 dışında kalan ve Anayasanın muhtelif hükümlerindeki kanunla düzenlemeye ilişkin somut ve özel konuları (*yerel yönetimler, üniversiteler ve kamusal meslek örgütlerinin düzenlenmesi ile ekonomik ve sosyal haklar dışındaki temel hak ve özgürlüklerin düzenlenmesi gibi*) kapsadığını kabul etmek gerekir. Anayasa m. 123/1'deki genel kuralı da kapsadığını ileri sürmek, CBK yetkisinin bakanlıkların teşkilatlanması konusunda hemen hiç kullanılmaması gibi bir sonuç doğuracaktır ki böyle bir yorum isabetli görünmemektedir.

E. EKONOMİK VE SOSYAL HAKLAR CBK İLE “SINIRLANABİLİR” Mİ?

Anayasa m. 104/17 hükmü, ekonomik ve sosyal hakların CBK ile “düzenlenmesini” mümkün kılmaktadır. Anayasa m. 13 hükmü ise tüm temel hak ve özgürlüklerin ancak kanunla “sınırlanmasını” öngörmektedir. Bu noktada, kişilere yeni veya ilave ekonomik ve sosyal haklar tanıyan veya ekonomik ve sosyal haklarda iyileştirmeler öngören hükümlerin CBK ile getirilebileceğinde kuşku bulunmamakla birlikte bu tür hakları “sınırlayan/kısıtlayan” hükümlerin CBK ile öngörülüp öngörülemediği tartışmalıdır.

Tartışmaya açık bir husus olmakla birlikte, “düzenleme” ifadesi “sınırlama” ifadesini de içerdiğinden Anayasa m. 104/17 hükmünün m. 13 hükmünün istisnası olarak görülmesi ve “özel hükmün genel hükme üstünlüğü” prensibi (*lex specialis*) çerçevesinde, bu tür hakların düzenlenmesinde “sınırlayıcı” veya “geliştirici” düzenleme ayırımı yapılamaması kanaatimizce pozitif hukuka daha uygun görünmektedir.

F. OHAL CBK'LERİNİN HUKUKSAL KONUMU

Olağan dönem CBK'lerinin aksine, OHAL CBK'leri, tıpkı eski sistemdeki OHAL KHK'leri gibi kanunla eşdeğer normlardır. Çünkü kanunları değiştirebilir veya yürürlükten kaldırabilirler. Ayrıca bir “yetki kanunu”na da ihtiyaçları yoktur. Bu nedenle *fonksiyonel* açıdan aslında yasama işlemi niteliğindedir. Bu nedenle OHAL CBK'leri ile olağan dönem CBK'leri hukuksal nitelik açısından birbirlerinden tamamen farklıdır.

O hâlde, karışıklığa mahal vermemek adına, OHAL CBK'leri için başka bir isim bulunması ve bunlar için örneğin “kanun hükmünde

kararname" (KHK) teriminin korunması daha doğru olurdu.

OHAL döneminde çıkarılan OHAL CBK'leri ile bu CBK'lere dayanılarak bu dönemde alınan önlemlerin ve yapılan işlemlerin OHAL sona erdikten sonraki hukuki etkileri ve sonuçları konusunda öncelikle, salt OHAL döneminde uygulama alanı bulan geçici nitelikteki kolluk önlemleri (tedbirleri) ve etkisi OHAL sonrasında da devam eden ve süreklilik arz eden kolluk işlemlerini birbirinden ayırt etmek gerekir.

Bu konuda ayrıca, OHAL döneminde yapılan hukuka ve hatta OHAL düzenlemelerine dahi aykırı kolluk önlem ve işlemlerinden dolayı idarenin mali sorumluluğu ile kolluk makam ve personelinin cezai, disiplin ve mali sorumluluğu belirlenmelidir.

Bu bağlamda öncelikle vurgulamak gerekir ki OHAL rejimi hukuksuzluk rejimi değildir. OHAL'in de kendi içinde ayrı bir hukuku vardır ve idari makamlar bu dönemde öncelikle OHAL rejiminin kendi hukukuna uygun davranmak zorundadırlar. Yani OHAL, hukukun bütünüyle askıya alındığı bir rejim değildir.

Her ne kadar OHAL döneminde idari makamlara ve özellikle de kolluk makamlarına ve görevlilerine normal dönemlere oranla daha fazla yetkiler tanınsa da OHAL döneminde de başta Anayasa'nın 13. ve 15. maddeleri ve OHAL'in kendi düzenlemeleri olmak üzere evrensel temel hukuk ve insan hakları normlarının ihlal edilmesi durumunda yapılan işlem ve uygulamalar hukuka aykırı olarak kalmaya devam edecektir. Hukuka aykırı bir işlem veya uygulamaya karşı hemen ve "sıcağı sıcağına" etkin bir hukuksal veya yargısal başvuru yolu bulunmaması veya bu yolların pratikte işlememesi, hukuka aykırı işlemi veya uygulamayı hukuka uygun kılmayacağı gibi, bu hukuka aykırı işlem veya uygulamaların ilelebet yaptırımsız kalacağı anlamına da gelmeyecektir.

Salt OHAL döneminde uygulama alanı bulan geçici kolluk önlemlerinin (tedbirler) OHAL dönemi sona erdiği andan itibaren artık uygulamasının duracağında ve uygulamaya devam edemeyeceğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim bu tedbirlerin getiriliş nedeni OHAL ilanına sebep olan ve kamu düzenini ağır biçimde ihlal eden olayların acilen bastırılması, durdurulması ve engellenmesidir. Bu tedbirler kamu düzenini bir an önce tekrar tesis etme amacına hizmet etmek üzere alınan önlemler, kararlar ve yapılan işlem ve uygulamalardır.

Dolayısıyla doğası gereği geçici nitelikli bu işlem ve uygulamalar yukarıda değinilen amacı aşacak şekilde genişletilmemeli ve bu amaçla sınırlı olmalıdır. Bu itibarla bu tür kolluk önlemlerinin hukuki etkisi ve sonucu da OHAL sona erdiği andan sonrası için kendiliğinden sona erdirilmek zorundadır. Yani ilgili idari makamlarca hukuki etkilerinin geleceğe yönelik olarak ortadan kaldırılması hukuken zorunludur.

Örneğin OHAL CBK'si ile mülki amirlere (vali ve kaymakamlara) yerleşim yerlerine giriş ve çıkışları kontrol etme ve izne bağlama yetkileri verildiyse OHAL sona erdiği andan itibaren mülki amirler artık böyle bir yetki kullanamayacaktır. Yine eğer OHAL CBK'si gözaltı süresini 4 günden 30 güne çıkarsa OHAL sona ermeden 5 gün önce gözaltına alınan bir kimse OHAL sona erdiği gün salıverilmek zorundadır.

Aynı şekilde OHAL CBK'leri ile kişilerin mahkeme kararı olmaksızın idari kararlarla yurt dışına çıkışının izne tabi tutulması öngörülmüşse ve bir kişiye OHAL dönemi içinde böyle bir izin verilmemiş ise OHAL sona erdiği günden itibaren bu kimsenin (yargı kararı ile verilmiş yurt dışına çıkış yasağı yoksa) yurtdışına çıkmasına hukuken engel bulunmayacaktır.

Bu bağlamda OHAL döneminde *tedbir* niteliğinde yapılan tüm uygulamalar ve alınan kararlar, OHAL bittikten itibaren geleceğe yönelik olarak hiçbir etki ve sonuç doğurmayacaktır.

OHAL döneminde yapılmış olmakla birlikte etkisi OHAL dönemi sonrasında da devam eden ve süreklilik arzeden kolluk işlemleri (*örnek: kamu görevinden ihraç ve dernek, okul, şirket gibi tüzel kişiliklerin kapatılması*) ise, ilke olarak OHAL'in sona ermesi ile kendiliğinden yürürlükten kalkmayacaktır.

Bu tür kolluk işlemlerinden, doğrudan OHAL CBK'leri ile yapılanlar ile bu CBK'lerin verdiği yetkiler çerçevesinde idari işlemler ile yapılanları birbirinden ayırmak gerekir.

AYM, yasalaşan OHAL KHK'lerini denetlerken, OHAL sonrası için de etki doğuran ve uygulama alanı bulan yasalaşmış OHAL KHK'lerinin denetiminde olağan dönem Anayasaya uygunluk ölçütlerinin (Anayasa m. 13 gibi) uygulanacağını öngörmektedir³⁰. Bu içtihadı da bu yönüyle ilke olarak isabetlidir.

³⁰ AYM, E.2016/205, K.2019/63, 24/7/2019, Resmî Gazete, 31/10/2019.

İdari işlem niteliğindeki işlemlerle tesis edilen ve süreklilik arz eden kolluk işlemleri de idari işlemlerin “icrailiği” özelliği gereği, OHAL bittikten sonra da hukuken geçerli olmaya ve hukuksal etki doğurmaya devam edecektir. Bunların OHAL’in bitimiyle kendiliğinden ve otomatik olarak yürürlükten kalkmış sayılması teknik olarak mümkün değildir.

Bununla birlikte, söz konusu kolluk işlemlerini yapmış olan idari makamların OHAL dönemi bitiminden sonra bu işlemlerin geri alınmasına veya kaldırılmasına (ilgasına) yetkili oldukları kuşkusuzdur. Hatta hukuka saygılı bir idarenin bu işlemleri OHAL bitiminde ilga etmesinin hukuksal bir gereklilik olduğu dahi söylenebilir.

Ayrıca bu idari işlemlerin yargısal denetiminde idari yargı mercilerinin tüm evrensel hukuk devleti ilkeleri ile anayasal ve yasal kuralları gözetmeleri gerektiğinde kuşku bulunmamaktadır. Nitekim bunlar için de artık, OHAL döneminin çok daha müsamahalı hatta neredeyse hukuka uygunluk denetiminin askıya alındığı ölçütlerinin değil olağan dönemin hukuka uygunluk ölçütlerinin uygulanması gerekir.

SONUÇ

CB’nin yürütme alanına ilişkin yetkileri açısından yeni sistemin daha rasyonel çalışabilmesi adına, kanaatimizce CBK’ler için spesifik bir düzenleme alanı belirlenmeli ve bu spesifik alan sadece genel idarenin kuruluşu ve görevlerinin belirlenmesi ve genel idare içindeki üst düzey kamu görevlilerinin atanma usul ve esasları ile sınırlanmalıdır. Bu husus Anayasa’da bizzat vurgulanmalıdır. Buradaki genel idareden kastedilen ise Cumhurbaşkanlığı teşkilatı, bakanlıkların merkez ve taşra teşkilatı ile bunların kamu tüzel kişiliğine sahip olmayan/olmaması gereken bağlı/ilgili kuruluşlarıdır.

Bununla birlikte parlamentonun yasama yetkisinin genelliği prensibine bağlı kalınarak, gerek duyduğunda parlamentonun bu konularda da her zaman kanun çıkarabilmesi daha da açık ve net biçimde mümkün görülmelidir.

Yukarıda belirtilen spesifik alan dışındaki konularda Anayasa m. 104/17’deki sınırlamalara ve çerçeveye uymak kaydıyla, Anayasa tarafından kanunla düzenleneceği somut olarak öngörülmemiş olan ve yasama organı tarafından kanunla düzenlenmesi de tercih edilmeyen veya yasama tarafından “boşaltılan” konularda CBK çıkarılabilmesi ise -şu anda olduğu gibi- mümkün olmalıdır.

Zira yukarıda açıklandığı üzere sınırları iyi çizilmek ve alanı iyi belirlenmek kaydıyla yürütmeye sınırlanmış bir asli düzenleme alanı tanınması sadece başkanlık sisteminde değil parlamenter sistemde de etkin ve verimli bir yönetim anlayışı için pratik bir ihtiyaçtır.

Bununla birlikte, temel hak ve özgürlüklerin kısıtlanması gibi hususlara ilave olarak yerel idareler, kamusal meslek örgütleri ve üniversiteler gibi idari açıdan mutlaka özerk olmaları gereken “özerk idareler”in yetki ve görevlerinin ve denetlenmelerinin düzenlenmesi gibi Anayasa’da spesifik olarak kanunla düzenlenmesi öngörülen konularda CBK çıkarılması hiçbir biçimde mümkün olmamalıdır. Şu andaki mevcut hukuksal durumda da kanaatimizce yine bu yönde yorum yapılması mümkün olmakla birlikte, bu hususların Anayasa’da daha net ve açık biçimde vurgulanması daha doğru olacaktır.

Diğer bir anlatımla, yeni sistemin olumsuz noktaları ağırlıklı olarak yürütmenin yasama ve özellikle de yargı ile ilişkisinde ve yürütmeye tanınan asli düzenleme yetkisi, özellikle de yukarıda önerilen çerçevede yorumlandığında, kanaatimizce yeni sistemin önemli sorunları arasında görülmemelidir.

Bununla birlikte, eğer yeni sistemde yürütme ile yasama ve yargı erkleri arasında anayasal bir revizyon ile yeni ve daha makul bir denge kurulamazsa yeni sistemde başkana (CB’ye) verilen asli düzenleme yetkisinin de *sürdürülebilir* olması mümkün olmayacaktır. Zira bu durumda yeni sistemin yürütmenin başı olan CB’ye biçtiği “tek adam” misyonu, CB’nin CBK ile kullanacağı asli düzenleme yetkisi üzerinde de ister istemez ciddi bir güvensizlik hatta *meşruiyet* baskısı oluşturacaktır. Bu nedenle, yeni sistemde yürütme erkinin yargı ve yasama erkleriyle ilişkisi “normalleştirilmediği” sürece CB’nin CBK’ler kanalıyla kullandığı yeni (asli) düzenleme yetkisi de uzun soluklu olamayacak gibi görünmektedir.

Diğer yandan, CBK ile kamu tüzel kişiliği kurulabilmesine olanak veren Anayasa m. 123/3 hükmü de isabetli bir düzenleme değildir. Zira özellikle “bütçe yetkisi” yani kamu bütçesinin ve kamu adına yapılacak gelir ve harcamalara karar verme ve denetimini yapma yetkisi Anayasaya göre münhasıran yasama organında olduğu için³¹ kamu kaynaklarından harcama gerektiren kamu tüzel kişiliği kurma yetkisinin de münhasıran

³¹ Bu konuda önemli bir kavram olan “bütçe hakkı” konusunda bkz. AYM, K. 2020/25 sayılı karardaki karşıoylar ve özellikle de Emin KUZ’un karşıoyu (Resmî Gazete 9/11/2020).

yasama organında olması daha doğru bir yaklaşımdır. Nitekim önceki sistem bu şekilde idi. Yasama organı ihtiyaç duyarsa bu yetkisini sınırlarını ve koşullarını belirleyerek kanunla Cumhurbaşkanı'na devredebilir. Bu durumda Cumhurbaşkanı da bu yetkiyi Cumhurbaşkanı kararıyla (CBK ile değil) kullanabilir. Bu nedenle kanaatimizce Anayasanın m. 123/3 hükmü de revize edilmelidir.

KAYNAKÇA

- ALTIPARMAK, Kerem (2018). "Atipik KHK'ler ve Daimi Hukuksuzluk II", <http://www.ihop.org.tr/2018/04/27/atipik-khkler-ve-daimi-hukuksuzluk-ii-ohal-khkxi-ile-erkegi-kadin-kadini-erkek-yapamazsiniz/>
- ARDIÇOĞLU, Artuk (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi", *Ankara Barosu Dergisi*, C. 75, S. 3, ss. 19-51.
- BERTRAN, Mathieu (2005). "La part de la loi, la part du règlement. De la limitation de la compétence réglementaire à la limitation de la compétence législative", *Pouvoirs*, 3/2005 (n° 114), p. 73-87.
- COOPER, Phillip J. (2014). *By Order of the President, The Use and Abuse of Executive Direct Action*, 2. Edition, University Press of Kansas.
- ÇOLAK, Çağrı (2017). "Cumhurbaşkanlığı Kararnamesi Yetkisinin Amerikan Sistemi Üzerinden Karşılaştırmalı Analizi", *Strategic Public Management Journal*, C. 3, Özel Sayı, s. 51 vd.
- GÖZLER, Kemal (2010). *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. I, Bursa: Ekin yay.
- LAVROFF, Dmitri Georges (1995). *Le Droit Constitutionnel de la Ve République*, Dalloz, Paris.
- ÖZTÜRK, Burak (2009). *Fransız ve Türk Hukukunda İdarenin Düzenleme Yetkisinin Kapsamı*, Ankara: Yetkin yay.
- ULUSOY, Ali D. (2020). *Yeni Türk İdare Hukuku*, 3. Baskı, Ankara: Yetkin yay.



KONUT HAKKININ SOSYOPOLİTİĞİ: SOSYAL HAKLAR SİSTEMATİĞİ AÇISINDAN BİR ÇÖZÜMLEME

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ*

ÖZET

Küreselleşen neoliberalizm mekân üretimi, kentleşme, konut sistemleri, konut politikası ve özellikle de konut hakları üzerinde sarsıcı bir etki göstermiştir. Her ne kadar konut insanlara bir yuva sağlamak gibi birincil sosyal işleve sahip olsa da küreselleşme ile birlikte giderek “sosyal bir maldan ziyade zenginlik ve yatırım için bir araç” olarak nitelendirilmeye başlanmıştır. “Konutun finansallaşması” olarak adlandırılabilir bu eğilim, konutu asli işlevinden soyutlayarak yatırım ve kâr için bir metaya dönüştürmüştür. Sosyal devletin yıkımına eşlik eder biçimde konut hakkına yaklaşımın hak temelli bir perspektiften finans ve kâr maksimizasyonu temelli bir anlayışa doğru evrilmesi sosyoekonomik yoksunluklara sebebiyet vermektedir. Nitekim finansallaşma yönündeki bu eğilim, özellikle düşük ve orta gelirli haneler üzerinde olumsuz etkilere sahiptir. Bugün dünya genelinde yeterli konuta erişim noktasında büyük insani krizler yaşanmaktadır. Pandemi ile birlikte ağırlaşan bu insani kriz, konut ve barınma hakkının sosyal haklar temelinde sorgulanması zorunluluğunu da beraberinde getirmiştir.

Varlığın bir imkânı olarak mekân; insani yaşam kurabilme, varlığı idame ettirebilme ve yer-yurt edinebilme adına elverişli bir zemin var etmektedir. Nitekim insan tekinin en temel gereksinimlerinden birisini oluşturan barınma ihtiyacını karşılayan temel öge, kişiye özgülenmiş bir mekân olarak konuttur. Bu çalışmaya konu edindiğimiz sosyal haklar kapsamında tasnif edilen konut hakkı; tüm yönleriyle güvenli, huzurlu ve onurlu biçimde bir mekânda yaşam sürmenin merkezî unsurunu teşkil etmektedir. Bundan ötürü bu çalışmada küresel neoliberal ekonomi politiğin dinamikleri de dikkate alınarak insan hakları doktrini

* Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi, ORCID ID: 0000-0002-7937-3998, muharremkilig@aybu.edu.tr

doğrultusunda konut hakkının normatif ve sözleşmesel çerçevesi tartışılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Konut hakkı, konut politikası, konutun finansallaşması, Covid-19, insan hakları.

SOCIO-POLITICS OF THE RIGHT TO HOUSING: AN ANALYSIS IN TERMS OF SOCIAL RIGHTS SYSTEMATIC

ABSTRACT

Globalized neoliberalism has had a shocking impact on production of space, urbanization, housing systems, housing policy and especially on the right to housing. Although housing has the primary social function to provide a home for people, it has been increasingly described as “*a means for wealth and investment rather than a social property*” with globalization. This tendency, which can be named as “*financialization of housing*”, has isolated the house from its main function and turned it into a commodity for an investment and profit. Accompanying the destruction of the social state, the evolution of the approach to the right to housing from a rights-based perspective to an understanding based on finance and profit maximization causes socio-economic deprivations. As a matter of fact, this trend towards financialization has negative effects especially on low- and middle-income households. Today, there are major humanitarian crises in access to adequate housing throughout the world. As a matter of fact, this humanitarian crisis, which has worsened with the pandemic, has brought the necessity of questioning the right to housing on the basis of social rights.

Space as an opportunity of existence provides a suitable ground for establishing a human life, maintaining existence and having a homeland. As a matter of fact, the basic element that meets the need for shelter, which is one of the most basic needs of a person, is housing as a personalized space. The right to housing, to the subject-matter of this study and classified within the scope of social rights, constitutes the central element of living in a safe, peaceful and dignified place in all aspects. Therefore, this study will discuss the normative and contractual framework of the right to housing in line with the human rights doctrine, taking into account the dynamics of the global neoliberal economy politics.

Keywords: Right to housing, housing policy, financialization of housing, Covid-19, human rights.

GİRİŞ

Modern siyasi tarihin tanıklık ettiği hak ve özgürlük temelli mücadelenin birincil kazanımı olarak varlık bulan birinci kuşak haklar kataloğu, bir hak öznesi olarak bireyin mutlak iktidar biçimlerinin asimetrik güce dayalı anormatif teknopolitikasına karşı bir güvence mekanizması yaratmıştır. Doktrinde “negatif çekirdek haklar” olarak tanımlanan bu hak kategorisi, hem insan hakları düşüncesinin kök paradigmasını oluşturmuş hem de insan hakları hukukunun sözleşmesel ve yargısal düzlemde tanımlı normatif içerimini belirlemiştir. Söz konusu doktrinin kuramsal temellerinin modern tarihsel izleği, on yedinci yüzyıl siyaset felsefesinin “doğal haklar” tezine dayandırılmıştır. Her ne kadar bu izlek, daha kadim bir tarihsel arka planda Stoisyen ahlak felsefesinin “doğal haklar” düşüncesine kadar sürdürülebilse de modern insan hakları doktrininin ‘birey ile iktidar’ arasındaki politik gerilimi deyimleyen hak fikrinden ayrılmaktadır. İnsan haklarının tarihsel gelişimi, politik felsefe üzerinden biçimlenen teorik çerçevenin ilkin on yedinci yüzyılın son çeyreği ile on sekizinci yüzyıl siyasi tarihine damgasını vuran bildirelerle ortaya çıkmıştır. Yine on sekizinci yüzyılın sonlarından itibaren varlık gösteren anayasalar, medeni ve siyasi hakları kataloglaştıran hak ve özgürlük manzumeleri olarak varlık göstermiştir.

Diğer yanda on dokuzuncu yüzyılın ikinci yarısından itibaren anayasal düzeyde normatif çerçevesi ortaya çıkmaya başlayan sosyal haklar düşüncesi ve sosyal devlet formülasyonu yeni bir hak kataloğunun doğumuna yol açmıştır. Bütün doktriner tartışmaları paranteze alarak ifade edecek olursak devletin sosyoekonomik alana pozitif müdahilliğini öngören bu yeni hak kuşağı “sosyal, ekonomik ve kültürel hakların” modern insan hakları düşüncesine normatif bir içerimle katılımını sağlamıştır. Devletin kendinde bir pozitif yükümlülük üstlenmesi fikrine dayanan söz konusu hak sistematiği, özellikle birinci dünya savaşı sonrasında yeniden siyasal yapılanmasını gerçekleştiren ulusların anayasalarında varlık bulmuştur. Bu noktada özellikle 1919 tarihli Weimar Anayasası’nı kaydetmemiz icap etmektedir. İkinci Dünya Savaşı sonrasında yapılan anayasalarda da (1947 tarihli İtalyan Anayasası ile 1949 tarihli Bonn Anayasası) benzer bir anlayışın egemen olduğu görülmektedir¹. Bu anlayış doğrultusunda sosyal refah uygulamalarına

¹ Sosyal hakların anayasal düzeyde yasalaşma sürecinin tarihsel seyri için bkz., Kapani, M. (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, s. 53-60.

ilişkin devlete pozitif yükümlülükler getirerek sosyal adaletin tesisini hedefleyen anayasal perspektif, yaklaşık olarak yirminci yüzyılın son çeyreğine kadar ulusal ekonomi politiği belirlemiştir. Kamu sektörünün ulusal ekonomilerdeki kapasitesinin görece artışını intaç eden bu politik eğilim, sağlıktan eğitim hakkına, barınmadan konut hakkına, işsizlikten çalışma hakkına varıncaya kadar birçok sosyoekonomik soruna çözüm oluşturabilecek kurumsal politikalar üretmiştir.

Ancak bu tarihten itibaren varlık gösteren ulusal ekonomik krizler ve finansal daralma, refah devleti uygulamaları ile sosyal hakları güvence altına alan sosyal devlet fikri ve uygulamalarının sonlandırılmasına yol açmıştır. Bu noktada devletin siyasal rolüne minimalistik bir yaklaşımla kamunun ekonomideki payının küçülmesi, deregülasyon ve özelleştirme uygulamaları gündeme gelmiştir. Bütün bu siyasal dönüşümün yanı sıra en yalın biçimde global ölçekli mal, hizmet ve sermayenin akış dinamiğini ifade eden küreselleşme² bu daralma sürecinin derinleşmesine yol açmıştır. Sosyal adaleti esas alan refah devletinin yerini ikame eden neoliberal devlet politikaları, gelir adaletsizliği, yoksullaşma, işsizlik ve sınıfsal ayrışmaların derinleşmesi gibi temel sosyal sorunların büyümesine neden olmuştur. Böylece küreselleşen kapitalizmin sosyoekonomik dünya düzeninde yaklaşık son yarım yüzyılda sosyal hakların daralması ve sosyal devletin küçülmesi gerçekliğine tanık olunmuştur.

Global ölçekte yaşanan finansal krizler ve ekonomik darboğazlar, neoliberal politikaların alt gelir gruplarına yönelik yıkıcı sosyoekonomik etkisini daha da derinleştirmiştir. Bütün bunların üzerine ilk kez Aralık 2019 tarihinde Çin'in Wuhan kentinde görülen ve oradan tüm dünyaya yayılarak pandemiye dönüşen Covid-19 virüsü, sözü edilen ekonomi politiğin yıkıcı etkisi kırılğan toplumsal gruplar başta olmak üzere bütün sosyal kesimleri etkisi altına almıştır. Sağlık ve eğitim sektörü başta olmak üzere kamunun sosyal hizmetler üretme ve yatırımlar yapma noktasındaki deregülatif yaklaşımı ve eylemsizliği, tüm dünyayı aniden esir alan pandeminin ağır darbesi karşısında bütün ulusları farklı ölçeklerde de olsa çaresiz bırakmıştır. Hiç kuşkusuz bu çaresizliğin en ağır bedelini evsizler, işsizler, yaşlılar, sosyal güvencesi olmayanlar, ayrımcılığa maruz bırakılan kitleler, sığınmacılar ve göçmenler gibi

² Ayrıntılı bilgi için bkz., Bulut, N. (2003). "Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?", *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 2., s. 173-197.

kırılgan gruplar ödemiştir ve ödemeye devam etmektedir. Bu noktada tüm bu grupları esir alan en temel yaşamsal çaresizlikler; beslenme, barınma ve sağlık hakkına ilişkin yoksunluklar olarak ortaya çıkmaktadır.

Bu çalışma, küresel kapitalimizin neoliberal politikaları doğrultusunda biçimlenen yeni dünya düzeninde pandemi ile ağırlaşan insani krizin sosyal haklar temelinde sorgulanmasını amaçlamaktadır. Bu noktada özellikle doğrudan yaşama hakkı ve ilgili diğer çekirdek haklarla ilişkili olan sosyal haklardan birisini teşkil eden barınma ve konut hakkına ilişkin bir çözümlemeye yer verilmektedir. Sosyal mesafe, sanitasyon ve hijyen gibi pandemi ile mücadelenin gerekli kıldığı kamu sağlığı tedbirlerinin yurttaşlar düzeyinde alınabilmesinin temel koşullarından birisini teşkil eden barınma imkânı ve konut hakkı” küresel ekonomi politiğin dinamikleri de dikkate alınarak insan hakları doktrini doğrultusunda normatif ve sözleşmesel çerçevesinde tartışılacaktır. Ayrıca modern kentleşme olgusu ve konutlaşma politikasının temelinde yatan mekân tasavvuru da konu edilecektir. Ardından kent olgusu ve konut hakkının kentleşme politikaları ve finansallaşma dinamiği çerçevesinde evrilme süreci irdelenecektir. Sosyal devletin yıkımına eşlik eder biçimde konut hakkına yaklaşımın hak temelli bir perspektiften finans ve kâr maksimizasyonu temelli bir anlayışa doğru evrilmesinin temelleri ve doğurmuş olduğu sosyoekonomik yoksunluklara değinilecektir.

I. SOSYAL HAKLAR SİSTEMATİĞİ VE KONUT HAKKI

İkinci Dünya Savaşı sonrasında insan haklarının kavramsal çerçevesindeki genişleme doğrultusunda insan hakları doktrini ekonomik ve sosyal hakları da kapsayacak biçimde bir katalog zenginleşmesine uğramasına rağmen geleneksel kavramsal yapı büyük ölçüde farklılık göstermemiştir. Öyle ki “yaşam hakkı, özgürlük, mülkiyet, ifade özgürlüğü, dolaşım özgürlüğü ve adil yargılama hakkı” başat hak-özgürlük alanları olarak varlığını sürdürmüştür. Bu genişlemenin ardından “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” da farklı tarihsel ve sosyolojik dinamikler ve mücadele biçimleri üzerinden normatif varlığına kavuşmuştur. Böylece klasik medeni ve siyasi haklara ilaveten devlete “pozitif yükümlükler” getiren ve “ekonomik, sosyal ve kültürel haklar” olarak nitelendirilen “ikinci kuşak” haklar ortaya çıkmıştır³.

³ Barry, N. (1995). *An Introduction to Modern Political Theory*, London: The Macmillan Press, s. 239.

Özgün bir sınıflama ile hak kuşaklarını tarihsel dinamikleri üzerinden kümeleniren Johan Galtung'a göre ilk küme, feodal kısıtlamalar karşısında yürütülen mücadelenin tarihi öznesi olan burjuvazinin çıkarlarına ilişkindir. İkinci kümenin ise sömürülen işçi sınıfı ile diğer marjinalleşen grupların çıkarlarına ilişkin olduğunu ifade etmiştir. Üçüncü küme, özel sektör ve devletin uluslararası kapitalizmin yarattığı çelişkileri aşmaya yönelik çabaya karşılık gelmektedir. Gelişme kavramı çerçevesinde hak kümelerini açımlayan Galtung, her bir kuşağı renk sembolleri üzerinden nitelendirmiştir. İlk kümeyi, devletin müdahalesi olmaksızın piyasanın kılavuzluğunda girişimci sınıfın başını çektiği "mavi" ekonomik gelişme oluşturmaktadır. "Kırmızı" renk ile kodlanan ikinci küme işçi hareketinin öncülük ettiği, kamu otoritesince planlanarak düzenlenen ve "mavi" büyümeye bir tepki olarak gelişen ekonomik gelişmeyi içermektedir. Üçüncü hak kümesi ise ilk iki hak kuşağına tepki olarak gelişen ve global dayanışmayı amaçlayan "yeni toplumsal hareketlerin" öncülük ettiği "yeşil" gelişme olarak nitelendirmiştir⁴.

Tarihsel dinamikleri ve formülasyonları açısından farklılaşan tüm hak kategorileri ile insan hakları doktrini bütünsellik arz eden bir fikri temel üzerine kurulmuştur. Nitekim Jack Donnelly'nin belirttiği üzere literatürde yer alan bu ikili ayırımın kuşaklar arasında "karşıtlık ve bağlantısızlık" düşüncesi yaratması doğaldır. Ancak tarihsel kökenine ilişkin dinamiklerden bağımsız olarak ilgili hakların süreçsel biçimde bütünselleşme yönünde evrildiği görülmektedir. Ona göre özellikle Batı Avrupa'da "refah devleti" uygulamaları doğrultusundaki siyasal pratik ile birlikte ikinci kuşak hakların meşruiyetine ilişkin tartışmalar anlamını büyük ölçüde yitirmiştir⁵.

İlgili hakların evrimsel biçimde bütünleşmesi fikrine uyarlı biçimde Jeremy Waldron, bireylerin "ikinci kuşak haklara" da sahip olmalarının gereğini ifade etmiştir. Buna ilişkin olarak Waldron "hakları ciddiye almak"⁶ adına ekonomik ve sosyal hakların varlığını kabul etmenin

⁴ Galtung, J., (2013). *İnsan Hakları Başka Bir Açıdan Bakış*, Sözen, M., (çev.). İstanbul: Metis Yayınları, İkinci Basım, s. 148.

⁵ Donnelly, J. (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, London: Cornell University Press, s. 28; Kılıç, M. (2020). "Pandemik Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının Sosyo-Legal Dinamiği", *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi*, S. 2., s. 8.

⁶ Haklar kurumunu, "Çoğunluğun azınlığa vermiş olduğu, onların saygınlık ve eşitliğine saygı gösterileceği sözünü temsil ettiğini öne süren Dworkin'e göre "yönetim, hakları ciddiye almıyorsa, hukuku da ciddiye almıyor demektir." Bkz., Dworkin, R. (2007). *Hakları Ciddiye Almak*, Türkbağ, A. (çev.). Ankara: Dost Kitabevi Yayınları, s. 248.

gereğini vurgulamıştır. Ona göre aktif ve sağlıklı bir yaşamın maddi temellerinden yoksun olan hiç kimsenin sahip olduğu varsayılan bir haktan tam anlamıyla yararlanması ya da o hakkı kullanması olanaksızdır. Kötü beslenme, sağlıksız yaşam koşulları ve salgın hastalık gibi olumsuz etkenler, doğrudan doğruya kişinin “bireysel özerklikle” ilgili insani yeteneklerini zayıflatıcı ve sonunda tahrip edici bir etki yaratmaktadır. “Hakları ciddiye almak” ekonomik güvenlik kadar sosyal ve ekonomik ihtiyaçların karşılanmasını da gerekli kılmaktadır. Bu yüzden “ölüm, hastalık, kötü beslenme ve evsiz kalma” medeni ve siyasi özgürlüklerden mahrumiyet kadar ilgiyi gerekli kılan yaşamsal konulardır. Waldron, bu meyanda çoğunlukla insanı açlık ve yoksulluğa mahkûm eden mülkiyet sistemini sorgulamış ve böylesi bir mülkiyet anlayışının meşru görülmesinin gayri insaniliğini vurgulamıştır⁷.

Bunun karşısında sosyal ve ekonomik hakların etik meşruiyetine ve hukukiliğine ilişkin nihilistik bir yaklaşım sergileyen klasik liberteryen yaklaşım, ikinci kuşak hakların klasik haklar sistematiği ile bağıntısına eleştirel bir kuşkuculukla yaklaşmıştır. Nitekim bu yaklaşımın öncü figürlerinden olan F. A. Hayek’e göre ekonomik ve sosyal haklar, farklı kişi ve gruplara belirli maddi olanaklar sunabilmek adına devletin yurttaşlar üzerindeki cebir yetkisini kullanmasını gerektirmektedir. Bu nedenle düşünür, klasik haklar ile ekonomik ve sosyal hakların birbiriyle bağdaşmayacağını ve bu iki hak kuşağının birlikte gerçekleştirilmesinin olanaksızlığını öne sürmüştür. Ekonomik ve sosyal haklar, toplumdan kendisine somut yararlar sağlamasına ilişkin iddia veya talepler biçiminde formüle edilmiştir. Ancak ona göre toplum, böylesi bir talebin muhatabı olabilecek bir özne değildir. Ayrıca tüm bu “hakların” toplumun her bir üyesinin istihdam edilerek oluşturulmuş bir örgüt olarak yorumlanmasına sebebiyet verdiğini ifade etmiştir. Hatta düşünür, ilgili hak sistematiğine ilişkin bu eleştirel tutumunu bir adım daha ileri götürmek suretiyle söz konusu hakların bireysel sorumluluk anlayışına dayalı biçimde evrenselleştirilmesinin tüm toplumu totaliterleşen tek bir organizasyona dönüştüreceğini öne sürmüştür⁸.

⁷ Waldron, J. (2017). Rights, içinde Goodi, R; Pettit, P. ve Pogge, T. (Der.), *A Companion to Contemporary Political Philosophy*, (ss. 745-754). UK: Blackwell Publishing, s. 748-750.

⁸ Hayek, F. (1976). *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice*, London and New York: Routledge, s. 102-104. Sosyal Haklara ilişkin bir değerlendirme için ayrıca bkz., Kılıç, M. (2020), s. 6-10.

Ekonomik ve sosyal haklar kategorisinin ikincilleşmesinin temel nedenlerinden birisini de söz konusu hakların medeni ve siyasi haklar gibi “dava edilebilirliklerine” ilişkin yaklaşım oluşturmaktadır. Bu yaklaşımın temelini ilgili hakların asgari özünün her bireye sağlanması önerisinin mali olanaklara bağlı olması fikri oluşturmaktadır. Klasik yaklaşıma göre devletin pozitif müdahalesiyle gerçekleşen bu haklar, kamu bütçesinden belirli bir kaynak tahsisini gerekli kılmaktadır. Bu yüzden devletler, ekonomik gelişmişlik düzeylerine göre ve zaman içerisinde aşamalı biçimde bu hakların gereğini yerine getirme imkânına sahip olabilmektedir. Dolayısıyla insan hakları doktrininde, bu haklara ilişkin hükümlerin medeni ve siyasi haklar anlamında “gerçek” haklar olmadığı ve bireylere subjektif dava hakkı vermediği görüşü de ifade edilmektedir⁹.

Ekonomik ve sosyal haklara yönelik bu nihilistik tutum, insan hakları doktrininde “konut hakkının varlığını” yadsıyan bir yaklaşımın¹⁰ doğumuna yol açmıştır. Literatürde kimi düşünürler, herkese konut talep etme hakkı verildiği takdirde kamu kaynaklarının bu talebi karşılamakta yetersiz kalacağından ötürü bu hakkın varlığını reddetmektedir. İnsan haklarını daraltıcı bir yorum perspektifine mahkûm eden bu yadsıyıcı yaklaşımın makuliyetini kabul etmek olası görünmemektedir. Zira konut hakkı, devletlere kişilerin ‘sağlık, esenlik ve güven’ içinde barınabilecekleri bir konut sahibi olabilmesi için uygun araçları geliştirme yükümlülüğü getirmektedir. Bu noktada 1993 yılında yeterli konut hakkına yönelik olarak BM Özel Raportörünün hazırlamış olduğu rapor, sözü edilen yaklaşıma ilişkin soru işaretlerini giderici niteliktedir. İlgili raporda ‘yeterli konut hakkını’ gerçekleştirme noktasında devletin

⁹ Dericiler Yücel, Ö. (2014). *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinın Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 223, 224.

¹⁰ Literatürde barınma ve konut hakkına yönelik bir ayrımın varlığından söz edilmektedir. “Söz konusu hakkın konusu ve hakkın talep edilme şekli; konut haklarını bir insan hakkı olarak barınma hakkından ayırmaktadır. Bununla birlikte bir insan hakkı olarak barınma hakkı talebi vatandaşlık sorunundan değil insanlık sorunundan kaynaklanmaktadır ve ulusal sınırların ötesinde uluslararası toplumun dikkatini çeken bir hak talebiyle ilgilidir. Öte yandan konut hakları, belirli ulus devletlerin iç hukukunda kodlanmış veya bunlardan doğan yasal hakları ifade etmektedir. Bu haklar, ulusal olarak tasarlanmış sosyal refah mevzuatı altında sosyal konutlara erişim veya kiracılar için konutlara dair desteğe ilişkin haklara atıfta bulunmaktadır. Connell’in öne sürdüğü üzere, asli anayasal sosyoekonomik haklar, refah haklarından doğan her türlü ahlaki zorunluluğun üzerinde ve ötesinde bağlayıcı yükümlülükler empoze etmektedir. Burada ikinci ayrım noktası, hakların talep edilme ve kullanılma şekline dayanmaktadır”. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Hohmann, J. (2013). *The Right to Housing Law, Concepts, Possibilities*, London: Hart Publishing, s. 6.

tüm ülke nüfusu için konut imkânı sunma yükümlülüğü getirmediği belirtilmiştir. Bu noktada yeterli konut hakkına ilişkin temel yanılğılardan birisi, devletin tüm ülke nüfusu için konut inşa etmesinin gerekliliği ve konut sahibi olmayan yurttaşların ilgili kamu idaresinden doğrudan bir konut talep edebilme hakkının varlığı noktasında yoğunlaşmaktadır¹¹. Bu yanılıyı bertaraf edecek biçimde ifade edilecek olursa, ‘yeterli konut hakkının’, esasında ‘evsizliği önleyecek tedbirler alma; zorla tahliyeleri yasaklama; ayrımcılığı önleme; en savunmasız ve marjinal gruplara odaklanma; herkes için konut kullanım güvenliğini sağlama ve herkese barınma güvencesi sunma adına gerekli önlemleri alma’ yükümlülüklerini kapsadığı kaydedilmelidir¹².

Sonuç olarak, sosyal haklar sistematiği açısından konut hakkı, onur sahibi bir varlık olarak insanca yaşam sürebilmenin tahkim edici güvencesini oluşturan temel bir insan hakkı olarak tanımlanabilir. Bu temel hak, öngördüğü ‘pozitif yükümlülüklerle’ devletin bireyleri koruyucu birtakım tedbirler almasını gerekli kılmaktadır. İnsan hakları doktrini açısından ‘ekonomik, sosyal ve kültürel’ hakların katalog olarak politik meşruiyetine ve hukuki niteliğine ilişkin kuramsal tartışmalar, temelde siyaset felsefesi ve devlet anlayışı üzerinden şekillenmektedir. Yukarıda görüldüğü üzere, bir yanda bu haklar katalogunun birinci kuşak haklar da olduğu üzere devlet karşısında bireyin meşru ahlaki bir talep olarak ileri sürebileceği ve kamusal otoritenin bu minvalde pozitif yükümlülüklerle sahip olduğu fikri öne sürülürken, diğer yanda bu kategoride yer alan hakların hukukileştirilebilir meşru bir talep doğurmayacağı düşüncesi dillendirilmiştir. Ancak neoliberal siyasal kuram çerçevesinde devletin kamusal sorumluluk temelinde minimize edilmesini öngören yaklaşımın sonlandırdığı “refah devleti” uygulamaları, temel yaşamsal gereksinimler noktasında ciddi yoksunlukların ve insan hakları krizinin ortaya çıkmasına yol açmıştır.

Neoliberal politikalar, neden oldukları kitlesel işsizliğe, yoksulluğa, toplumsal dışlanmaya, kontrolsüz kentleşmeye, küresel düzeydeki adaletsizliğe rağmen hegemonisini sürdürmektedir. Bu küresel sosyoekonomik hegemoni, sosyal hakların korunmasında ve yerine

¹¹ Sidoti, C. (1996). “Housing as a Human Right”, *Human Rights and Equal Opportunity Commission*, s. 3.

¹² Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Right to Adequate Housing*, Fact Sheet No. 21/Rev. 1, s. 6.

getirilmesinde devlete düşen yükümlülüklerin belirsizleşmesine ve devletin etkisizleştirilmesine yol açmaktadır. Ancak bu krizin düşünsel, finansal, iktisadi veya kültürel boyutları perspektifinden baktığımızda ulaştığımız sonuç; sosyal refah devleti pratiğinde “eğitim, sağlık, barınma ve bakım” gibi hizmetlerin giderek insan hakları temelinde tartışmaya açılması ve devletten talep edilebilir hâle gelmesidir¹³.

II. MEKÂN ÜRETİMİ¹⁴ VE KONUT

Mekân; zaman boyutu ile birlikte insani varoluşa kök anlamını veren ve onu kendinde biçimlendiren bir yönüyle sınır, diğer yönüyle ise ufuk evrenidir. Felsefi bağlamında çeşitlenen anlam-yorum evrenleri ve tarih yazımlarına konu edilen mekân, en temelde varoluşsal anlamda “varlığın imkânı” olarak nitelendirilebilir. Bu imkân, mekânda insani yaşam kurabilmek, varlığı idame ettirebilmek ve orada yer-yurt tutabilmek suretiyle tecelli etmektedir. Böylelikle mekân, zenginliklerle bezeli bir imkân yurdu olarak dünyada insani varoluşun gelişiminin bir zemin ve yordamını oluşturmaktadır. Tekil yaşam serüveninde bu insani gelişim, mutlak surette bir mekânı mesken tutmakla olanaklı hâle gelen bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Varoluşsal bir imkân ve varlığın tecelli ettiği bir boyut olarak mekânda yer tutmak ya da iskân etmek, dünyada bir yurt-hane edinmek anlamına gelmektedir.

Fenomenolojik bir bakış açısıyla değerlendirildiğinde mekân, poetik, politik ve estetik bir açılımla ifşa olabilmektedir. Mekânı poetik bir açılımlaya tabi tutan Gaston Bachelard, ikamet edilen mekânın “kendinde ev kavramının özünü barındırdığını” ifade etmektedir. Ona göre mesken tutulan ev ya da hane, insanın derununda varlık bulan değerlerin dölyatağı ve düşlemenin mekânı olarak tasvir edilmektedir. Böylece ev, insana barınak olan düşlemenin kendinde var olduğu bir huzur ve sükûn mekânı olarak ortaya çıkmaktadır. Kişinin düşünceleri, anıları ve düşleri için ev en büyük bütünleştirici gücü temsil etmektedir. İnsan için hem beden hem de ruhu temsilleyen evin yokluğunun varoluşsal bir dağılmaya yol açacağını belirten Bachelard’a göre ev “İnsan varlığının ilk dünyasıdır.”¹⁵.

¹³ Dericiler Yücel, Ö. (2014). s. 93.

¹⁴ Mekân kavramını felsefi artalanı ve tarihsel süreci içerisinde derinlikli bir çözümlemeye tabi tutan ünlü Fransız sosyolog ve entelektüel Henri Lefebvre'nin başyapıtı olan *Mekânın Üretimi* bir mekân felsefesi ve çözümlemesi olarak okunabilir. Bkz., Lefebvre, H. (2019). *Mekânın Üretimi*, Ergüden, I. (çev.), İstanbul: Sel Yayıncılık.

¹⁵ Bachelard, G. (2018). *Mekânın Poetikası*, Tümertekin, A. (çev.). İstanbul: İthaki Yayınları, s. 35, 36, 37.

Nitekim insan varlığının ilk dünyası olan “evde olmanın” önemi ve kişinin hanesiyle bağlantısının kopması durumunda ortaya çıkan yabancılaşmanın sonuçları ortak felsefi temalar olarak Hegel’den Heidegger’e kadar pek çok politik felsefenin temelini oluşturmuştur. Varlık felsefesinde Heidegger, insanlık durumunun -insan “varlığının”- meskeniyle olan bağlantılarına dayandığını öne sürmüştür. Ona göre insanlar belirli bir mekânla bağlantısı olmaksızın “var olamazlar”. İnsanın mekânla -haneyle- bağlantı kurma gereksinimi “çok boyutlu” biçimde tanımlanabilir. Bu yüzden yerinden edilme ve evden mülksüzleştirme konuları vatandaşlık ve memleketten sürülme ile ilgili bir dizi sorunu kapsayacak biçimde özel mülkiyet mülahazalarının ötesine geçmektedir¹⁶.

Heidegger’e göre mekân, insanların günlük yaşama içkin biçimde çeşitlenen yer tanımlamalarıyla varlık gösterir. Ona göre insanların mekân anlayışı, çevremizi kuşatan genel mekânın geniş bağlamı içinde kendileri için tanımladıkları yerleri deneyimlemelerine bağlıdır. Bir yeri tanımlamak mekânda bir yerin çevresine bir tür sınır çekmeyi gerektirir. Bu sayede yerler, kişiler tarafından mekânın genelliği içinde -karmaşık ve her zaman değişen şekillerde- tikelleştirilir. Ona göre mekânın kendisi, ancak mekânı çevreleyen sınırları tanımlayabildiğimiz bağlam içinde kavranabilir¹⁷.

Heidegger’e göre gündelik yaşam gibi mimari yapı veya binalar da varlığın yetkesinin gölgesi altındadır. Öyle ki inşa edilen binalar ya da meskenler insanın varoluşunu konumlandırmaktadır. Mimari yapı (bina) insan varlığının etrafında şekillenip düzenlenmekte ve bu varlığın faaliyetleri zamanla düzene girmektedir. Bir yapıyı mesken tutanlar, bu yapıyı/binayı kendi ihtiyaçlarına göre inşa eder ve sonradan iskân etme biçimlerine göre orayı yeniden düzenlerler. Buna karşılık mesken tutulan binalar da insanların yaşamlarını tanzim etmekte ve hatta insan varlığının yerini tutmaktadır. Bir yapı, ilgili mekânın ve orada ikamet edenlerin özelliklerine göre inşa edilmekte ve içinde bulunduğu fiziksel ve beşerî topoğrafyayla şekillenmektedir¹⁸. Bu, bir anlamda Hacı Bayram Veli’nin “Ben bir ulu şâra vardım; O şârı yapılır buldum; Ben dahi yapıldım;

¹⁶ Fox O’Mahony, L. ve Sweeney, J. (2011). The Idea of Home in Law: Displacement and Dispossession, içinde Fox O’Mahony, L. ve Sweeney, J. (Der.) *The Idea of Home in Law, Displacement and Dispossession* (ss. 1-12). England: Ashgate Publishing, s. 4.

¹⁷ Sharr, A. (2013). *Mimarlık İçin Heidegger*. Atmaca, V. (çev.). İstanbul: Yem Yayınları, s. 57.

¹⁸ a.g.e. s. 10.

Taş ü toprak arasında” dizelerinde poetik anlatısını bulan bir “mekân-insan ve kent-beden” diyalektiğini ifade etmektedir. Tüm bu ontolojik, fenomenolojik, poetik, estetik ve ontoteolojik çözümlenmelerle anlamsal ifşaata konu olan mekânın farklı tarihsel dönemlerde kendi özgüllükleri üzerinden üretime konu olduğu görülmüştür.

Nitekim ilgili tarihsel dönemlere özgü “üretim tarzları, toplumsal örgütlenme biçimleri ve diğer dinamikler” üzerinden mekânı dönemselleştiren Lefebvre, farklı tarihsel fazlarda “mutlak, kutsal, tarihsel, soyut, çelişkili ve diferansiyel mekân” sınıflamasından söz etmiştir. Düz çizgisel tarih tasarımı çerçevesinde tarihin başlangıcında özgün üretim tarzı ile mutlak mekânın varlık bulduğunu öne süren düşünür, mutlak mekândan soyut mekâna doğru gerçekleşen doğrusal akışı çözümlenmiştir¹⁹. Bu süreçsel akışta kapitalizmin doğumuna eşlik eden soyut mekân tasavvurunun tarihsel kökeni dikkate alındığında ekonomi politik temeller dikkat çekmektedir. Lefebvre devlet tarafından kurulmuş olan soyut mekânın bir “şiddet ve savaş ürünü olarak siyasal niteliğine” vurguda bulunmuştur. Homojenitesi olan bu mekân türü, kendisine tehdit ve direnç odağı olarak gördüğü her şeyi -farklılıkları-yok eden gücün egemenliğine boyun eğmekte veya ona alet olmaktadır. Bu pervasız güç “Geçtiği her yeri un ufak eder ve ezer.”. Bu sosyoekonomik yıkımın aracı olan “Homojen mekân, bir marangoz rendesi, bir buldozer ya da bir savaş arabası olarak onlara hizmet eder.”²⁰. Bu soyut mekân tasavvuru üzerinden yapılandırılan modern kent-mekân üretimi, sosyosınıfsal ayrışmaları ve toplumsal gerilimleri derinleştirerek kent adaletini haleldar eden bir konut politikasının globalleşmesine yol açmıştır. Doğallıkla bu kent politikası ve kentleşme pratiği, konut hakkı ve adaleti noktasındaki yıkıcı sosyoekonomik etkisi ile insan hakları temelinde ciddi yoksunluklar yaratmıştır.

III. KONUT HAKKININ KAVRAMSAL ÇERÇEVESİ

Konut kavramı, insani ve kişisel yararları vurgulayarak konut haklarını değerlendirmek için yeni bir temel oluşturmaktadır. Ulusal, bölgesel ve küresel düzeyde konut hakları, “yerinden edilme ve mülksüzleştirme” meselesinin yanı sıra herkes için konuta erişim hakkını konu edinmektedir. Bu haklar, büyük ölçüde uluslararası

¹⁹ Bkz. Lefebvre, H. (2019). s. 241-298.

²⁰ a.g.e. s. 292.

kamu hukuku belgelerine dayalı olarak dünya çapında yeni bir söylem ve içtihat oluşturmaktadır. Bu noktada konut, geniş çapta barınma ihtiyacı ve konut haklarının merkezi kavramı olarak ortaya çıkmaktadır. Maslow'un "ihtiyaçlar hiyerarşisinde" barınma; "güvenlik, gıda, giyecek ve diğer fizyolojik gereksinimlerle" birlikte temel insani ihtiyaçlar olarak belirlenmektedir²¹. Burada konut dolayımı üzerinden karşılanan barınma ihtiyacı, onurlu insani yaşamın zorunlu bir gereği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu noktada ihtiyaçlar, David Harvey'in çözümlemesine göre "bireylerin var oldukları toplumun üretimi üzerindeki taleplerini neyin meşru kıldığına" ilişkin kıstaslardan birisini oluşturmaktadır. Düşünür, farklı faaliyet kategorilerine göre tanımlanabilecek olan ihtiyaçların zamansal süreçte değişime pek açık olmadığını da vurgulamaktadır. Bu kapsamda sıralanabilecek olan ihtiyaçların başında "gıda, konut, sağlık hizmeti, eğitim" ve diğerleri gelmektedir²².

Böylece temel bir insani ihtiyaç olarak barınmanın güvencesini oluşturan konut hakkı, insan haklarının ahlaki esasını teşkil eden insan onurunu güvence altına alacak yaşamsal tedbirlerden birisi olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim kişilerin güvenli ve makul bir konutta yaşaması, onurlu yaşam sürebilmenin gerekli bileşeni olarak hem sosyal hem de siyasi haklardan yararlanmanın merkezî konumunda yer almaktadır²³. Öyle ki konut hakkının uluslararası insan hakları belgelerinde güvence altına alınması, barınma olanağından mahrumiyetin temel bir insan hakkı ihlali olarak kabul edilmesini mümkün kılmaktadır. Bu mahrumiyet ya da yoksunluk, diğer hak ve özgürlüklerin kullanılmasını olumsuz biçimde etkileyen bir hak ihlalidir. Bu nedenle bireylerin barınma ihtiyacının karşılanmasını güvence altına alan konut hakkı, insan haklarından yararlanabilmenin ve insan onuruna uygun bir yaşam sürebilmenin temel şartı olarak görülmelidir²⁴.

Nitekim Birleşmiş Milletler Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi de yeterli konut hakkının daraltıcı biçimde yorumlanmamasının

²¹ Kenna, P. (2011). Can International Housing Rights Impact on Housing Systems? içinde Fox O'Mahony, L. ve Sweeney, J. (Der.) *The Idea of Home in Law, Displacement and Dispossession*, (ss.133-165). England: Ashgate Publishing, s. 133.

²² Bkz. Harvey, D. (2013). *Sosyal Adalet ve Şehir*, Morali, M. (çev.). İstanbul: Metis Yayınları, s. 96, 98.

²³ Taylor, O., Loubière, S. ve Auquie, P. (2020). "Homelessness, Housing First, and the Right to Housing: Confronting Right and Reality", *Human Rights Review*, V. 21., s. 374.

²⁴ Bulut, N. (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 217.

gerekliliğini ifade etmiştir. Bu kapsamda yeterli konut hakkının “güvenli, huzurlu ve onurlu” biçimde bir mekânda yaşam sürme hakkı olarak değerlendirilmesinin gereğini kaydetmiştir. Yeterli konut hakkının normatif çerçevesi, esas olarak Komitenin ilgili hak alanına ilişkin 4 numaralı (1991) ve zorla tahliye hakkındaki 7 numaralı (1997) genel yorumlarında açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre yeterli konut hakkının özgürlükleri ve hakları içinde barındırdığı vurgulanmıştır. Yeterli konut hakkına ilişkin özgürlükler “zorla tahliyelere ve kişinin evinin keyfi olarak yıkılmasına karşı koruma; kişinin evine, özel hayatına ve ailesine keyfi olarak karışmama hakkı ve birinin ikametgâh seçme, nerede yaşayacağını belirleme ve hareket özgürlüğü” olarak belirlenmiştir. Yeterli konut hakkının içerdiği haklar ise “kullanım güvencesi, konut, arazi ve mülk iadesi, yeterli konutlara eşit ve ayrımcı olmayan erişim, ulusal ve topluluk düzeyinde konutla ilgili karar alma sürecine katılım” olarak düzenlenmiştir²⁵.

Konut hakkının içerdiği hak ve özgürlükler çerçevesinde ilgili devletlere bu hakka yönelik olarak “saygı duyma, koruma ve yerine getirme” yükümlülükleri getirilmiştir. Bunlardan *saygı duyma yükümlülüğü*, devletlerin yeterli konut hakkından yararlanılmasına doğrudan veya dolaylı olarak müdahale etmekten kaçınmasını gerektirmektedir. Örneğin devletler yurttaşlarını zorla tahliye etmekten ve keyfi olarak evlerini yıkmaktan kaçınmalıdır. Devletlerin *koruma yükümlülüğü* ise üçüncü şahısların kişilerin konutuna haksız müdahalesini önlemesini gerektirmektedir. Devletler “ev sahipleri, arazi malikleri ve şirketler” gibi özel aktörlerin yeterli konut hakkına ilişkin insan hakları standartlarına uymasını teminen mevzuat veya diğer tedbirleri almak durumundadır. Son olarak *yerine getirme yükümlülüğü* ise devletlerin yeterli konut hakkını tam olarak gerçekleştirmek için uygun “yasal, yönetsel, bütçesel ve diğer önlemleri” almasını gerektirmektedir. Yerine getirme yükümlülüğü kapsamında devletler, aşamalı olarak ve mevcut kaynaklarının izin verdiği ölçüde evsizliği önlemeye yönelik tedbirler almak durumundadır. Bu noktada devletlerin yeterli düzeyde barınma imkânı var edebilmek için gerekli fiziksel altyapıyı sağlayarak (elektriğe, güvenli içme suyuna, yeterli sanitasyona, atık toplama ve diğer temel hizmetlere evrensel ve ayrımcı olmayan erişimin sağlanmasına yönelik

²⁵ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Right to Adequate Housing*, Fact Sheet No. 21/Rev. 1, p. 3.

adımların atılması) yeterli konut hakkından yararlanamayan birey veya gruplara yeterli barınma sağlama yükümlülüğü bulunmaktadır²⁶.

Bu noktada devletlerin ilgili hak alanına ilişkin kamusal yükümlülüğünün sınırının sorgulanması gerekmektedir. Zira konut hakkına ilişkin öngörülecek olan pozitif yükümlülük, kamu kaynaklarının sınırlılığı dikkate alındığında karşılanması görece kolay olmayan bir gereksinim olarak ortaya çıkmaktadır. Bu yüzden konut hakkına ilişkin kamusal yükümlülük devletin mali kaynakları ile sıkı bir biçimde ilişkilidir²⁷. Doğal olarak devlet, konut hakkına ilişkin yükümlülüklerini mevcut kaynaklarını göz önünde bulundurarak yerine getirmek durumundadır. Bu bakımdan konut hakkı, diğer sosyal haklar açısından da geçerli olduğu üzere ilgili devletin mali kaynaklarının yeterliliği ilkesinin devreye girdiği bir hak olarak tanımlanmaktadır²⁸.

Nitekim Avrupa Sosyal Haklar Komitesi²⁹ 2006 yılında vermiş olduğu *ERRC v. Bulgaristan* kararında; devletlerin konut hakkını güvence altına alabilmek adına gerekli yasal ve pratik önlemleri almasının gerekliliğini ifade etmiştir. Benzer biçimde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 65829/12 No.lu *Tchokontio Happei v. Fransa* kararında, devletin konut hakkını güvence altına almak adına gerekli kaynakları sağlamasının gerekliliğine karar verilmiştir. Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin 2007 tarihli *ATD v. Fransa* kararında; devletin konut hakkına yönelik yalnızca yasal bir çerçeve sunmakla kalmaması, aynı zamanda kaynakları serbest bırakması ve hakların güvence altına alınmasını sağlamak için uygun prosedürler oluşturması gerektiği ifade edilmiştir³⁰.

Bu çerçevede uluslararası insan hakları hukuku ve ulusal normatif düzenlemeler dikkate alındığında konut hakkına ilişkin olarak asgari ölçekte dört farklı bileşenin varlığını tespit edebiliriz. Bunların ilkinin

²⁶ a.g.e. s. 33-34.

²⁷ Algan, B. (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları, s. 269.

²⁸ Bulut, N. (2009). s. 220.

²⁹ Avrupa Sosyal Şartı'na taraf olan devletler, iki yılda bir Avrupa Sosyal Haklar Komitesine ülke raporları sunmakla yükümlüdür. Taraf devletler tarafından Şart kapsamında girilen taahhütlerin yerine getirilmesi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin denetimine tabidir. Bu denetim sonucunda Avrupa Sosyal Haklar Komitesinin hazırladığı tespitler "Kararlar" başlığı altında aleni bir biçimde yayımlanır. Ayrıntılı bilgi için bkz., <https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights> (Erişim tarihi: 11/11/2020).

³⁰ Feantsa (2016). "Housing-Related Binding Obligations on States From European and International Case Law", s. 3. <https://www.feantsa.org/download/2016-06-housing-related-bindingobligations6411857525167192995.pdf> (Erişim tarihi: 4/11/2020).

“güvenli içme suyuna erişim”, “uygun bina koşulları”, “uygun büyüklükte konut birimleri” ve “kadınlar, yaşlılar, engelliler, mülteciler, göçmen işçiler ve çocuklar” dâhil olmak üzere tüm toplumsal kesimler için barınma haklarından oluşan dört belirleyici unsuru kapsayan “yeterli konut hakkı” oluşturmaktadır. İkinci bileşen, ilgili hak alanına ilişkin bir güvence öngören “zorla tahliyelere ve evsizliğe karşı korunma” hakkıdır. Üçüncü bileşen, hanesinden uzaklaştırılan kişilerin “eve dönme ve mülk iadesine ilişkin hakkıdır.” Dördüncü bileşen ise “doğal afetler sonrasında mağdurların konutlarını kurtarma hakkı” olarak belirlenmektedir³¹. Konut hakkının öngördüğü güvence dizgesine yönelik böylesi bir sınıflama yapılmakla birlikte hem ilgili devlet rejimlerinde hem de insan hakları yargılamalarında konut hakkına ilişkin üç temel zaaf noktası ortaya çıkmaktadır. Bunlardan ilki, konut hakkının niteliğine ve talep edilebilirliğine ilişkin normatif zafiyettir. İkinci zaaf noktası, konut hakkına ilişkin yorumsamanın aşırı derecede usul hükümlerine dayanması ve amaç pahasına araçlara ayrıcalık tanıyor olmasıdır. Üçüncü zaaf noktası ise konut hakkı ile bu hakkın güvence altına aldığı kişilerin yaşamlarını karakterize eden ve ihlale yol açan ızdırıp ve yoksulluk koşulları arasında bir bağlantının bulunmamasıdır³².

Konut hakkı çerçevesinde sözü edilen kamusal yükümlülükleri yerine getirme amacına matuf olarak geliştirilen ilkesel çerçeve, sosyal konutların üretimi noktasında sosyal ve politik bir meşruiyet zemini sağlamaktadır. Nitekim öncelikli olarak savunmasız ve muhtaç durumda olanların konut hakkına erişiminin sağlanması, etkili bir konut hakkı uygulamasının temel özelliği olarak karşımıza çıkmaktadır. Bununla birlikte konut hakkını barınma ve sosyal konutla eşleştirme eğiliminin yanı sıra bu hakkın devlete herkes için asgari düzeyde barınma imkânı sağlama yükümlülüğünü de içerdiği yönünde genel bir eğilimin bulunduğunu ifade edebiliriz³³. Bu çerçevede sosyal işlevine dayalı olarak devlet, toplumdaki savunmasız grupların erişimini teşvik etmek adına yeterli konut politikaları oluşturmak durumundadır. Burada savunmasız grupların kapsamı “yaşlılar, kadınlar, çocuklar, engelliler,

³¹ Terminski, B. (2011). “The Right to Adequate Housing in International Human Rights Law: Polish Transformation Experiences”, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, V. 22., No. 2., s. 240.

³² Hohmann, J. (2013). s. 2.

³³ Kenna, P. (2010). “International Instruments on Housing Rights”, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, V. 2, No. 1, s. 14.

immün yetmezlik virüsü (HIV) taşıyanlar, doğal afet mağdurları vb.” olarak sıralanabilir. Ayrıca konutların uygun hijyen ve sıhhi koşullarıyla ilgili diğer hususların yanı sıra ekonomik kalkınma (istihdam ve gelir), kültürel (eğlence) ve sosyal (kamusal) yaşam alanları için fırsatlar sunabilecek mekânlarda lokalize olması gerekmektedir³⁴.

Ancak bu eğilimin aksine konut hakkı, yalnızca sosyal konut haklarına ilişkin olarak değil tüm konut sistemlerine yönelik biçimde geliştirilmelidir. Kuşkusuz konut hakkı, konut haklarına ilişkin pozitif kamusal yükümlülüğün icrasında ya da uygulanmasında her zaman asgari bir gereklilik olarak değerlendirilebilecektir. Ancak burada konut hakkı, bu minimalistik normatif çerçeveden daha geniş kapsamda bir güvence mekanizması olarak değerlendirilmek durumundadır³⁵.

Sonuç olarak insan hakları doktrini, yargısal içtihatlar ve uygulamaların dinamik ve genişletici yorumsal perspektifi konut hakkının ekonomik ve sosyal nitelikli insan haklarından birisi olarak kabul edilmesini olanaklı kılmaktadır. Bu nedenle ekonomik gelişimi, siyasi durumu veya sosyal koşulları ne olursa olsun bu hakları kendi yurttaşları için uygulamak her ülkenin görevi olarak kabul edilmektedir. Yurttaş bireylerin uygun yaşam koşullarına sahip olması, diğer daha rafine insan hakları kategorilerine (örneğin sağlık hakkı, kalkınma hakkı, barış hakkı veya kültüre erişim hakkı) erişme veya kullanma olasılığını tayin etmektedir. Kişinin yeterli konut hakkına erişimi, insani gelişimin en temel unsurlarından birisi olarak değerlendirilmelidir. Nitekim dünyada her bir insan teki için yaşam sürülen hane/ev, sosyal bağların gerçekleştirilmesi için gerekli bir alan olarak kabul edilmektedir. Bu konuda yeterli güvenceler sunulması durumunda yalnızca “ekonomik, sosyal ve kültürel hakların” değil eş biçimde bazı temel medeni ve siyasi hakların da uygulamaya konulması olanaksızlaşacaktır³⁶. Zira konut hakkı, salt olarak yerleşme özgürlüğünün³⁷ altyapısını oluşturmakla

³⁴ Monteiro, D., Shibao, F., Melo, D. ve Silva, L. (2020). “Socio-Spatial Self-Segregation By Housing and the Access To Citizens’ Rights”, *Holos*, V. 1., No. 36., s. 4.

³⁵ Kenna, P. (2011). s. 154.

³⁶ Terminski, B. (2011). s. 222.

³⁷ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme ile bu Sözleşme’ye ek birinci Protokol’de tanınmış bulunan haklardan ve özgürlüklerden başka haklar ve özgürlükler tanıyan Protokol No. 4: Madde 2 Serbest dolaşım özgürlüğü; 1. Bir devletin ülkesi içinde usulüne uygun olarak bulunan herkes, orada serbestçe dolaşma ve ikametgâhını seçebilme hakkına sahiptir. 2. Herkes, kendi ülkesi de dâhil herhangi bir ülkeyi terk etmekte serbesttir. 3. Bu haklar, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, kamu düzeninin korunması,

sınırlı değildir. Bunun yanı sıra diğer temel hak ve özgürlüklerin de gerçekleşmesine zemin hazırlamaktadır. Konut hakkının güvence altına alınması; konut dokunulmazlığının, sağlık hakkının, dengeli bir çevre ve planlı bir kentleşmeyi olanaklı kılacak bir ön koşul olarak değerlendirilebilir. Öyle ki nitelikli bir insani yaşam, ancak konut hakkı temeli üzerinde kurulabilir³⁸.

IV. KONUT HAKKININ NORMATİF ÇERÇEVESİ

İnsan tekinin en temel gereksinimlerinden birisini oluşturan barınma ihtiyacını karşılayan temel öge kişiye özgülenmiş bir mekân olarak konuttur³⁹. Konut kavramı bütünüyle mevcut bir mülkiyet hakkının belirli bir kategorisinin korunması olarak değerlendirilmemelidir. Zira ilgili kavram, aile konutunu da içermekle birlikte içeriği yalnızca bununla sınırlı değildir. ‘Konut’ kavramının temelinde, kamu makamlarının tecavüzüne karşı korunan bir özel alan yaratılması fikri yer almakla birlikte kavramın özellikle devletin bir mülk veya mülkiyet hakkını korumanın ötesinde bir kişinin kendi konutunda yaşamasını kolaylaştırmasını da içeren daha geniş bir anlamsal çerçeve bulunmaktadır⁴⁰.

Öngörülen bu kavramsal çerçeveye uygun biçimde dünya genelinde ulusal hükümetler, “uluslar üstü ve bölgesel sözleşmeler, anayasalar ve diğer iç hukuksal düzenlemeler” aracılığıyla konut haklarını geliştirme yoluna gitmişlerdir. Uluslararası düzeyde artık neredeyse tüm dünya ülkeleri tarafından benimsenen konut hakları belgeleri insan onuruna dayalı, kişi merkezli ve diğer başkaca değerleri geliştiren bir hukuki söylem olarak geliştirilmiştir⁴¹.

suç işlenmesinin önlenmesi, sağlık ve ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirler olarak ve yasayla öngörülmüş sınırlamalara tabi tutulabilir. 4. Bu maddenin birinci fıkrasında sayılan haklar, belli yerlerde, yasayla konmuş ve demokratik bir toplumda kamu yararının gerektirdiği sınırlamalara tabi tutulabilir. Bkz. https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim tarihi: 11/11/2020).

³⁸ Kaboğlu, İ. (1995-1996). “Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı”, *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 17/18, s. 152.

³⁹ Sürdürülebilir insan yerleşimleri oluşturulması ve herkes için yeterli konut sağlanması, Birleşmiş Milletler kapsamında yürütülen bir program olan BM-HABITAT tarafından hedeflenmekte ve dünya gündemine taşınmaktadır. BM-HABITAT, insan yerleşimleri ile ilgili faaliyetlerin eş güdümünü Birleşmiş Milletler nezdinde sağlamakta, sürdürülebilir insan yerleşimleri ve kentlerin sorunları ile ilgili çözüm yolları geliştirilmesi doğrultusunda üye ülkelere teknik yardım ve finansman desteği sağlamayı amaçlamaktadır. Bkz., *Konut Politikaları*, Özel İhtisas Komisyonu raporu, Ankara 2018, s. 3.

⁴⁰ Harris, D. J.; O’Boyle, M.; Bates, E. P.; Buckley, C. M. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, H. Dinçer, H. (çev.). Avrupa Konseyi, s. 386.

⁴¹ Kenna, P. (2010). s. 11.

Bu hukuki söylem doğrultusunda konut hakkı⁴² uluslar üstü ölçekte ve bildirgesel düzeyde insan hakları normları olarak düzenlenmiştir. Öyle ki 1948 tarihli BM Evrensel İnsan Hakları Bildirgesi'nin (*Universal Declaration of Human Rights*) 25. maddesinde bu hak, sosyal haklar kataloğu kapsamında düzenlemeye konu edilmiştir. İlgili düzenlemede konut hakkının kapsamı şu şekilde belirlenmiştir:

*“Herkesin kendisinin ve ailesinin sağlık ve refahı için beslenme, giyim, konut ve tıbbi bakım hakkı vardır. Herkes, işsizlik, hastalık, sakatlık, dulluk, yaşlılık ve kendi iradesi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahiptir”*⁴³. Evrensel Bildirge'ye göre yeterli konut hakkının uygulanması, bireysel insan güvenliğinin temel güvencelerinden birisi olarak kabul edilmiştir. Bildirge'de konut hakkı, beslenme ve giyim hakkından sonra düzenlenen temel sosyal haklardan birisi olarak benimsenmiştir⁴⁴.

Sözleşmesel düzeyde ise konut hakkı BM tarafından 1966'da tanzim edilmiş olan Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (*International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, ICESCR) ile düzenlemeye konu olmuştur. Sözleşmenin ilgili 11. maddesine göre;

“Bu Sözleşmeye Taraf olan Devletler herkese, kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma imkânı sağlar. Bu standart, yeterli beslenmeyi, giyinmeyi, barınmayı ve yaşama koşullarının

⁴² AİHS'nin 8/1. maddesinde güvence altına alınan dört menfaatten birisi de kişinin konut hakkıdır. İlgili 8.maddeye göre konut genel olarak bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yer, AİHM'e göre ise “genellikle özel yaşamın ve aile yaşamının geliştiği, maddi olarak belirlenmiş yer” anlamına gelmektedir. Bir yerin konut olduğu ortaya konulduğunda, ilk koruma, “ilgili yere erişim, bu yeri kullanma ve bu yerden dışarı atılmamak veya tahliye edilmemek” ile ilgilidir. AİHM *Chapman v Birleşik Krallık* (2001) davasında “Her insanın onurlu bir şekilde evi olarak nitelendirebileceği bir yere sahip olması açıkça arzu edilir bir durum ise de taraf devletlerde birçok evsiz kişi bulunmaktadır. Devletin herkesin bir ev sahibi olmasını sağlamak için kaynak ayırıp ayırmaması konusu, yargısal değil siyasi bir kararlar ilgilidir.” Son cümle evsizlik konusunu 8. madde kapsamı dışına çıkarmış görünmektedir, sosyoekonomik haklar Mahkemenin yargı yetkisinin ötesindedir. Bu yaklaşım dayanaksız olmamakla birlikte Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kapsamında konut hakkı olmadığı izlenimi sunmaktadır. Oysaki 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında kabul edilen diğer davalarda Mahkeme “Konut gibi modern toplumlarda sosyal ve ekonomik politikaların merkezinde yer alan alanlarda, yasa koyucunun kanaati açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça mahkeme genel yararın ne olduğu konusunda yasa koyucunun kanaatine saygı gösterecektir.” ifadelerini kullanmıştır. Bkz. Harris, D. J., O'Boyle, M., Bates, E. P., Buckley, C. M. (2013), s. 382-385.

⁴³ <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk> (Erişim tarihi: 21/10/2020).

⁴⁴ Terminski, B. (2011). s. 230.

sürekli olarak geliştirilmesini de içerir. Taraf Devletler bu hakkın gerçekleştirilmesini sağlamak için, kendi serbest iradelerine dayalı uluslararası iş birliğinin esas olduğunu kabul ederek, uygun tedbirleri alırlar”⁴⁵.

Bu noktada konut hakkının uluslararası insan hakları hukukunda yeterli bir yaşam standardı hakkının bir parçası olarak tanınan bir insan hakkı olarak değerlendirildiği görülmektedir. Bildirgesel düzeyde ‘Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi’, geniş çapta yeterli konut hakkının korunmasında merkezi bir konuma sahiptir. Bu sözleşme, herkesin yeterli beslenme ve giyinme gereksinimi dahil olmak üzere kişinin kendisi ve ailesi için yeterli bir yaşam standardına sahip olma hakkına atıfta bulunmaktadır⁴⁶.

Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi uyarınca devletler, yeterli konut hakkının aşamalı biçimde tam olarak gerçekleştirilmesini sağlamakla yükümlüdür. Başka bir deyişle sözleşme; devletlerin kaynak kısıtlamaları olduğunu, herkese yeterli konut hakkını sağlamanın zaman alabileceğini ve bu nedenle de yeterli konut hakkının bazı bileşenlerinin aşamalı olarak gerçekleştirilmeye tabi olduğunu kabul etmektedir. Ancak “ayrımcılık yasağı” ve benzeri yükümlülüklerin aşamalı olarak gerçekleştirilmeye tabi olmadığı ifade edilmektedir. Ayrıca devletlerin tüm unsurları ile yeterli konut hakkını ivedilikle gerçekleştirilmesinin mümkün olmaması durumunda en azından bu hakkı daha iyi korumak ve geliştirmek için mevcut kaynakları ölçüsünde mümkün olan her türlü çabayı göstermesinin gerekliliği vurgulanmıştır⁴⁷.

Konut hakkının yer aldığı bir diğer düzenleme ise 1976 tarihli BM Siyasi ve Medeni Haklar Uluslararası Sözleşmesi’dir. Konut hakkı, ilgili sözleşmenin 17. maddesinde düzenlemeye konu olmuştur. Buna göre “Hiç kimsenin özel hayatına, ailesine, evine ya da haberleşmesine keyfi ya da yasadışı olarak müdahale edilemez; hiç kimsenin şeref ve itibarına yasal olmayan

⁴⁵ <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf> (Erişim tarihi: 21/10/2020).

⁴⁶ Konut hakkını tanıyan diğer uluslararası insan hakları sözleşmeleri için ayrıca bkz., Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Right to Adequate Housing*, Fact Sheet No. 21/Rev. 1, p. 11, 1951 tarihli “Mültecilerin Hukuki Durumuna İlişkin Sözleşme”, 1979 tarihli “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme”, 2006 tarihli “Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme”, 1965 tarihli “Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme”.

⁴⁷ Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Right to Adequate Housing*, Fact Sheet No. 21/Rev. 1, 2014, p. 30.

tecavüzlerde bulunulamayacağı, herkesin bu gibi müdahalelere ya da tecavüzlere karşı yasalarca korunma hakkı olduğu” belirtilmiştir⁴⁸.

Ayrıca bölgesel düzeyde konut hakkına yer veren pek çok belge bulunmaktadır. Bu kapsamda 1996 tarihli Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nın 31. maddesinde konut hakkına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmiştir. İlgili düzenlemede herkesin konut hakkının bulunduğu ifade edilmiştir. Belge, taraf devletlerin konut hakkının etkili bir biçimde kullanılmasını temin etmek amacıyla “yeterli standartlara sahip bir konut edinilmesini teşvik etme, evsizliği zamanla ortadan kaldırma amacıyla önleme ve azaltma, konut fiyatlarını yeterli kaynaklara sahip olmayanlar için uygun hâle getirme gibi birtakım önlemleri alma” yükümlülüklerinin olduğunu kaydetmiştir⁴⁹.

Gözden Geçirilmiş Avrupa Sosyal Şartı’nda yer alan bu düzenlemenin konut hakkı açısından önemi, ilgili hakkın diğer haklarla olan bağıntısına değinmeksizin devletlerin yükümlüklerine atıfta bulunmasıdır. İlgili düzenlemede konut hakkının öznesi, “herkes” olarak belirlenmiştir. Bu düzenleme çerçevesinde devletlere, yalnızca bireylere konut sağlamak değil konut edinmeyi kolaylaştırma yükümlülüğü de getirilmiştir⁵⁰. Ayrıca Avrupa Sosyal Şartı kapsamında konut hakkının ana unsurları, “yeterlilik, erişilebilirlik, evsizliğin önlenmesi ve azaltılması” olarak belirlenmiştir. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi (CESCR) gibi, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi (ECSR) de içtihatlarında konut hakkına ilişkin yorumsal çerçevesini, ilgili hakkın kapsamını belirtir biçimde ortaya koymuştur. Bununla birlikte taraf devletler, Avrupa Sosyal Şartı’nın hedeflerine ulaşma yolunda istikrarlı bir ilerleme sağlamak adına gerekli araçları benimseyerek ihtiyaç kaynakları ve sonuçları hakkında anlamlı istatistikler tutmak, benimsenen stratejilerin etkisinin düzenli biçimde izlenmesini gerçekleştirmek ve hakların pratik ve etkili bir biçimde uygulanmasını sağlamakla yükümlü kılınmışlardır⁵¹.

⁴⁸ <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (Erişim tarihi: 20/10/2020).

⁴⁹ <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf93> (Erişim tarihi: 20/10/2020).

⁵⁰ İnce, N.; Bakır Kanlı, İ.; Eryiğit, B. (2017). “İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı”, *Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi*, C. 3., S. 2., s. 28. Avrupa’da konut hakkı detaylı bilgi için ayrıca bkz., Kenna, P. ve Jordan, M. (2014). *Housing Rights in Europe: The Council of Europe Leads the Way*, içinde Kenna, P. (Der.) *Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, (ss. 115-140). England: Ashgate Publishing.

⁵¹ Kucs, A.; Sedlova, Z. ve Pierhurovica, L. (2008). “The Right to Housing: International, European and National Perspectives”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, V. 64., No. 65., s. 112.

AB belgelerinde konut hakkının normatif kapsamına yönelik en uygun düzenlemenin 2000 tarihli AB Temel Haklar Şartı'nda yer aldığı belirtilmektedir. Lizbon Antlaşması'nın 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe girmesiyle Temel Haklar Şartı, AB ve ulusal mahkemeler tarafından doğrudan uygulanabilir hâle gelmiştir. Böylece Temel Haklar Şartı, AB'nin kurucu antlaşmalarıyla eş bir yasal güce sahip olmuştur. Ancak Şart'ın gerçek konut haklarını içerip içermediğine ve bunların uygulanabilir olup olmadığına dair birtakım kuşku bulunmaktadır. Bunların ilki, Şart'ın gerçek bir konut hakkını değil konut yardımı hakkını içermekte olduğu yönündeki düşüncedir. İlgili 34/3. maddeye göre "Birliğin, sosyal dışlanma ve yoksullukla mücadele için yeterli kaynağı olmayan herkese saygın bir hayat sunmak amacıyla topluluk hukuku ile ulusal hukuk ve uygulamalardan kaynaklanan kurallar uyarınca sosyal yardım ve konut yardımı hakkını tanıyacağı ve gözeteceği" düzenlenmiştir. İkincisi "konut yardımı" teriminin neleri kapsadığına ilişkin mutlak belirsizliktir. Şart'ın 34. maddesinin lafzı daha fazla detaylandırılmamaktadır. Sosyal güvenlikle ilgili olarak madde 34 (1) yalnızca şunu belirtmektedir: "*Birlik, Topluluk hukuku ile ulusal hukuk ve uygulamalardan kaynaklanan kurallar uyarınca, işini kaybetme halinde ve analık, hastalık, iş kazaları, geçindirilmeye muhtaçlık veya yaşlılık gibi durumlarda koruma sağlayan sosyal güvenlik yardımlarından ve sosyal hizmetlerden yararlanma hakkını tanır ve gözetir.*" Üçüncüsü ise Şart'a ilişkin açıklamalarda belirtildiği üzere 34. madde bir ilkeye ilişkindir. Şart'ta "ilkeler" terimi, "haklar" kavramının tersine ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan söz etmek için kullanılmaktadır. Nitekim ilkeler, doğrudan uygulanabilir herhangi bir hak alanı yaratmaz. Ancak esas olarak ilkeler, AB ve üye devletlerdeki yasama süreçlerini etkileyebilir⁵².

1976 yılında BM İnsan Yerleşimleri Konferansı (Habitat I) sonunda kabul edilmiş olan İnsan Yerleşimleri Üzerine *Vancouver Bildirisi* de konut hakkı açısından son derece önemli bir belge niteliğindedir. Bildiri sonucunda yeterli bir konuta ve sosyal hizmetlere sahip olmanın temel bir insan hakkı olduğu düşüncesi kabul edilmiştir⁵³. 1996 yılında İstanbul'da gerçekleştirilen Habitat II Konferansı sonucunda UN-HABITAT'ın temel belgelerinden olan 'Habitat Agenda' ile 'İstanbul Deklarasyonu' kabul edilmiştir. Bu belgelerle hükümetler, tüm

⁵² a.g.e. s. 117.

⁵³ <http://habitat.scarp.ubc.ca/habitat1conference/> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

yurttaşlara uygun iskân olanakları sağlamayı ve sürdürülebilir insan yerleşimlerini geliştirmeyi taahhüt etmişlerdir⁵⁴. Yine III. HABITAT Konferansı sonucunda kabul edilen ve 'Kito Bildirgesi' olarak da anılan "Yeni Kentsel Gündem", konut politikalarının oluşturulması ile ilgili uluslararası alandaki en güncel belge niteliğindedir. Yeni Kentsel Gündem'de "kimseyi geride bırakmamak", "sürdürülebilir ve kapsayıcı kentsel ekonomiler", "çevresel sürdürülebilirlik" ilkeleri benimsenmiş ve konut, "bir insan hakkı" olarak kabul edilmiştir⁵⁵.

Ülkemizde de mevcut hukuk düzeni içinde konut hakkına ilişkin anayasal ve yasal düzenlemeler bulunmaktadır. Öyle ki bir sosyal hak olarak konut hakkı ilkin, 1961 Anayasası'nda devletin sorumluluğunu belirtir biçimde düzenlemeye konu olmuştur. Anayasanın 49. maddesi; beden ve ruh sağlığı içinde bir yaşam sürmenin koşulu olarak konut ihtiyacının karşılanmasının zorunluluk arz etmesinden ötürü devleti; "yoksul ve dar gelirli ailelerin sağlık şartlarına uygun konut ihtiyaçlarını karşılayıcı tedbirleri almakla" yükümlü kılmıştır. İlgili maddenin gerekçesinde refah devletinde bireyin sağlığını gerek doğrudan doğruya gerek özel teşebbüsle ve yerel yönetimlerle iş birliği yaparak temin etmek, devletin başta gelen yükümlülüklerinden birisi olarak sayılmıştır. Sağlığın temel koşulu olan barınma ihtiyacının doğrudan doğruya bu hak alanı ile ilişkili olmasından ötürü sosyal devlet, bütün yurttaşlara barınacak mekân temin etmenin olanaklarını bulmak ve gerçekleştirmek durumundadır⁵⁶. Diğer yandan 1982 Anayasası'nın 57. maddesinde düzenlemeye konu olan "konut hakkı" ise hak ya da yararlanıcıdan söz etmeksizin devleti, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri almakla yükümlü kılmaktadır. Bu kapsamda Anayasamızın 56. maddesine göre "Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir.". Yine Anayasamızın 57. maddesinde "Devlet, şehirlerin özelliklerini ve çevre şartlarını gözeten bir planlama çerçevesinde, konut ihtiyacını karşılayacak tedbirleri alır, ayrıca toplu konut teşebbüslerini destekler." ifadesi yer almaktadır⁵⁷.

⁵⁴ <https://www.un.org/en/conferences/habitat/istanbul1996> (Erişim tarihi: 2/11/2020).

⁵⁵ *Konut Politikaları*, Özel İhtisas Komisyonu Raporu, s. 3; <https://uploads.habitat3.org/hb3/NUA-Turkish.pdf?v=2> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

⁵⁶ Bkz., Örüçü, E. (1972). *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s. 88-89.

⁵⁷ *Konut Politikaları*, Özel İhtisas Komisyonu raporu, s. 11; https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf (Erişim tarihi: 3/11/2020).

Ancak devletin “konut ihtiyacını karşılama ödevi” her iki Anayasa’da farklı anlayışlar üzerinden düzenlemeye konu olmuştur. Bunlardan 1961 Anayasası’nda konut hakkı, birlikte hak olan sağlık hakkı çerçevesinde “sosyal devlet” anlayışı üzerinden düzenleme konusu yapılmıştır. Diğer yandan 1982 Anayasası’nda ise konut hakkı, bir “planlama” aracı olarak anayasal düzenlemeye konu edilmiştir⁵⁸.

Sonuç olarak yukarıda ulusal üstü ve ulusal ölçekte normatif çerçevesini sunmuş olduğumuz “yeterli bir yaşam standardı hakkından” türetilen yeterli konut hakkı⁵⁹, tüm ekonomik, sosyal ve kültürel haklardan yararlanmak adına merkezî bir öneme sahiptir. Konut hakkı, ilgili hak kataloğu çerçevesinde yurttaşların sosyal refahını temin etmek adına dar veya kısıtlayıcı bir yorumsal çerçeveye mahkûm edilmemelidir. İnsan onuruna yaraşır biçimde konut hakkı, yalnızca kişinin yalın biçimde sığındığı metalaşan bir çatı olarak değerlendirilmemelidir. Bunun tersine daha çok konut hakkı, kişinin güvenlik ve barış içinde bir mekânda onurlu bir yaşam sürme hakkı olarak görülmelidir. Zira konut hakkı, diğer insan haklarıyla ve AİHS’in dayandığı temel ilkelerle bütünsellik düşüncesi çerçevesinde organik bir bağıntıya sahiptir⁶⁰.

V. KENT OLGUSU VE KONUT HAKKI

Bugün dünya çapında küresel nüfusun yarısından fazlasına tekabül eden nicelikte yaklaşık 4 milyardan fazla insan kentlerde

⁵⁸ Kaboğlu, İ. (1995-1996). s. 167.

⁵⁹ BM Özel Raporörü yeterli yaşam standardı hakkının bir bileşeni olarak yeterli konut ve bu bağlamda ayrımcılık yapmama hakkına ilişkin Şubat 2019’da bir rapor yayımlamıştır. İlgili rapora göre konut hakkı adalete erişimi sağlamak için on temel ilke belirlenmiştir. İlke 1: Adalete erişim tüm uygun yollarla sağlanmalı ve farklı grupların ihtiyaçlarını ele almalıdır. İlke 2: Devletler, en azından uluslararası insan hakları hukukunun sağladığı aynı düzeyde koruma sağlamak için iç hukuk sistemi içinde konut hakkını uygulamalıdır. İlke 3: Bireyler ve gruplar, hane halkları ve topluluklar, hak taleplerini ileri sürmek ve yasal süreçlere ve çözümlerin uygulanmasına katılmak için hakka sahip olmalıdır. İlke 4: Devletin iç hukuk düzeninde konut hakkının dava edilebilirliği düzenlenmemiş olsa da bu durum, adalete erişime engel teşkil etmemelidir. İlke 5: Adalete erişim, konut hakkını aşamalı olarak gerçekleştirme yükümlülükleri dahil olmak üzere hem negatif hem de pozitif devlet yükümlülükleri için geçerli olmalıdır. İlke 6: Devletler, konut hakkı için adalete erişimin bileşenlerini idari makamlara devredebilir, ancak gerektiğinde adli çareler mevcut olmalıdır. İlke 7: Mahkemeler, iç hukuku devletin barınma hakkına saygı duyma, koruma ve yerine getirme yükümlülüklerine göre yorumlamalı ve uygulamalıdır. İlke 8: Devletler, barınma hakkıyla tutarlı karar alma sürecini teşvik etmelidir. İlke 9: Çözümler hem bireysel hem de sistemik ihlalleri ele almalıdır. İlke 10: İhtilaf çözümleri hükümetler tarafından uygulanmalı ve hak sahiplerinin katılımıyla mahkemeler tarafından uygulanmalıdır. Bkz. United Nations (2019). “Access to Justice for the Right to Housing”, A/HRC/40/61, s. 5.

⁶⁰ CESCR General Comment 4: The Right to Adequate Housing, (7), UN Doc E/1992/23 (1992) UN Doc. E/1992/23-E/C.12/1991.

yaşamaktadır. Projeksiyona göre 2050 yılında bugünkü kentsel nüfusun artmasıyla birlikte dünyadaki 10 kişiden 7'sinin kentlerde yaşayacağı öngörülmektedir. Günümüzün gelişmiş ülkelerinden ve hızla gelişen ekonomilerden elde edilen sonuçlar, kentleşmenin ve kentlerin gelişiminin, üretkenliği artırabilecek bir dinamizm kaynağı olduğunu göstermektedir. Aslında sanayi çağındaki hiçbir ülke, kentleşme olmadan önemli bir ekonomik büyüme elde edememiştir. Bu dinamizmin altında yatan itici güç, kentlerin insanları bir araya getirme yeteneği ya da kapasitesidir⁶¹.

Öyle ki Simmel'e göre karmaşık ve çeşitlenen bir toplumsal dinamiğe ve akışkanlığa sahip olan modern kentler, kendisi ile taşra yaşamı arasında derin bir karşıtlık kurmaktadır. Modern kent yaşamının yığınlaştığı mekânlar olan metropoller, insanı zorunlu biçimde farklılıklara bağımlı kılmaktadır⁶². Bu çerçevede sosyal ve ekonomik etkileşimler, kent yaşamının ayırt edici özelliği olup bu etkileşimler insanları daha üretken kılmaktadır. Bu etkileşimler, genellikle girişimciler ve yatırımcılar tarafından yapılan yenilikler için canlı bir pazar yaratmaktadır⁶³. Sosyal kuram açısından kentsel alanlarda yoğunlaşma fikri, Durkheim'ın topluluk ve toplum kavramlarına, sosyallik biçimlerine ve tasarladığı sosyal iş bölümüne götürmektedir. Bu tür kavramlara dayalı olarak ayırımın herhangi bir sosyal grubu diğerlerine göre uzaklaştıran belirli sosyal veya coğrafi konum olarak anlaşılabilirliği sonucuna varılmaktadır⁶⁴.

Her ne kadar kentlerde yoğunlaşma fikri baskın olsa da emlak piyasalarının güttüğü konut politikasından dolayı sosyoekonomik düzeyi düşük olan kişiler yeterli konuta erişememektedir. GÜdülen bu politika, konuta erişemeyen insanların metropollerin herhangi bir bölgesine düzensiz olarak konutlar yapmasına neden olmaktadır. Ancak inşa edilen bu konutlar çoğunlukla bulunmuş olduğu mekân açısından kent tarihine, kent dokusuna ve kent estetiğine zarar verecek mahiyette bir yapılanmaya yol açmaktadır. Hem kent estetiği açısından hem de kent

⁶¹ Bhardwaj, G.; Esch, T.; Lall, S. et al (2020). "Cities, Crowding, and the Coronavirus: Predicting Contagion Risk Hotspots", *World Bank Group, Working Paper*, s. 1.

⁶² Simmel, G. (2009). *Bireysellik ve Kültür*, Birkan, T. (çev.). İstanbul: Metis Yayınları, s. 317, 318.

⁶³ Bhardwaj, G.; Esch, T.; Lall, S. et al (2020). s. 2.

⁶⁴ Monteiro, D., Shibao, F., Melo, D. ve Silva, L. (2020). s. 5. Durkheim'ın toplum ve toplumsal iş bölümü çözümlemesi için ayrıca bkz. Durkheim, E. (2006). *Toplumsal İşbölümü*, Ozankaya, Ö. (çev.). İstanbul: Cem Yayınevi.

sakinleri için inşa edilen bu konutlar, büyük bir sorun teşkil etmektedir. Kente düzensiz olarak yerleşenler ile kentlin sakinleri arasındaki bu sosyal gerilim sosyomekânsal öz ayrışma (*socio-spatial self-segregation*) olarak nitelendirilen bir bölünmeye neden olmaktadır. Sosyomekânsal öz ayrışma, sosyal kolektiviteye tahsisli mekânda belirli sosyal grupların ayrılması düşüncesine ilişkin bir durumdur. Bu, çağdaş toplumlarda doğallıkla kurulan sosyal ilişkilerin bir sonucu veya tezahürü olarak değerlendirilebilir. Gerçekte sosyomekânsal öz-ayrışma, belirli bir kent veya bölgede belirli bir sosyal grubun daha fazla yoğunlaştığını ifade etmektedir⁶⁵.

Temelinde bu ayrışma, Lefebvre'nin de tanımladığı biçimiyle modernitenin soyut mekân tasavvuru ile doğrudan ilişkilidir. Öyle ki söz konusu mekân tasavvurunun üç temel belirgin niteliği bulunmaktadır. Bu nitelikleri düşünür "homojenlik, parçalılık ve hiyerarşiklik" olarak tespit etmektedir. Lefebvre bu mekân tasavvurunun homojenliğe yönelim tarzlarını "malzemenin imalatı; müdahillerin benzeşen gereklilikleri; yönetim ve denetim, gözetim ve iletişim yöntemleri" olarak belirlemiştir. Burada "plansız ve projersiz homojenite" durumu söz konusudur. Ona göre bu "sahte toplu konut" mekânları da "toplumsal izolasyonu" tahkim eden bir habitat yaratmaktadır. Böylece paradoksal biçimde homojen olması için planlanan mekânın parçalanarak kırıntılara dönüştüğünü, "hisselere ve parsellere" ayrıldığını ifade etmektedir. Sonuç olarak bu durum, "yalıtılmış alanların, gettoların, mahallelerin çevre ve farklı merkezlerle birleşik sözde toplulukların" üretimine yol açmaktadır. Burada katı bir hiyerarşileşme durumu yaratılmak suretiyle "konut mekânları, ticari mekânlar, boş zaman mekânları, marjinaler için mekânlar" vb. üretilmektedir⁶⁶.

Kentlerde böylesi bir ayrışmaya neden olan konut piyasası son on yılda, kişilerin "düzgün, güvenli ve sıhhi bir konut" için ahlaki bir hakkı olduğu düşüncesini savunan yaklaşımda artış eğilimine sebep olmuştur. Amerika Birleşik Devletleri'nde, Ulusal Konut Hukuku Projesi'nin Konut Adaleti Ağı (*National Housing Law Project's Housing Justice Network*), Konut Adaleti Ligi (*Housing Justice League*), DC Konut Adaleti Koalisyonu (*D.C. Coalition for Housing Justice*) ve Şehir Hakkı İttifakı (*Right to the City*

⁶⁵ Monteiro, D., Shibao, F., Melo, D. ve Silva, L. (2020). s. 3, 4.

⁶⁶ Lefebvre, H. (2019). s. 26.

Alliance) gibi kuruluşlar, kira artışlarına ve tahliyelere karşı harekete geçmiştir. Yeni bir “konut adaleti” (*housing justice*) hareketi, konut savunucularını kozmopolit insan hakkı ve kent için toplu bir hak altında birleştirme potansiyeline sahiptir. Konut adaletini sağlamaya yönelik böylesi bir çaba, övgüye değer bir amaç ve girişim olmakla birlikte konut adaleti anlayışının “mülkiyet toplumunda” (*ownership society*) konut reformu için tutarlı ve uygulanabilir bir temel sağlayıp sağlamadığı noktasında soru işaretleri bulunmaktadır⁶⁷.

VI. KONUT POLİTİKALARI: KONUTUN FİNANSALLAŞMASI VE KONUT HAKKI

Küreselleşen neoliberal sistem, konut politikaları ve konut yasaları özellikle de konut hakları üzerinde önemli bir dönüşüm etkisine yol açmıştır. Global ölçekte konut sektöründe küreselleşmiş şirketlerin büyümesi, mülkiyet haklarının küreselleşmesi, konut finansmanı piyasalarının gelişmesi konutta küreselleşmiş gayrimenkul yatırımının büyümesi, kentlerin ve gecekondu semtlerinin imar açısından yeniden düzenlenmesi, konut politikası noktasında devletlerin üstlenmiş oldukları yeni kamusal roller, göçmenler ve sığınmacıların demografik hareketliliğinin etkileri konut hakkına ilişkin yeni birtakım öngörülemeyen zorluklar doğurmuştur⁶⁸. Ortaya çıkan bu yeni durum muvacehesinde konut sorununa ilişkin farklı bağlamsal çerçevelerde farklı tartışma alanlarının açıldığı görülmektedir. Bu çerçevede, konut sorununun bir ‘sosyal hizmet’ olarak ele alınıp alınamayacağı ve devletlerin bu sosyal soruna dair sorumluluk düzeyleri tartışma konusu yapılmaktadır⁶⁹. Konutun bir sosyal hizmet olarak kabul edilmesi durumunda, devletin tüm yurttaşları açısından asgari ve yeterli standartta bir konuta sahip olmasını güvence altına alması gerekmektedir. Gereksinim duyulan konutu temin edemeyen durumda bulunan yaşlı, küçük çocuklu ailelere veya diğer kırılgan gruplara bir hak olarak devletin destek olması icap etmektedir⁷⁰. Konut sorununa ilişkin bizim

⁶⁷ Dawkins, C. (2020). “The Right to Housing in an Ownership Society”, *Housing and Society*, V. 47., No. 2., s. 1.

⁶⁸ Kenna, P. (2008). “Globalization and Housing Rights”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 1, No. 2, s. 407. Küreselleşme ve insan hakları değerlendirmesi için ayrıca bkz. Dinçkol, A. (2006). “Küreselleşme ve İnsan Hakları”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Doç. Dr. Mehmet Somer’e Armağan Özel Sayısı*.

⁶⁹ Bulut, N. (2019). s. 215.

⁷⁰ Örüçü, E. (1972). s. 53.

bu noktada dikkat çekeceğimiz tartışma çerçevesi daha çok meselenin sosyoekonomik boyutuna -piyasa temelli konut sektörü- ilişkindir.

Bu noktada kent kuramcısı David Harvey, hem siyasi hem de etik açıdan “insan hakları ideallerinin” öne çıkarıldığı bir döneme tanıklık ettiğimizi kaydetmiştir. Ona göre özellikle siyasi hakları güvence altına almak ve “daha iyi bir dünya” inşa etmek adına bu hakları güçlendirme yönünde yoğun bir çaba sarf edilmektedir. Ancak bütün bu çabaların merkezi kavramlarını çoğunlukla ‘bireysellik ve mülkiyet’ temelli olduğunu ve bu yüzden neoliberal piyasanın egemen anlayışını sorgulama noktasında uygun bir durum yaratmadığını haklı biçimde ifade etmiştir. Böylece neoliberal dünya, “mülkiyet hakkı” ve “kâr oranlarının” diğer tüm hak kavram ve kategorilerini yadsıdığı bir evren yaratmıştır⁷¹.

Neoliberal dünyada konut hakkına ilişkin sorun; finansal küreselleşme, göç, sosyal konutların özelleştirilmesi ve bir meta olarak konutların pazarlanması bağlamında yeni bir global boyut kazanmıştır⁷². Konut hakkı globalleşen metalaşma sürecine ve finansallaşma şiddetine maruz kalmıştır. Nitekim sanayileşme sürecinde kentleşmesini gerçekleştirmiş toplumların birçoğunda konut, pazar malı olarak üretime ve takasa konu olan ve ipotek edilebilir nitelikte bir meta olarak kabul edilmiştir⁷³. Nitekim metropoller, her zaman “para ekonomisi” için elverişli bir zemin sunmakta ve buna bağlı biçimde söz konusu ekonomik formun egemenliği altında kalmaktadır. Bu kentsel mekânlarda “ekonomik mübadelenin çoğulluğu ve yoğunluğu” metaya dönüşen mübadele araçlarını önemli bir konuma getirmektedir⁷⁴. Konutun bir yanda en temel insani ihtiyaçlardan birisini oluşturan barınma gereksinimini karşılayan bir araç diğer yanda ise ticari bir metaya dönüşen mübadele aracı olması işlevsel bir gerilim doğurmaktadır. Söz konusu gerilim, dünya genelinde kamusal ölçekte konut politikalarının farklılaşmasının temelini oluşturmaktadır⁷⁵.

Konut politikaları çerçevesinde konut hakkı, konutun refah devleti politikası için bir alan olduğunu gösteren politik bir “endişe göstergesi” olarak görülmektedir. Bu yüzden konut hakkının ulusal hükûmetler

⁷¹ Harvey, D. (2015). *Asi Şehirler*, Temiz, A.D. (çev.) İstanbul: Metis Yayınları, s. 43.

⁷² Kenna, P. (2010). s. 11.

⁷³ a.g.e. s. 11.

⁷⁴ Simmel, G. (2009). s. 319.

⁷⁵ Kenna, P. (2010). s. 11.

açısından ne anlam ifade ettiğini anlamak adına öncelikle devletlerin konut hakkına yönelik politikalarının ardında yatan “genel refah” mantığını kavramamız gerekmektedir⁷⁶. Bu çerçevede her biri belirli bir konut temin etme amacına matuf biçimde konut hakkına ilişkin iki alternatif yorum önerilmektedir. Bu alternatif yorum çiftinden ilki, “seçici konut politikası”; ikincisi ise “evrensel konut politikasıdır”. Seçici konut politikasında, devlet, genel konut piyasasında “korunmalı” bir tamamlayıcı etki yaratmayı amaçlamaktadır. Böylelikle konut hakkı çerçevesinde daha düşük gelirli haneler için birtakım asgari yasal güvenceler/haklar temin edilmektedir. Evrensel konut politikasında ise devlet, her tür haneye konut sağlamak için genel konut piyasasına yönelik olarak birtakım düzenlemeler gerçekleştirmektedir. Bu çerçevede devlet, yasal güvenceler sağlamak yerine hane halkını piyasa aktörü konumunda destekleme amacı gütmektedir. Ayrıca bu konut politikası çerçevesinde bir sosyal hak olarak nitelendirilen konut hakkı açısından “yeterli konut” toplumsal yaşama katılım için gerekli bir koşul olarak değerlendirilir⁷⁷.

Hem seçici hem de evrensel konut politikasında piyasa, ana dağıtım mekanizması olarak görülmektedir. Bu iki politika arasındaki temel fark, devlet müdahalesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Öyle ki “seçici politika”, konut tedarikini “açık pazar” ve “korunan sektör” olmak üzere iki bölüme ayırmaktadır. “Açık pazarda veya piyasada”, kapitalist bir ekonomide mülkiyet hakkını ve mübadele özgürlüğünü güvence altına alan genel düzenleme dışında herhangi bir kamusal müdahillik söz konusu değildir. “Korunan sektör” ise bireysel ihtiyaç analizleri, seçici sübvansiyonlar ve kapsamlı düzenlemeler çerçevesinde iyi tanımlanmış bir konut stokundan oluşmaktadır. Bu tür sistemlerde korunan ve ihtiyaçları test edilen sektörün rolü, yurttaşlara asgari barınma standardı sunmaktır. Bu noktada bir hane halkının piyasadan konut temin etmede güçlük çektiği durumlarda konut hakkının yasayla güvence altına alınması makul ve olanaklı hâle gelmektedir. O yüzden seçici konut politikasında konut hakkı, hane halklarının piyasada baş edebilmesi güç olan ekonomik koşullar karşısında yasal bir güvenlik ağı olarak karşımıza çıkmaktadır⁷⁸.

⁷⁶ Bengtsson, B. (2002). “Housing as a Social Right: Implications for Welfare State Theory”, *Scandinavian Political Studies*, V. 24, No. 4, s. 262.

⁷⁷ a.g.e. s. 265.

⁷⁸ a.g.e. s. 262.

İnsanların barınma ihtiyacını karşılama amacı ile birincil bir sosyal işleve sahip olan konut, “ev sahipliği, ekonomik tasarruf ve servet birikimi” noktasında bireysel ekonomik güvenlik sağlama işlevine de sahip olmuştur. Neoliberal dünya düzeninde konut, piyasa tarafından yönetilen bir metaya dönüşmüş olmakla birlikte özellikle geçtiğimiz on yıllarda, küresel finansal aktörler bu pazarda giderek daha da baskın hâle gelmiştir. “Konutun finansallaşması”⁷⁹ olarak adlandırılabilir bu eğilim, konutun birincil işlevini barınma olanağı yaratan bir mekân olmanın ötesinde yatırım ve hızlı kâr için bir metaya dönüştürmüştür. Bu eğilim, büyüyen finans sektörünün artık ekonomik faaliyete ve servet birikimine egemen olduğu “çağdaş kapitalizmin finansallaşması” olarak nitelendirilen daha geniş bir olgunun parçası olarak görülmektedir⁸⁰.

Bir başka deyişle “konutun finansallaşması” konut ve finans piyasalarındaki yapısal değişiklikleri ve küresel yatırımları ifade etmektedir. Bu bağlamda konut, bir meta ve servet biriktirme aracı veya genellikle küresel piyasalarda alınıp satılan finansal araçlar için bir teminat olarak değer görmektedir. Küresel ölçekte konutun finansallaşmasının paradigmatik kökenini oluşturan neoliberalizm, konut piyasalarının deregülasyonu ve finansal kurumlar tarafından dayatılan ve devletler tarafından kabul edilen yapısal uyum programlarına dayanmaktadır⁸¹.

Bu anlayış doğrultusunda biçimlenen konut tasavvuru, konutların giderek artan bir şekilde “sosyal bir emtia olmaktan ziyade, zenginlik ve yatırım için bir araç” olarak değerlendirilmesine yol açmıştır. Sektörel finansallaşma dinamiği, “konutun bir meta olmaktan öte bir hak konusu olduğu” gerçeğinin kolayca yadsınmasına yol açmaktadır. Finansallaşma eğilimi, hak temelli biçimde barınmayı hükümetlerin güvence altına alması gereken insan hakları söyleminden ayırmaktadır. Finansallaşma yönündeki bu eğilim özellikle düşük ve orta gelirli hanelerin sosyoekonomik açıdan olumsuz yönde etkilenmelerinin yolunu açmaktadır. Nitekim bugün dünya genelinde insanlar, yeterli konut

⁷⁹ “Finansallaşma” (veya metalaştırma), “konut sektöründeki finansal piyasaların ve şirketlerin daha önce görülmemiş hâkimiyeti ve genişleyen rolü” için kullanılan bir terimdir. Bkz. Leijten, I. ve Bel, K. (2020). “Facing Financialization in the Housing Sector: A Human Right to Adequate Housing For All”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, V. 38, No. 2., s. 100.

⁸⁰ a.g.e. s. 100.

⁸¹ United Nations General Assembly (2017). Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the Right to Non-Discrimination in this Context, A/HRC/34/51, s. 3.

eksikliğine bağlı yoksunluklarla karşı karşıya bulunmaktadır. İnsanlar güvenli, sağlıklı ve onurlu bir yaşam ihtiyacını karşılayacak uygun bedel mukabilinde bir yaşam alanı sağlayacak konut bulabilmenin imkânsızlığı ile yüzleşmektedir. Bu noktada özellikle kadınlar, konut güvensizliğinden orantısız bir biçimde etkilenmektedir. Yine bu ağır bilançonun bir göstergesi olarak evsizliğin dünyanın en zengin ülkelerinde bile bir yoksunluk biçimi olarak varlığını sürdürdüğü görülmektedir⁸².

Nitekim konut problemi, temel sosyal sorunlar arasında güncelliğini hiçbir zaman yitirmeyen ve oldukça yoğun tartışmalara yol açan meseleler arasında varlığını sürdürmektedir. Sosyal bir kavramsallaştırma olarak “konut ihtiyacı” ile ekonomik bir kavramsallaştırma olan “konut talebi” birbirinden ayrı iki sorun alanı olarak karşımızda durmaktadır. Ulusal ölçekte yaşanan konut sorunları, taşıdığı sosyal önemlerinden ötürü, politik açıdan da oldukça kritik bir önemi haizdir. Bu noktada devletler, var olan sosyal talep ile ihtiyaç arasındaki dengeyi gözeterek ve talebi ihtiyaçlarla aynı düzeye getirerek etkin bir konut politikası geliştirebilirler⁸³.

Sonuç olarak neokapitalist dünyada finansallaşma dinamiği insan hakları ve özellikle yeterli konut hakkı açısından birtakım sosyoekonomik sorunları bünyesinde barındırmaktadır. İlk adım olarak finansallaşmadan kaynaklanan uygunsuz barınma koşulları, ayrımcılık, tahliyeler ve evsizlikle mücadele için konut sorununu çözmeye yönelik genel bir başlangıç noktası olarak görünebilir. Ancak ağır yaşam koşulları altında yaşayanlar için bu zorlukları çözmek adına konut politikasının bir insan hakları meselesi olarak ele alınması gerekmektedir. Zira konut politikaları bir “insan hakkı sorunu” olarak ele alındığında daha kuşatıcı bir insan hakları kuramı ve daha güvenceli bir insan hakları pratiği yaratma potansiyeli ortaya çıkacaktır⁸⁴.

VII. PANDEMİ DÖNEMİNDE KONUT HAKKI

Küreselleşen bir halk sağlığı krizine dönüşen Covid-19 pandemisinin olağanüstü koşullarında konut politikası ve konut hakları hayati önemi haiz bir mesele olarak karşımızda durmaktadır. Zira Covid-19 salgınına karşı mücadelede konut, “evde kalma, karantina, hijyen ve sosyal

⁸² Leijten, I. ve Bel, K. (2020). s. 95.

⁸³ Örucü, E. (1972). s. 55.

⁸⁴ a.g.e. s. 113.

mesafe" uygulamalarının yaşama geçirilmesini olanaklı kılacak yaşamsal alanı ifade etmektedir. Bununla birlikte pandemi öncesinde var olan konut krizi ve salgının patlak vermesini izleyen ekonomik gerileme, bir halk sağlığı acil durumunu küresel boyutlarda bir konut acil durumuna dönüştürme tehdidini de barındırmaktadır⁸⁵. Covid-19 salgını "sağlık, eğitim, ekonomi ve siyaset" alanlarında yol açtığı zorlukların yanı sıra global ölçekte bir "konut sorununa" yol açmıştır. Bu küresel sorun karşısında devletlerin giderek büyüyen "konut acil durumuna" müdahale etme konusunda etik bir sorumluluğu bulunmaktadır⁸⁶. Bu noktada temel ekonomik ve sosyal hakları güvence altına alacak önlemlere öncelik vermek büyük önem arz etmektedir. Hem bireysel hem de toplumsal olarak pandemi ile mücadele sürecinin etkin biçimde yürütülebilmesi yeterli ve güvenli konutların varlığı ile mümkün olabilecektir. Nitekim temiz su ve sanitasyona erişimin temel bir sorun olduğu gecekondü sakinleri ve evsizler açısından "sosyal mesafe, kendi kendine izolasyon ve hijyen" imkânsız bir durum olarak karşımızda durmaktadır. Bu kriz sürecinde devletler "sosyal devlet" ilkesine bağlı biçimde yurttaşları için yiyecek, su ve sanitasyon ile yeterli barınmanın mevcut olduğundan emin olmak zorundadır⁸⁷.

Pandemi süreci; barınma ve konut hakkına ilişkin yerleşik hiyerarşileri, sosyal ayrışmaları ve "etnik köken, ırk, cinsiyet vb. temelli" eşitsizlikleri daha da görünür kılmıştır. Azınlıklar ve diğer savunmasız gruplar arasında ölüm ve enfeksiyon oranları önemli ölçüde daha yüksek bir seyir izlemektedir. Ne yazık ki salgının neden olduğu ekonomik kriz, bu eşitsizlikleri daha da derinleştirmektedir. Uluslararası insan hakları hukukuna göre yeterli konut hakkı, herhangi bir istisnaya tabi değildir. Bu nedenle istisnai durumlar, devletlerin zorla tahliye yasağını görmezden gelmelerine veya yeterli barınma hakkını koruma yükümlülüklerini ihlal etmelerine olanak tanımamaktadır⁸⁸. Nitekim bu hakka ilişkin sınırlamalara -yasayla belirlendiği ölçüde- bu hakkın

⁸⁵ United Nations (2020). "COVID-19 and The Right to Adequate Housing: Impacts and the Way Forward", A/75/148, s. 2.

⁸⁶ Rogers, D. ve Power, E. (2020). "Housing Policy and the COVID-19 Pandemic: The Importance of Housing Research During this Health Emergency", *International Journal of Housing Policy*, V. 20., No. 2., s. 177.

⁸⁷ United Nations (2020). "COVID-19 and Human Rights-We Are All In This Together", New York: United Nations Publishing, s. 8.

⁸⁸ United Nations (2020). "COVID-19 and The Right to Adequate Housing: Impacts and the Way Forward", New York: United Nations Publishing, s. 19.

doğası ile uyumlu olduğu sürece ve yalnızca demokratik bir toplumda genel refahı artırmak amacıyla izin verilebilir. Devletler, her bir yurttaşın konutundan tahliye karşı korunmasına ilişkin bir güvence sağlamak durumundadır. Bu amaçla devletlerin, ulusal ve yerel yönetimlerin iş birliği içerisinde geliştirdiği kurumsal çabaların etkili olmasını sağlamak adına gerekli kaynakların ve kapasitelerin ulaşılabilir olmasını temin etmeleri gerekmektedir⁸⁹.

İnsan onuruna yaraşır biçimde yeterli düzeyde konut hakkına erişim, hâlen ölümcül etkisini sürdüren pandemi döneminde esaslı bir insan hakları sorunu olarak dikkate alınmalıdır. Öyle ki barınma imkânı, bir kişinin Covid-19'dan ciddi biçimde etkilenmeye karşı savunmasızlık düzeyini belirleyen temel faktörlerden birisini oluşturmaktadır. Ayrıca kişinin yaşamını sürdürebileceği yeterli ve güvenli bir mekânın yokluğunda kendisini ve başkalarını virüsten koruması neredeyse imkânsız bir durumdur⁹⁰. O nedenle pandemi ile global mücadelenin esaslı silahlarından birisini yeterli konut imkânı oluşturmaktadır.

Bu çerçevede Ulusal hükümetler, Covid-19 pandemi eğrisini düzleştirmek ve enfeksiyon oranlarını düşürebilmek adına, “evde kal”, “evde karantina”, “sosyal mesafe” ve “ellerini yıka” gibi birtakım kamu sağlığı politikalarını devreye sokmuşlardır. Bütün bu politikalar, herkesin yeterli temizlik olanaklarına sahip olduğu bir meskenin varlığı varsayımına dayanmaktadır. Ancak küresel ölçekte evsiz yaşayan 800 milyon kadar insan açısından durumun bu merkezde olmadığı aşikârdır. Pandemi sürecinde yeterli konuta erişim eksikliği, evsiz yaşayan insanlar için potansiyel bir ölüm cezası olarak varlık göstermekte ve daha geniş bir popülasyonu sürekli risk altına sokmaktadır⁹¹. İster pandemi gibi global bir kriz sürecinde olsun isterse olağan dönemlerde olsun etnik kökene ve/ya yasal statüye bakılmaksızın evsizlik, temelde insan haklarının ilk bakışta ihlali niteliğindedir. Barınma hakkının yanı sıra sağlık ve beslenme hakkının sağladığı temel güvenceler, insan onuru ve

⁸⁹ Farha, L. (2020). “COVID-19 Guidance Note: Prohibition of Evictions 2020”, New York: United Nations Publishing, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR_housing_COVID-19_guidance_evictions.pdf (Erişim tarihi: 25/10/2020).

⁹⁰ Amnesty International (2020). “Affordable Housing for All: Key to Building a Resilient Post-COVID-19 World”, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/10/affordable-housing-key-to-resilience-post-covid/> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

⁹¹ Farha, L. (2020). “COVID-19 Guidance Note: Protection for Those Living in Homelessness”, New York: United Nations Publishing, s. 1.

yaşamının korunması için o kadar temeldir ki, olağanüstü durumlarda bile bu hakların askıya alınması mümkün değildir. Bu bağlamda devletler, daha geniş nüfusun korunmasını sağlamak amacıyla evsizlerin barınma ihtiyaçlarını acil ve öncelikli bir durum olarak dikkate almak durumundadır⁹².

Yaşam hakkını güvence altına almak adına konutların yaşamsal önemine tüm dünyanın tanıklık ettiği günümüz koşullarında devletler, barınmanın sosyal işlevlerini korumaya dair yenilenmiş bir yükümlülüğe sahip bulunmaktadırlar. Buna göre barınmanın bir finansal varlık veya güvenli yatırım seviyesine indirgenmemesi için ortak eylemler gerçekleştirilmelidir. Bu çerçevede devletler, insan haklarının “finansal politika, ekonomik yönetim ve mali denetim” çerçevelerinin merkezinde olmasını sağlamalıdır. İçinde bulunduğumuz kriz dönemi, finansal ve barınma sistemlerimizde var olan yapısal eşitsizlikleri ele almak ve bunların uluslararası insan hakları çerçevesinde yeniden değerlendirmek adına uygun bir durum yaratmıştır⁹³.

Özellikle kentsel mekânın kapitalist üretiminin çelişkilerinin derinleştiği bu dönemde barınma imkânı ve konut hakkına erişimde aşırı eşitsizlikler daha da can yakıcı biçimde ortaya çıkmaktadır. Konut hakkına erişimle ilgili olarak kişisel hijyeni sağlamak, mesafe ve sosyal izolasyonu temin etmek gibi önleyici tedbirlerin uygulanmasını garanti etmenin etkisizliğiyle ilgili olarak pandemi, kentsel mekânın kapitalist üretiminin çelişkilerini dramatik bir şekilde ortaya çıkarmıştır. Hatta bu çelişkiler, Covid-19 öncesi dönemden gelen sosyobölgesel eşitsizlikleri ve konutsal ayırım sınırlarını daha da genişletmiştir⁹⁴.

Bu çerçevede BM Özel Raportörü'nün hazırlamış olduğu '*Evsizlik İçinde Yaşayanlar için Covid-19 Kılavuz Notunda*' bir dizi tedbir öngörülmüştür. Bu kapsamda ilkin virüs semptomları gösteren evsiz kişilere ve Koronavirüs testi pozitif çıkanlara güvenli bir kalacak yer, acil tıbbi müdahale, gıdaya erişim ve karantınayı veya izolasyonu yönetebilmeleri için gerekli tıbbi ve diğer desteklerin sağlanması öngörülmüştür. Özellikle evsiz kalan aileler,

⁹² a.g.e. s. 1.

⁹³ Farha, L. (2020). "Protecting Housing from Financialization and Building Back a Better Future", New York: United Nations Publishing, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/SR_housing_COVID-19_guidance_finacilization.pdf (Erişim tarihi: 25/10./2020).

⁹⁴ Mendes, L. (2020). "How Can We Quarantine Without A Home? Responses of Activism and Urban Social Movements In Times of Covid-19 Pandemic Crisis In Lisbon", *Journal of Economic and Social Geography*, V. 111., No. 3., s. 324.

kadınlar ve çocuklar, fiziksel veya psikososyal engelliler ve özel risk altındaki kişiler için (65 yaşın üzerindeki veya kronik rahatsızlıkları olanlar) yeterli konut sağlanmasına daha fazla özen göstermesi gerektiği ifade edilmiştir. İlgili rapora göre mümkün ve uygun olan durumlarda hükûmetler, evsiz nüfusun salgın esnasında ve sonrasında barınmasını sağlamanın ve kamusal varlıklarını artırmanın bir yolu olarak kısa ve uzun vadede erişilebilir konutlar satın almalıdır⁹⁵.

Bu minvalde pandemi döneminde konut hakkını korumaya yönelik önlemlerin iki temel kategoriye ayrıldığını ifade edebiliriz. Bunlardan birisi barınmayı sürdürmeyi hedeflerken diğeri evsiz kalan nüfusun hızlı biçimde yeniden barınma ihtiyacını gidermeyi amaçlamaktadır. İlk kategori “tahliye, ipotek, askıya alma, kira desteği veya devlet destekli mikro krediler” için kısmi bir yasaklama içermektedir. İkinci kategori yerel makamlar veya hayır kurumları tarafından yapılan girişimleri, acil durum barınaklarının açılması ve evsiz bireylere veya ailelere barınma imkânı sağlanması gibi girişimleri içermektedir⁹⁶.

Bu kapsamda örneğin pandemi sürecinde konut hakkını güvence altına almaya yönelik Batı Bengal ve Delhi Hükûmetleri okullarda ve toplum merkezlerinde yoksullar ve göçmenler için geçici barınaklar kurmuştur. Bazı ülkeler, insanların evlerini kaybetmelerini önlemek adına tahliyeleri geçici olarak durduracaklarını açıklamıştır. New Orleans Kent Yönetimi, evsizleri merkezî iş bölgesindeki geçici otel konutlarına taşımıştır. Bazı kentler, pandeminin yol açtığı halk sağlığı krizi karşısında savunmasız olan ve sokaklarda yaşayan insanlar için otellerde barınma imkânı sağlamıştır. Yine Berlin Kent İdaresi, evsizler için 400 yataklı bir pansiyon imkânı sunmuştur⁹⁷.

Diğer yanda İtalya’da salgın nedeniyle tahliyelerin askıya alınması öngören ve 31 Aralık 2020 tarihine kadar geçerli olmak üzere hak ihlallerini önleyici yasal ve politik düzenlemelere yer verilmiştir. Ancak

⁹⁵ Farha, L. (2020). “COVID-19 Guidance Note: Protection for Those Living in Homelessness”, s. 3.

⁹⁶ Vilenica, A.; McElroy, E.; Ferreri, M.; et al (2020). “Covid-19 and Housing Struggles: The (Re) makings of Austerity, Disaster Capitalism, and the No Return to Normal”, *Radical Housing Journal*, V. 2., No. 1., s. 11-12.

⁹⁷ World Bank Group (2020). “Global Responses to COVID-19 in Slums and Cities: Practices from Around the World”, GSG Urban Poverty and Housing Working Document Draft <http://pubdocs.worldbank.org/en/829971589899181351/May15-Response-to-COVID-in-Slums-and-Cities.pdf> (Erişim tarihi: 23/10/2020). Ayrıca bkz., Kılıç, M. (2020). “Pandemi Dönemi İnsan Hakları Siyaseti: Hak ve Özgürlükler Düzeninin Kırılma Noktası”, *Adalet Dergisi*, S. 64., ss. 11-55.

buna rağmen bazı yerel İtalyan yetkililer Romanların zorla tahliyesini gerçekleştirmişlerdir. 11 Ağustos 2020 tarihinde, Roma'daki gayri resmi Roman yerleşim yeri olan via del Foro Italiaco'dan bölge sakinleri zorla tahliye edilmiştir. Yine Torino'da Roman aileleri, Ağustos-Eylül 2020 tarihleri arasında üç kez ayrı kamplarda evlerinden tahliyeye zorlanmışlardır. En son vuku bulan bu zorunlu tahliyeler, Romanların İtalyan yetkililer tarafından maruz kaldığı uzun süredir devam eden barınma/konut hakkı ihlallerinin daha da artmasına yol açmıştır⁹⁸.

Bu bağlamda Avrupa Eylem Koalisyonu (*European Action Coalition*), pandemi sürecinde '*kapitalizm ve ırkçılık salgınıyla mücadele*' sloganıyla bir *Konut Adaleti Manifestosu* yayımlamıştır. İlgili manifesto, "yaşam alanlarından tahliyelerin durdurulmasını", "hükûmete ödenen kira bedellerinin kaldırılmasını", "özel kiralamalara yönelik kontrolün sağlanmasını", "sözleşme durumuna veya borcuna bakılmaksızın herkesin suya, gaza, elektriğe ve internete kısıtlama olmaksızın evrensel erişiminin temin edilmesini", "barınaksız kalanlar için yaşam alanları ve sosyosaglık hizmetlerinin sağlanmasını", "kalabalık alanlarda yaşayanların korunmasını", "boş evleri işgal etmenin cezalandırılmamasını", "toplu konut oluşturmak için kamulaştırma çalışmalarının yapılmasını", "kentlerde bulunan boş binalarının sosyal konutlara dönüştürülmesini" ve "aile içi şiddetten etkilenen kişilere konut desteğinin sağlanmasını" öngörmektedir⁹⁹.

Pandemi döneminde konut ve konut hakkına ilişkin değerlendirilmesi gereken diğer bir husus, toplu konutların Covid-19'un yayılım hızını artırma olasılığıdır. Bu olasılık, ülke genelinde pandeminin yayılım hızının kontrolden çıkmasına yol açabilecek bir durum yaratabilir. Bu durum, toplu konut yapılaşmasına veya sosyal konut üretimine ilişkin mimari tasarımın yeniden değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır¹⁰⁰. Hatta bu konuya ilişkin tartışma, bütünüyle şehir planlaması ve mimarisi noktasında yaratıcı yeni tarzların geliştirilmesine ilişkin olarak da sürdürülmelidir. Bu noktada dikey mimari ve yığmsal yapılaşmanın yerine kent mekanlarının ranta kurban edilmeyecek biçimde tanzim edilmesine ilişkin adımlar atılmalıdır.

⁹⁸ Amnesty International (2020).

⁹⁹ European Action Coalition (2020). "Manifesto for Housing Justice: Fighting the Pandemic of Capitalism and Racism", <https://housingnotprofit.org/manifesto-for-housing-justice-fighting-the-pandemic-of-capitalism-and-racism/> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

¹⁰⁰ Power, E.; Rogers, D. ve Kadi, J. (2020). "Public Housing and COVID-19: Contestation, Challenge and Change", *International Journal of Housing Policy*, V. 20., No. 3., s. 313.

Nitekim insan sağlığı, özellikle pandemi dönemlerinde sağlık sektörünün ötesinde birçok faktörden etkilenmektedir. Geliştirilen kent politikaları solunan havayı, kullanılan alanların kalitesini, içilen suyu, gıdaya erişimi ve diğer kentsel gereksinimleri tanımladığından 21. yüzyılda hastalıkların önlenmesinde “kent planlaması” merkezî bir rol üstlenmektedir. Planlama sonuncunda alınan politik kararlar, ülke nüfusları açısından büyük sağlık riskleri yaratabileceği gibi tersine daha sağlıklı bir çevre, yaşam alanları ve yaşam tarzlarını da teşvik edebilir; daha yaşanılabilir sağlıklı kentler ve toplumlar yaratabilir. Sağlık ve refahı, kent planlamasının merkezine yerleştirmek, neticede kentsel alanlardaki eşitsizlikleri minimize etmek adına önemli imkânlar sunabilir¹⁰¹.

Uzun erimli ve sürdürülebilir konut politikalarının “*Daha İyi Bir Kentsel Geleceğe*” ulaşmanın temel yapı taşlarından birisini oluşturduğunda kuşku bulunmamaktadır. Devletlerin konut üretimini planlama ve sağlama noktasındaki başarısızlığı, “gecekondulaşmanın ve evsizliğin” artmasına neden olmaktadır. Uzun vadede ulusal hükûmetlerin sosyal konut stokunu artırmak ve konutları ayırım gözetmeksizin herkes için uygun fiyatlı ve erişilebilir hâle getirmek için gerekli kaynakları ayırması gerekmektedir. Pandemi ile mücadele stratejisi, gecekondu bölgelerinde yaşayanlar, mülteciler, sığınmacılar ve evsiz kalan insanlar gibi en marjinalize ve kırılğan toplum kesimleri de dâhil olmak üzere herkesin anlamlı katılımıyla oluşturulan ulusal çaplı bir konut politikasını içermelidir¹⁰².

Sonuç olarak Covid-19 pandemisi, neoliberal küresel dünyada varlık gösteren konut haklarına ilişkin sosyoekonomik sorunları daha da derinleştirmiştir. Barınma ihtiyacı ve konut hakkına ilişkin giderek derinleşen bu global politik sorun, pandemi öncesi dönemi de kapsayan bir kamusal mesele olarak karşımızda durmaktadır. Bu nedenle kamu sağlığının global ölçekli siyasal bir sorun alanı olarak yönetilmesinin gerekliliği ortaya çıkmış bulunmaktadır.

SONUÇ YERİNE

Varlığın imkânı olarak mekân, insani yaşam kurabilmenin, yaşamı idame ettirebilmenin ve bir yerde mesken tutabilmenin öz yurdunu oluşturmaktadır. Mekânda konumlanan haneler, insana barınma imkânı

¹⁰¹ UN-HABITAT ve WHO (2020). *Integrating Health in Urban and Territorial Planning: A Sourcebook*, Geneva, s. 13-14. Ayrıca bkz., Wagner, J. (2020). “Health, Housing, and ‘Direct Threats During a Pandemic’”, *Journal of Law and the Biosciences*, V. 7., No. 1., ss. 1-15.

¹⁰² Amnesty International (2020).

sunan bir huzur ve sükûn yurdu olarak ortaya çıkmaktadır. Kişinin düşünceleri, anıları ve düşleri için hanesi en büyük bütünleştirici gücü temsil etmektedir. Bu nedenle insanın yaşam kurduğu hane (mekân) ile bağlantı kurma gereksinimi çok boyutlu bir tahlili gerekli kılmaktadır. Bu bakımdan kişinin kendisini bir yere ait hissetmesi için uygun bir varlık zemini kuran hane ya da konut, “mekân-insan ve kent-beden” diyalektiği içinde anlamlandırılmalıdır.

Tarihsel süreçte “mekân üretim” tarzları, kentleşme olgusunu belirleyen bir faktör olarak karşımıza çıkmaktadır. Mekânın özgül üretim tarzlarına bağlı biçimde şekillenen modern kent yaşamı, sosyal ve ekonomik etkileşimleri artıran bir habitat yaratmaktadır. Tüm bu etkileşimler “mekân ile kent, kent ile konut ve konut ile insan” arasındaki diyalektik ilişkiyi hep canlı tutmaktadır. Bu çerçevede konut, insani yaşamın hak temelli bir gereği olarak dikkate alınmak durumundadır. Ancak sanayileşme sürecine bağlı biçimde kentleşmiş toplumların çoğunda konut, bu varoluşsal anlam evreninden ve etik-juridik çerçevesinden koparılmıştır. Buna bağlı biçimde konut, bir meta olarak kapitalistik piyasa dinamiklerinin akışına terk edilmiştir. Her ne kadar konut, insanlara bir yuva sağlamak gibi birincil düzeyde bir yaşamsallığa ve sosyal işleve sahip olsa da küreselleşme ile birlikte konutun varoluşsal ve işlevsel anlamı yıkıma uğramıştır. Bu meyanda somut biçimde küresel neoliberalizm “kentleşme, konut sistemleri, konut politikası ve konut hakları” üzerinde insan hakları bağlamında sarsıcı bir yıkım etkisine sahip olmuştur.

Yirminci yüzyılın son çeyreğinde dünya çapında varlık gösteren ekonomik darboğazın gerekçesi olarak kabul edilen “sosyal devlet ilkesi” çerçevesinde uygulamaya konulan refah politikaları yerini neoliberal politikalara terk etmiştir. Bu doğrultuda devletin küçülmesi, özelleştirme ve deregülasyon süreci başlamıştır. Bu süreçte neoliberalizmin küreselleşmesiyle birlikte “üretim, tüketicilik, hızlı değişim dinamiği ve teknolojik dönüşüm” acımasız gelişmeler olarak karşımıza çıkmıştır. Global egemen güçlerin hegemonisi ile yönlenen küreselleşme, dünya ulusları için bazı ilerleme olanakları sunmasına rağmen dünya nüfusunun çoğunluğu açısından bu durum evsizlik ve daha fazla yoksullaşmayı beraberinde getirmiştir¹⁰³.

Nitekim yukarıda Galtung’un “insan hakları ve gelişme” diyalektiği çerçevesinde renk kodlaması ile nitelendirdiği haklar kümesine referansla

¹⁰³ Kenna, P. (2008). s. 455.

ifade edecek olursak bugün dünyada “kırmızı” kuşakta yer alan haklar (ekonomik, sosyal ve kültürel haklar), “mavi” kuşağa (medeni ve siyasi haklar) dönüşmekte hatta “mavi” daha da mavileşerek “küresel” ölçekte neoliberal politikalar çerçevesinde cesamet kazanmaya devam etmektedir. Bu durum, sosyal ve ekonomik haklar açısından giderek devasa bir boyuta erişen global yoksunlukları ve mağduriyetleri her geçen gün daha da derinleştirmektedir.¹⁰⁴

Dönüşen devlet paradigması ve buna bağlı biçimde dönüşüme uğrayan ulusal siyasal pratikler doğrultusunda sosyal haklara ilişkin kamusal yükümlülük fikrinin giderek sönümlendiği görülmüştür. Hem sözleşmesel düzeyde hem de anayasal düzlemde normatif güvenceye sahip olmasına rağmen söz konusu haklar, insan hakları doktrini açısından kimi agnostik ve minimalistik değerlendirmelere konu edilmiştir. Literatürde ikinci kuşak haklar kataloğu olarak nitelenen “ekonomik, sosyal ve kültürel hakların” insan hakları doktrini açısından değerine ilişkin bu tartışmaları paranteze alarak ifade edecek olursak çağdaş dünyanın hızla dönüşen global dinamiklerine uyarlı biçimde insan hakları düşüncesinin yaratıcı gelişimini sürdürmesi kaçınılmaz bir gerçeklik olarak kabul edilmelidir. Buna bağlı biçimde insan onurunu muhafaza edebilmek adına insan hakları doktrininin gelişim dinamiğine uygun biçimde dönüşen katalog hakların çeşitlenerek zenginleşmesi icap etmektedir.

Sosyal haklar kataloğunun normatif güvenceye kavuşturulan temel hak alanlarından birisini kişinin doğrudan yaşam hakkına taalluk eden barınma ve konut hakkı oluşturmaktadır. Uluslarüstü ölçekte sözleşmesel ve anayasal düzeyde normatif güvenceye sahip olan konut hakkı, refah devleti uygulamalarına son veren global sosyoekonomik dinamikle birlikte özellikle kırılgan gruplar açısından yaşamsal riskler taşıyıcı biçimde bir aşınmaya maruz kalmıştır. Bu doğrultuda kamu idarelerinin mali olanakları çerçevesinde toplumsal gereksinimleri dikkate alarak barınma ihtiyacını karşılama noktasındaki isteksizlik, konut politikalarının dönüşümüne yol açmıştır. Temel insani yaşam açısından gerekli olan sosyal refahın tesisi noktasında ilgili hak alanının bölüşüm adaleti açısından haleldar edildiğine tanık olunmaktadır. Özellikle bu noktada siyasal iradenin konut politikasını sosyal haklar temelinde tahkim etmek yerine finansal temelde gelişimini deregülatif bir perspektifle izlemesi

¹⁰⁴ Galtung, J. (2013). s. 148.

toplumsal sınıflar arasındaki sosyoekonomik uçurumun derinleşmesine yol açmaktadır. Bu durum, sosyal adalet ilkesinin sınıfsal ayrışmanın ve buna bağlı biçimde ortaya çıkan yoksunlukların yıkıcı etkilerine karşı üstlenmiş olduğu kalkan olma görevini aşındırmaktadır.

İçinde bulunduğumuz pandemi döneminin kamu sağlığını tehdit eden ve sosyoekonomik tahribata yol açan yıkıcı etkileri ile daha da kırılğanlaşan gruplar açısından barınma ve konut hakkına ilişkin derin yoksunluklar yaşanmaktadır. Sosyal izolasyonu ve hijyeni gerekli kılan pandemi mücadelesinin en kırılğan gruplarını, evsizler ve insan onuruna yaraşır bir standarda sahip olmayan mekânlarda barınma durumunda kalan çaresiz kişiler oluşturmaktadır. Bu noktada özellikle en asgari düzeyde bile olsa insani barınağı bulunmayanlar ile gayri insani koşullarda kamplarda yaşam mücadelesi veren sığınmacılar dikkat çekmektedir. Tüm insanlık tarihinde kitlesel ölümlere ve derin insani trajedilere yol açan salgınlardan birisine tanıklık ettiğimiz ve her geçen gün bilançosu giderek daha da ağırlaşan Covid-19 pandemisi¹⁰⁵, sağlık, eğitim ve konut hakları gibi temel sosyal haklara ilişkin siyasal paradigmanın yeniden gözden geçirilmesi durumunu ortaya çıkarmıştır. Bütünlüklü bir katalog olarak sosyal hakların insan hakları doktrini açısından hukukiliğine, siyasal meşruiyetine ve devlet politikasına ilişkin olarak yeni bir değerlendirilmenin gereğini doğurmuştur.

Sonuç olarak küreselleşen neoliberal dünyada konutun varoluşsallığına ve işlevselliğine ilişkin yaklaşım tarzları gelişim göstermiştir. Ancak her ne kadar konut hakkına yönelik farklı anlayış tarzları çerçevesinde bir evrilme süreci söz konusu olsa da konut hakkı, temel bir insan hakkı olarak karşımızda durmaktadır. Bugün dünyada egemen olan piyasa temelli konut anlayışı, bireylerin yeterli konuta erişmesinin önündeki en büyük engeli oluşturmaktadır. Bu yüzden neoliberal çağda aşınan ulus devletlerin “sosyal devlet ilkesi” çerçevesinde mali kaynakları el verdiği ölçüde diğer sosyal haklarla birlikte konut hakkını güvence altına almaya yönelik adımlar atması icap etmektedir. Bu gereklilik, ulusların insan hakları temelinde siyasi ve etik meşruiyetinin esaslı unsurlarından birisi olarak görülmelidir.

¹⁰⁵ Dünya Sağlık Örgütü 16 Aralık 2020 tarihli verilerine göre; Dünya genelinde 71.919.725 onaylanmış Covid 19 vakası bulunmaktadır. Onaylanmış ölüm sayısı ise 1.623.064 olarak kaydedilmiştir. Bkz., <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019> (Erişim tarihi: 16/12/2020).

KAYNAKÇA

- ALGAN, Bülent (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınları.
- BACHELARD, Gaston (2018). *Mekânın Poetikası*, (çev. Alp Tümertekin), İstanbul: İthaki Yayınları, 5. Baskı.
- BARRY, Norman P. (1995). *An Introduction to Modern Political Theory*, London: The Macmillan Press, Third Edition.
- BENGTSSON, Bo (2002). Housing as a Social Right: Implications for Welfare State Theory, *Scandinavian Political Studies*, V. 24., No. 4., ss. 255-275.
- BHARDWAJ, Gaurav; ESCH, Thomas; LALL, Somik V. et al (2020). Cities, Crowding, and the Coronavirus: Predicting Contagion Risk Hotspots, *World Bank Group, Working Paper*, ss. 1-19.
- BULUT, Nihat (2003). Küreselleşme: Sosyal Devletin Sonu mu?, *Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 52., S. 2., ss. 173-197.
- BULUT, Nihat (2009). *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- CESCR General Comment 4: The Right to Adequate Housing, (7), UN Doc E/1992/23 (1992) UN Doc. E/1992/23-E/C.12/1991.
- DAWKINS, Casey (2020). The Right to Housing in an Ownership Society, *Housing and Society*, V. 47., No. 2., ss. 81-102.
- DERİCİLER YÜCEL, Özge (2014). *Sosyal Haklar ve İnsan Hakları Hukuku Çerçevesinde Devletin Yükümlülükleri: Refah Devletinin Krizi Ekseninde Bir İnceleme*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DİNÇKOL, Abdullah (2006). Küreselleşme ve İnsan Hakları, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi Doç. Dr. Mehmet Somer'e Armağan Özel Sayısı*, İstanbul.
- DONNELLY, Jack (2013). *Universal Human Rights in Theory and Practice*, London: Cornell University Press.
- DURKHEIM, Emile (2006). *Toplumsal İşbölümü*, (çev. Özer Ozankaya), İstanbul: Cem Yayınevi.
- DWORKIN, Ronald M (2007). *Hakları Ciddiye Almak*, (çev. Ahmet Ulvi Türkbağ), Ankara: Dost Kitabevi Yayınları.
- FARHA, Leilani (2020). COVID-19 Guidance Note: Protection for Those Living in Homelessness, New York: United Nations Publishing.
- FARHA, Leilani (2020). COVID-19 Guidance Note: Prohibition of Evictions, New York: United Nations Publishing.

- FARHA, Leilani (2020). *Protecting Housing from Financialization and Building Back A Better Future*, New York: United Nations Publishing.
- FEANTSA (2016). *Housing-Related Binding Obligations on States From European and International Case Law*, ss. 1-16.
- FOX O'MAHONY, Lorna ve SWEENEY, James A. (2011). *The Idea of Home in Law: Displacement and Dispossession içinde Fox O'Mahony, L. ve Sweeney, J. (Der.) The Idea of Home in Law, Displacement and Dispossession*, England: Ashgate Publishing, ss. 1-12.
- GALTUNG, Johan (2013). *İnsan Hakları Başka Bir Açıdan Bakış*, (çev. Müge Sözen), İstanbul: Metis Yayınları, İkinci Basım.
- HARRIS, David J.; O'BOYLE, Michael; BATES, Ed P.; Buckley, Carla M. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*, (çev. ed. Hülya Dinçer), Avrupa Konseyi.
- HARVEY, David (2015). *Asi Şehirler*, (çev. Ayşe Deniz Temiz), İstanbul: Metis Yayınları, Dördüncü Basım.
- HARVEY, David (2013). *Sosyal Adalet ve Şehir*, (çev. Mehmet Moralı), İstanbul: Metis Yayınları, Dördüncü Basım.
- HAYEK, Friedrich (1976). *Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice*, London and New York: Routledge.
- HOHMANN, Jessie (2013). *The Right to Housing Law, Concepts, Possibilities*, London: Hart Publishing.
- İNCE, Nurten; BAKIR KANLI, İmam; ERYİĞİT, Burak (2017). *İnsan Hakkı Olarak Konut Hakkı, Uluslararası Politik Araştırmalar Dergisi, C. 3., S. 2., ss. 21-36.*
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (1995-1996). *Yerleşme Özgürlüğü ve Konut Hakkı, İnsan Hakları Yıllığı, C. 17/18, ss. 149-169.*
- KAPANİ, Münci (1993). *Kamu Hürriyetleri*, Ankara: Yetkin Yayınları, Yedinci Baskı.
- KENNA, Padraic ve JORDAN, Mark (2014). *Housing Rights in Europe: The Council of Europe Leads the Way içinde Kenna, P. (Der.) Contemporary Housing Issues in a Globalized World*, England: Ashgate Publishing, ss. 115-140.
- KENNA, Padraic (2011). *Can International Housing Rights Impact on Housing Systems içinde Fox O'Mahony, L. ve Sweeney, J. (Der.) The Idea of Home in Law, Displacement and Dispossession*, England: Ashgate Publishing, ss. 133-165.

- KENNA, Padraic (2010). International Instruments on Housing Rights, *Journal of Legal Affairs and Dispute Resolution in Engineering and Construction*, V. 2., No. 1., ss. 1-21.
- KENNA, Padriac (2008). Globalization and Housing Rights, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, V. 1., No. 2., ss. 397-469.
- KILIÇ, Muharrem (2020). Pandemi Dönemi İnsan Hakları Siyaseti: Hak ve Özgürlükler Düzeninin Kırılma Doğası, *Adalet Dergisi*, S. 64., ss. 11-55.
- KILIÇ, Muharrem (2020). Pandemi Tehdit Karşısında Sağlık Hakkının Sosyo-Legal Dinamiği, *Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Dergisi*, Yıl. 5, S. 2., ss. 1-46.
- Konut Politikaları* (2018). Özel İhtisas Komisyonu Raporu, Ankara.
- KUCS, Arturs; SEDLOVA, Zane; PIERHUROVICA, Liene (2008). The Right to Housing: International, European and National Perspectives, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, V. 64., No.65., ss. 101-123.
- LEFEBVRE, Henri (2019). *Mekânın Üretimi*, (çev. Işık Ergüden), İstanbul: Sel Yayıncılık, 5. Baskı.
- LEIJTEN, Ingrid ve BEL, Kaisa de (2020). Facing Financialization in the Housing Sector: A Human Right to Adequate Housing For All, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, V. 38., No. 2., ss. 94-114.
- MENDES, Luís (2020). How Can We Quarantine Without A Home? Responses of Activism and Urban Social Movements In Times of Covid-19 Pandemic Crisis In Lisbon, *Journal of Economic and Social Geography*, V. 111., No. 3., ss. 318-332.
- MONTEIRO, David C.; SHIBAO, Fábio Y. et al (2020). Socio-Spatial Self-Segregation By Housing and the Access to Citizens Rights, *Holos*, V. 1, No. 36, ss. 1-17.
- Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *The Right to Adequate Housing*, Fact Sheet No. 21/Rev. 1, 2014.
- ÖRÜCÜ, Esin (1972). *Sosyal Refah Devletinde Bir Sosyal Kamu Hizmeti Konut*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını.
- POWER, Emma R.; ROGERS, Dallas ve KADI, Justin (2020). Public Housing and COVID-19: Contestation, Challenge and Change, *International Journal of Housing Policy*, V. 20., No. 3., ss. 313-319.
- ROGERS, Dallas ve POWER, Emma (2020). Housing Policy and the

- COVID-19 Pandemic: The Importance of Housing Research During this Health Emergency, *International Journal of Housing Policy*, V. 20., No. 2., ss. 177-183.
- SHARR, Adam (2013). *Mimarlık İçin Heidegger*, (çev. Volkan Atmaca), İstanbul: Yem Yayınları.
- SIDOTI, Chris (1996). Housing as a Human Right, Human Rights and Equal Opportunity Commission, ss. 1-8.
- SIMMEL, Georg (2009). *Bireysellik ve Kültür*, (çev. Tuncay Birkan), İstanbul: Metis Yayınları.
- TAYLOR, Owen; LOUBIÈRE, Sandrine ve AUQUIE, Pascal (2020). Homelessness, Housing First, and the Right to Housing: Confronting Right and Reality, *Human Rights Review*, Springer, V. 21, ss. 373-389.
- TERMINSKI, Bogumil (2011). The Right to Adequate Housing in International Human Rights Law: Polish Transformation Experiences, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, V. 22., No. 2, ss. 219-241.
- UN-HABITAT ve WHO (2020), *Integrating Health in Urban and Territorial Planning: A Sourcebook*, Geneva.
- United Nations General Assembly (2017). Report of the Special Rapporteur on Adequate Housing as a Component of the Right to an Adequate Standard of Living, and on the Right to Non-Discrimination in this Context, A/HRC/34/51.
- United Nations (2019). Access to Justice for the Right to Housing, A/HRC/40/61.
- United Nations (2020). COVID-19 and Human Rights-We Are All In This Together, New York: United Nations Publishing.
- United Nations (2020). COVID-19 and The Right to Adequate Housing: Impacts and the Way Forward, A/75/148.
- Vilenica, Ana; McElroy, Erin; Ferreri, Mara et al. (2020). Covid-19 and Housing Struggles: The (Re)makings of Austerity, Disaster Capitalism, and the No Return to Normal, *Radical Housing Journal*, V. 2., No. 1., ss. 9-28.
- WAGNER, Jennifer K. (2020). Health, Housing, and Direct Threats During a Pandemic, *Journal of Law and the Biosciences*, V. 7., No. 1., ss. 1-15.
- World Bank Group (2020). Global Responses to COVID-19 in Slums and Cities: Practices from Around the World", GSG Urban Poverty and Housing Working Document Draft.

İnternet Kaynakları

Amnesty International (2020). Affordable Housing for All: Key to Building a Resilient Post-COVID-19 World, <https://www.amnesty.org/en/latest/news/2020/10/affordable-housing-key-to-resilience-post-covid/> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

European Action Coalition (2020). Manifesto for Housing Justice: Fighting the Pandemic of Capitalism and Racism, <https://housingnotprofit.org/manifesto-for-housing-justice-fighting-the-pandemic-of-capitalism-and-racism/> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

<http://habitat.scarp.ubc.ca/habitat1conference/> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

<https://uploads.habitat3.org/hb3/NUA-Turkish.pdf?v=2> (Erişim tarihi: 28/10/2020).

https://covid19.who.int/?gclid=CjwKCAiAzNj9BRBDEiwAPsL0dzXsS-De6-UP-MChnpn2ZgvIs4vj98Ofel-VlZHlczfOe0kbYW1gujRoCBGAQAvD_BwE (Erişim tarihi: 22/11/2020).

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/090000168007cf93> (Erişim tarihi: 20/10/2020).

<https://www.coe.int/en/web/european-social-charter/european-committee-of-social-rights> (Erişim tarihi: 11/11/2020).

https://www.echr.coe.int/documents/convention_tur.pdf (Erişim tarihi: 11/11/2020).

<https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr.pdf> (Erişim tarihi: 21/10/2020).

<https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (Erişim tarihi: 20/10/2020).

<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=trk> (Erişim tarihi: 21/10/2020)

https://www.tbmm.gov.tr/anayasa/anayasa_2018.pdf (Erişim tarihi: 3/11/2020).

<https://www.un.org/en/conferences/habitat/istanbul1996> (Erişim tarihi: 2/11/2020).



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI IŞIĞINDA ÖZEL YAŞAMA SAYGI HAKKI KAPSAMINDA ŞEREF VE İTİBARIN KORUNMASI

Arş. Gör. Sinem Servet KARAÇAM*

ÖZET

Şeref ve itibarın korunması hakkına, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde açıkça yer verilmesine de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat yoluyla bu hakkı koruma altına almıştır. Özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunan bu hak, genellikle ifade özgürlüğüyle çatışmakta ve mahkemelerin eşit öneme sahip bu iki hak arasında adil bir denge kurması gerekmektedir. Bu dengeleme işlemi yapılırken şeref ve itibarın korunması hakkı zarar gören kişinin sıradan bir vatandaş, kamu görevlisi, siyasetçi ve ünlü bir kişi olması farklılık göstermektedir. Ayrıca, kullanılan ifadenin kamusal bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, bilgilerin elde edilme şekli, yayının içeriği, ifadenin bir değer yargısı mı yoksa maddi bir olgu mu olduğu, ilgili kişinin önceki davranışları gibi ölçütler göz önünde bulundurulmaktadır. AİHM'in içtihat yoluyla oluşturduğu bu ölçütler Türk Anayasa Mahkemesi tarafından da benimsenmiştir. Bu çalışmada, özel yaşam hakkı kapsamındaki şeref ve itibarın korunması hakkına ilişkin ölçütler çerçevesinde bu hakla ilgili AİHM ve AYM kararları incelenecektir.

Anahtar Kelimeler: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi, özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkı, ifade özgürlüğü, şeref ve itibarın korunması hakkı.

* İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi, sservetozdemir@aydin.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-6682-1093

PROTECTION OF HONOUR AND REPUTATION UNDER THE RIGHT TO RESPECT FOR PRIVATE LIFE IN THE LIGHT OF THE JUDGMENTS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND THE TURKISH CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

The European Court of Human Rights (ECtHR) affords protection to “the right to the protection of honour and reputation” through its case-law even though this right is not explicitly mentioned under Article 8 of the European Convention on Human Rights (ECHR). This right, which is safeguarded under the right to respect for private and family life, often conflicts with the freedom of expression, and courts should sustain a fair balance between these two equally important rights. In striking such a balance, the assessment is made regardless of whether the person whose right to the protection of honour and reputation damaged is an ordinary citizen, a public official, a politician or a famous person. Moreover, courts consider several criteria such as whether the statement of the person contributes a debate of public interest, statement is a value judgment or a material fact, the way how information is obtained, its content and prior behaviours of the concerned person. These criteria, established by the ECtHR through its case-law, have been also adopted by the Turkish Constitutional Court. In this study, the decisions and judgments rendered by the ECtHR and Turkish Constitutional Court regarding this right will be examined within the scope of the criteria inherent in the right to the protection of honour and reputation, which falls under the right to respect for private life.

Keywords: European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court, right to respect for private life and family life, freedom of expression, right to respect for honour and reputation.

I.GİRİŞ

İfade özgürlüğü, hoşgörü, çoğulculuk ve açık fikirliliği pekiştirmesi bakımından demokratik toplumlar için son derece önemlidir¹. Ancak, çoğu zaman bir kişinin ifade özgürlüğü ile diğer bir kişinin şeref ve itibarı çatışmaktadır. Basın, demokratik sistemlerde üstlendiği bekçi köpeği rolüyle², kimi zaman bireylerin özel yaşamının sınırlarına müdahale etmekte ve kimi zaman daha da ileri giderek şeref ve itibarına zarar vermektedir. Gerçekten de ifade özgürlüğünün sınırlarının uçsuz bucaksız, bireyin şeref ve itibarının sınırının ise kolayca aşılabilir olduğu düşünüldüğünde terazinin hangi kefesine ağırlık verileceğini belirlemek zorlaşmaktadır.

İfade özgürlüğü demokratik toplumlar için ne kadar önemli olsa da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) kararlarında da vurgulandığı gibi, kişinin şeref ve itibarı ile eşit öneme sahiptir³. Haklar arasında bir hiyerarşi kabul edilemeyeceği gibi, ifade özgürlüğünün kamuoyunun bilgi edinmesi ve devletin denetlenmesi için elzem olması da her halükarda üstün tutulacağı anlamına gelmez. Açıklanan tüm bu nedenlerden ötürü, bu çalışmada ifade özgürlüğü ile kişinin şeref ve itibarı arasındaki çatışma özel yaşama saygı hakkı perspektifinden incelenmiştir.

Bu çalışmada, kişinin şeref ve itibarı ile ifade özgürlüğü arasında adil denge sağlanırken uygulanan ilkeleri ortaya koyan çeşitli tarihlerdeki AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi (AYM) kararları, bir çerçeve sunmak amacıyla incelenecektir. Farklı tarihlerdeki kararlar, AİHM'in ve AYM'nin adil dengenin sağlanmasına ilişkin çeşitli tarihlerdeki yaklaşımlarını ortaya koymak amacıyla seçilmiştir. Kararlar ve kaynakçayı oluşturan eserler özellikle ifade özgürlüğü ile ilgili değil şeref ve itibar hakkı ile ilgili olanlardan seçilmiş olup şeref ve itibar hakkı perspektifinden bir çalışma sunmak amaçlanmıştır. Ayrıca çalışmanın başlığından da anlaşılacağı üzere ağırlıklı olarak AYM ve AİHM kararları ışığında bir inceleme yapılmıştır.

¹ Flauss, J. F. (2009). "The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression", *Indiana Law Journal*, C. 84, S. 3, s. 814.

² Jebiril, N. "Is Watchdog Journalism Satisfactory Journalism? A Cross-national Study of Public Satisfaction with Political Coverage", <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-01/Is%20Watchdog%20Journalism%20Satisfactory%20Journalism.pdf> (Erişim Tarihi: 24/08/2020).

³ Bıkmaz, R. (2019). "Tarman- Türkiye Kararı Üzerine İnceleme (Basın Özgürlüğü İle Kişilik Haklarının Korunmasında Orantılılık)", *Fasikül Hukuk Dergisi*, C. 11, S. 114, s. 25.

Çalışma kapsamında şeref ve itibar hakkı incelenirken ikinci bölümde genel çerçevede Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasası'nda şeref ve itibar hakkına değinilmiştir. Üçüncü bölümde ise AİHM ve AYM kararlarında şeref ve itibar hakkının dengelenmesinde kullanılan kriterler ışığında AİHM ve AYM kararlarına yer verilmiştir. Üçüncü bölümün ilk başlığı altında ifade özgürlüğüne konu açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı, ikinci başlığı altında ilgili kişinin tanınırlığı, üçüncü başlığı altında bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği, dördüncü başlığı altında yayının içeriği, şekli ve etkileri ve son başlığı altında ilgili kişinin daha önceki davranışları kriterleri, öncelikle AİHM sonrasında ise AYM kararları ışığında incelenmiştir.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ VE TÜRK ANAYASA MAHKEMESİ KARARARINDA ŞEREF VE İTİBAR HAKKINA GENEL BİR BAKIŞ

Şeref ve itibarın korunması hakkı AİHS m. 8'de açıkça zikredilmemiştir ancak AİHM, kimi kararlarında⁴ bir kişinin şöhret ve itibarının bu madde kapsamında korunacağına vurgu yapmıştır⁵. "Kişisel kimlik ve ahlaki bütünlüğün bir unsuru olarak", özel yaşam kavramı kapsamında yer alan itibar hakkı bu nedenle 8. maddenin korunması altına alınmıştır⁶.

Bir kişinin şöhretinin korunması, AİHS m.10/2'de düzenlenen sınırlama ölçütlerinden biri olduğundan, bu hak ayrıca m.10 kapsamında da incelenmektedir. Ancak, bu çalışmada mevzubahis hakkın AİHS m.8 ve Anayasa m.17 çerçevesinde korunmasına değinilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Özel Yaşama Saygı Hakkıyla ilgili 8. maddesi şu şekildedir:

"1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal

⁴ Niemietz/Almanya, B. No: 13710/88,16/12/1992, § 37.

⁵ Smet, S. (2010). "Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict", *American University International Law Review*, C. 26, S.1, s. 193.

⁶ Spielmann, D. Cariolou, S. "The Right to Protection of Reputation Under the European Convention on Human Rights"
https://www.researchgate.net/publication/311310149_The_Right_to_Reputation_under_the_European_Convention_on_Human_Rights s.10, (Erişim Tarihi: 5/1/2020)

güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir⁷.”

Madde metninden de açıkça anlaşıldığı üzere herkes özel hayatına saygı duyulması hakkına sahip olup bu hakka müdahale edilebilmesi sadece yukarıda sayılan meşru amaçlardan biri (başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, kamu emniyeti vb.) için, müdahalenin kanunla öngörülebilmemesi halinde mümkündür.

Özel yaşam kavramı ise, kişinin adı, resmi gibi kişisel kimliğinin parçası olan unsurları da kapsar⁸ ve şöhret kavramının içine kişinin mesleki şöhreti de girer⁹. Ancak, kişinin ceza gerektiren bir suç işlemesi gibi kendi eylemleri sonucunda, öngörülebilen bir şekilde yaşadığı itibar kaybı bu madde kapsamında korunmayacaktır¹⁰.

Anayasamızda ise, bireyin şeref ve itibarı 17. Maddede yer alan “manevi varlık” ifadesi ile korunmaktadır. Madde metninin insan onurunu korumayı amaçlayan¹¹ ilk fıkrası şu şekildedir:

“Kişinin dokunulmazlığı, maddî ve manevî varlığı

MADDE 17- Herkes, yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir.”

İlgili fıkranın gerekçesinde “*Kişinin sahip olduğu hak ve hürriyetler bu maddeden itibaren önem dereceleri göz önünde tutularak belirlenmiştir. Bu madde ile yaşama, maddî ve manevî varlığın bütünlüğü ve bunun geliştirilmesi hakkı korunmaktadır.*” denilmiştir¹². Devlet, bireyin manevî varlığına keyfi olarak müdahale etmemekle ve diğer kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlüdür¹³. Bu bağlamda devletin, bireyim manevî varlığı

⁷ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, <https://www.danistay.gov.tr/upload/avrupainsanhaklarisozlesmesi.pdf> (Erişim Tarihi: 1/12/2019)

⁸ Kaboğlu, İ. Ö. (1993). *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul: AFA Yayınları, s. 189, *Burghartz/İsviçre*, B. No: 16213/90, 22.02.1994, § 24.

⁹ *Niemietz/Almanya*, § 37.

¹⁰ Karan, U. (2018). *İfade Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Ankara: Avrupa Konseyi, s. 74, *Denisov/Ukrayna*, B. No: 76639/11, 25/09/2018, § 98.

¹¹ *Cezmi Demir*, B. No: 2013/293, 17/7/2014, § 80.

¹² *Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği*, B. No: 2014/18891, 23/5/2018, s. 15, § 8.

¹³ Karan, U. (2018). s.73

kapsamındaki şeref ve itibar hakkına üçüncü kişiler tarafından yapılan saldırıları önleme şeklinde bir pozitif yükümlülüğü de mevcuttur¹⁴.

AYM, şeref ve itibarın korunması hakkının uygulanabilmesi için, kişinin şeref ve itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlığa ulaşmasını, kişinin şeref ve itibarına saygı hakkından yararlanmasının güçleştirilmiş olmasını, kişinin şeref ve itibarını kendi eylemleri sonucunda güçleştirmemiş olmasını aramaktadır¹⁵.

AYM ayrıca, şeref ve itibarın korunması hakkının koruma kapsamının kişilere göre farklı olduğunu kabul etmektedir. Bu hakkın kapsamı sade vatandaşlar söz konusu olduğunda geniş yorumlanırken, siyasetçiler söz konusu olduğunda bu alan daralmakta ve ifade özgürlüğü daha ağır basabilmektedir¹⁶.

Kural olarak, kamusal figürlerin de mahremiyet hakkı mevcut olup toplumun haber alma hakkı, kamusal figürlerin özel yaşamlarının ayrıntılarına kadar ilerlememektedir¹⁷. Çünkü, kamusal figürlerin fotoğraflarının ve buna benzer özel yaşamlarına ilişkin detayların yayınlanmasında kamunun meşru yararı değil, yayımlayan dergi ya da gazetelerin ticari yararı söz konusudur¹⁸. Ancak sıradan insanlarla kıyaslandığında, kamusal figürlere özel yaşam hakkının sağladığı koruma daha sınırlıdır. Siyasal figürlere sağlanan koruma ise, oyuncu, şarkıcı vb. kamusal figürlere oranla daha da azdır¹⁹.

Kamu görevlileri ile ilgili olarak ise AYM, *“Bununla birlikte, kamu görevlilerinin siyasetçilerde olduğu gibi her türlü söylemlerini yakın denetime açtıkları da söylenemez. Kamu görevlilerinin, görevlerini hakkıyla yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerekir ki bu da ancak onları asılsız suçlamalara karşı korumakla sağlanabilir.”* demektedir²⁰.

¹⁴ Adnan Oktar(3), B. No: 2013/1123, 2/10/2013, § 33.

¹⁵ Arslan Öncü, G. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Ankara: Avrupa Konseyi, s. 95.

¹⁶ a.g.e. s. 95.

¹⁷ Arslan Öncü, G. (2013). *“Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı”*, içinde Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 311.

¹⁸ a.g.e. s. 311.

¹⁹ Arslan Öncü, G. (2013). s. 311, Çeçen, A. (2015), *İnsan Hakları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 324, Karan, U. (2013). *“İfade Özgürlüğü Hakkı”*, Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* içinde(355-379), İstanbul: Beta Yayıncılık, s. 360.

²⁰ İlhan Cihaner(2), B. No:2013/5574, 30/06/2014, § 70.

III. ŞEREF VE İTİBAR HAKKI İLE İFADE ÖZGÜRLÜĞÜNÜN DENGELENMESİNDE KULLANILAN KRİTERLER

AIHM verdiği iki kararda²¹ ifade hürriyeti ve özel hayata saygı hakkının dengelenmesinde kullanılan ilkeleri sistematik olarak açıklamış ve uygulamıştır²². Bu ilkeler, ifade özgürlüğüne konu açıklamanın kamu yararına ilişkin bir tartışmaya sağladığı katkı²³, ilgili kişinin tanınırlığı, toplumdaki rolü ve işlevi ile yazıya konu olan faaliyetin niteliği, haber veya makalenin konusu²⁴, ilgili kişinin daha önceki davranışları²⁵, yayının içeriği, şekli ve etkileri²⁶, bilgilerin elde edilme koşulları ve gerçekliği²⁷ ve uygulanan yaptırımın niteliğidir²⁸.

AYM'nin bu konudaki ölçütleri de AIHM'in ölçütlerine paralel olup AYM, şeref ve itibarın korunması hakkı ile ifade özgürlüğünün çatışması durumunda, yayında kamu yararı bulunup bulunmadığı, yayının genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığının, toplumsal ilginin varlığı ve konunun güncel olup olmadığının, haber veya makalenin yayımlanma şartlarının, haber veya makalenin konusu, bunlarda kullanılan ifadelerin türü, yayının içeriği, şekli ve sonuçlarının, haberde yer alan ifadelerin kim tarafından dile getirildiğinin, hedef alman kişinin kim olduğu, ünlülük derecesi ile ilgili kişinin önceki davranışlarının, kamuoyu ile diğer kişilerin kullanılan ifadeler karşısında sahip oldukları hakların ağırlığının incelenmesi gerektiğinin altını çizmiştir²⁹.

A. AÇIKLAMANIN KAMUOYU YARARINA İLİŞKİN BİR TARTIŞMAYA SAĞLADIĞI KATKI

Gerek AIHM gerekse AYM, ifade özgürlüğü ile kişinin şeref ve itibarını dengelemeye çalıştıkları kararlarında, basına konu olan ifadenin kamu yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığını

²¹ *Von Hannover/Almanya (No.2)* B. No: 40660/08 ve 60641/08, 7/2/2012, *Axel Springer Ag/Almanya*, B. No: 39954/08, 7/2/2012

²² Heermann, N. "Balancing the Right to Privacy against Other Public Interests", <https://0210rocqn-y-https-beck--online-beck-de.proxy2.marmara-elibrary.com> (Erişim Tarihi: 30/10/2019)

²³ *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, § 109, *Von Hannover/Almanya*, B. No: 59320/00, 24/6/2004, §§ 63-66.

²⁴ *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, § 110.

²⁵ *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, § 111.

²⁶ *Von Hannover/Almanya (No. 2)*, § 112.

²⁷ *Axel Springer Ag/Almanya*, § 93, *Von Hannover v. Germany (No. 2)*, § 113.

²⁸ *Axel Springer Ag/Almanya*, § 95.

²⁹ *İlyas Çımar*, B. No:2015/14, 12/12/2018, § 26.

incelemektedirler³⁰. AİHM, toplumsal bir tartışma kapsamında eleştiriye konu olsa dahi, kişinin şeref ve itibarının, kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçası olması nedeniyle özel yaşam kapsamında kaldığını belirtmiştir³¹. Ayrıca, bu incelemeyi yaparken kişinin özel hayatına dair birtakım ilişkilerinin kullanılmasının, kamu yararı düşüncesine dayandırılarak haklılaştırılmayacağını ve özel hayatındaki ilişkilerinin genel olarak bir önem teşkil etmediğini vurgulamıştır³².

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Açıklamanın Kamuoyu Yararına İlişkin Bir Tartışmaya Sağladığı Katkı

AİHM ve AYM kararlarında konuyla ilgili olarak sıklıkla atıf yapılan Von Hannover kararında başvuru Monako Prensinin kızı olup Alman basını başvuruçunun ata binerken, alışveriş yaparken, Vincent Lindon ile bir restoranda, tek başına bisiklete binerken, korumasıyla birlikte bir marketteyken, Avusturya'da kayak tatilinde, Paris'teki evinden yalnız dışarı çıkarken, Prens Ernst August Von Hannover ile tenis oynarken ve ikisini bisiklet sürerken ve Monte Carlo plajında sendelerken gösteren fotoğraflarını yayınlamıştır³³.

Mahkemeye göre, yayımlanan bu fotoğrafların özel hayatla ilişkili olduğuna şüphe yoktur³⁴. Kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğü de özel hayatın kapsamında olup kişinin adı, resmi vb. de özel yaşama saygı hakkı kapsamında koruma altındadır³⁵. AİHM bu kararında da devletin, sadece vatandaşın özel hayatına sözleşmede belirtilen sınırlara uygun olmayan şekilde müdahalede bulunmamak şeklinde (negatif yükümlülük) değil ayrıca mevzuat ve diğer gereklilikler bakımından etkin korunmanın sağlanması (pozitif yükümlülük) şeklinde bir yükümlülüğü de bulunduğunu belirtmiştir³⁶. Ayrıca birey ve toplum

³⁰ Harris, D/ O'Boyle, M. / Bates, E./ Buckley, C.M (2013), *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Çev. Bingöllü Kılıcı, M. ve Karan, U., Ankara: Avrupa Konseyi, Tanju, E. (2017). *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s.134, *News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria*, B. No: 31457/96, 11/1/2000, § 52, *Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*, B. No: 34315/96, 26/2/2002, § 33.

³¹ *Denisov/Ukrayna*, B. No: 76639/11,25.09.2018, § 97.

³² *Tammer/Estonya*, B. No: 41205/98, 06/02/2001, §§ 59-63.

³³ *Von Hannover/Almanya*, §§ 11-17.

³⁴ *Von Hannover/Almanya*, § 53.

³⁵ *Von Hannover/Almanya*, § 50.

³⁶ *Von Hannover/Almanya*, § 57.

arasında adil dengenin sağlanması gerektiğini ve bu denge sağlanırken devlete takdir hakkı verildiğini de eklemiştir³⁷.

Dava konusu fikir paylaşımı olmayıp başvurucaya ait özel fotoğrafların yayımlanmasıdır. Ayrıca bu fotoğraflar sürekli, başvurucaya rahatsız ederek ve özel yaşamını kısıtlayarak adeta bir taciz şekli olarak çekilmiştir. Mahkeme basın özgürlüğü ve özel hayat arasındaki adil dengenin sağlanması gereken davalarda kamu menfaatine yapılan katkıyı vurgulamıştır³⁸.

Mahkeme, başvurucaanın kamuoyunda tanınmış bir kişi olmasına rağmen, yegâne amacı başvurucaanın özel hayatına ait detaylarla birtakım okuyucuların merak duygularını tatmin etmek olan söz konusu fotoğraf ve makalelerin yayımlanmasının topluma herhangi bir menfaat sağlamayacağına karar vermiştir³⁹.

Mevcut davada kamu menfaati bulunduğu kabul edilse dahi derginin bu fotoğraf ve makaleyi yayınlaması sonucu elde ettiği ticari menfaat ön planda olduğu için, Mahkeme başvurucaanın özel yaşamının korunması hakkını üstün tutmuştur. Tüm bu nedenlerden ötürü Mahkeme, Alman Mahkemeleri'nin başvurduğu ölçütleri etkin koruma açısından yeterli bulmamış ve adil dengenin gözetilmemesi nedeniyle başvurucaanın özel yaşam hakkının ihlal edildiği kanaatine varmıştır⁴⁰.

Mahkeme 2017 yılında verdiği Rubio Dosamantes kararında⁴¹ da İspanyada tanınmış bir sanatçı olan başvurucaanın özel yaşamındaki faaliyet ve davranışlarının kamu yararı sağlamadığı gerekçesiyle Von Hannover kararıyla aynı yönde bir karar vererek başvurucaanın özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir. Burada da görüleceği üzere AİHM, tanınmış kişilerin özel yaşamına dair bilgilerin kamuoyunun yararına yönelik tartışmaya katkı sağlamadığı yönündeki içtihadını yıllar içinde korumuştur.

³⁷ Von Hannover/Almanya, § 57.

³⁸ News Verlags GmbH & CoKG /Avusturya, B. No: 31457/96, 11/1/2000, § 52.

³⁹ Von Bassewitz, K. Parlak Börü, Ş. "Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını Ayaklandıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 64, Sayı: 4, Aralık 2015, s. 1252.

⁴⁰ Von Hannover/Almanya, § 77.

⁴¹ Rubio Dosamantes /İspanya, B. No: 20996/10, 21/2/2017.

White v. İsveç kararında ise başvuru Mozabik Cumhuriyeti'nde yaşamaktadır. İsveç'teki büyük gazetelerden olan Expressen ve Aftonbladet'de başvuru eski İsveç Başkanı Olof Palme'yi öldürdüğünü iddia eden haberler yayınlanmıştır⁴². Ayrıca gazeteler başvuru eski İsveç Başbakanı Olof Palme'nin de ifadelerine yer vermişlerdir⁴³. Başvuru, sonrasında yasal olarak sorumlu editörler aracılığıyla gazeteye dava açmış, Basın Özgürlüğü Yasasını ihlal ettiklerini öne sürmüş ve tazminat istemiştir⁴⁴. Mahkeme sonucu, jürinin kararıyla gazeteler suçsuz bulunmuştur⁴⁵.

Mevzubahis haberlerden birinde ön sayfada başvuru eski İsveç Başbakanı Olof Palme'nin resmi ile birlikte "Palme'nin katili olarak gösterildi", iç sayfalardaki bir yazıda Güney Afrika istihbarat biriminden birinin kaynak olarak gösterildiği "Bir saniye bile düşünmeden öldürür" ifadelerine, ayrıca başvuru eski İsveç Başbakanı Olof Palme'nin kara para akladığı, uyuşturucu ve silah kaçakçılığı yaptığı gibi bilgilerine yer verilmiştir⁴⁶.

AİHM ilk olarak, haberde kullanılan ifadelerin ve başvuru eski İsveç Başbakanı Olof Palme'nin resimlerinin, özel hayat kapsamına girdiğini tespit etmiştir⁴⁷.

Sonrasında, başvuru eski İsveç Başbakanı Olof Palme'nin devlet tarafından yapılan bir müdahaleden değil devletin yeterli derecede özel yaşam hakkını korumadığından şikâyet ettiğini belirten Mahkeme, devletin müdahale etmeme yükümlülüğünün bulunmasının yanı sıra bireyler arası ilişkilerde dahi devletin, özel hayata saygı hakkı kapsamındaki pozitif yükümlülüklerle dahil olan önlemleri alması gerektiğinin altını çizmiştir⁴⁸.

Mahkeme ayrıca, başbakanın öldürülmesi konusunun toplumun ilgisini çeken bir konu olduğunu, bu nedenle bu konunun incelenmesinde kamu yararı olduğunu belirtmiş ve kamu yararını içeren bir konuda yapılan haberin adil dengeyi başvuru eski İsveç Başbakanı Olof Palme'ye bozmadığına değinmiş ve açıklanan tüm bu nedenlerden ötürü, başvuru eski İsveç Başbakanı Olof Palme'nin özel yaşam hakkı kapsamında koruma altına alınan şeref ve itibar hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir⁴⁹.

⁴² *White/İsveç*, B. No: 42435/02, 19.09.2006, § 5.

⁴³ *White/İsveç*, § 5.

⁴⁴ *White/İsveç*, § 6.

⁴⁵ *White/İsveç*, § 8.

⁴⁶ *White/İsveç*, § 8.

⁴⁷ *White/İsveç*, § 19.

⁴⁸ *White/İsveç*, § 20.

⁴⁹ *White/İsveç*, §§ 29-30.

Başvurucunun Viyana Yahudiler Topluluğu'nun resmi dergisinde editör olduğu Pfeifer/Avusturya başvurusunda ise başvuru, Profesör P. isimli bir kişinin Yahudilerin 1933'te Almanya'ya savaş ilan ettiğini iddia eden ve Nazi rejiminin işlediği suçları önemsizleştiren makalesine cevap yazmıştır⁵⁰. Sonrasında Profesör P. intihar etmiştir. Bu intihardan sonra, Bay M., Zur Zeit gazetesi okurlarına bir mektup yazmış başvurucağı "avcı toplum"un bir üyesi olarak nitelemiş ve yazdığı yazı nedeniyle P'nin ölümüne neden olmakla suçlanmıştır⁵¹. Yerel mahkemeler, başvurucağı açtığı davayı reddetmiş ve Bay M.'nin kullandığı ifadenin ifade özgürlüğü sınırlarında kaldığına hükmetmişlerdir⁵².

Mahkeme, kamuoyu yararını ilgilendiren bir tartışma bağlamında bile olsa, bir kişinin itibarının, kişisel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçasını oluşturduğunu ve dolayısıyla özel hayat kapsamına girdiğini vurgulamıştır⁵³.

Karako/Macaristan kararında Mahkeme, aktif bir siyasetçi olan Bay Karakov'un aleyhine bir ifade içeren broşürdeki ifadenin, başvurucağı aday olduğu bir seçim kampanyası sırasında yapıldığını ve başvurucağı milletvekili iken yapmış olduğu faaliyetler hakkında bir eleştiri getirdiğini dolayısıyla kamu menfaatine yönelik bir tartışmaya katkı sağladığını, bu nedenle ifade özgürlüğü kapsamında korunması gerektiğini vurgulamıştır⁵⁴.

Petrenco kararında ise başvurucağı, üniversitede profesör ve Moldova Cumhuriyeti Tarihçiler Derneği başkanıdır. Başvurucağı mesleki olarak yetersiz olduğu, KGB ile işbirliği yaptığı ve bu sayede üniversitede kadro aldığı gibi ifadeler Moldova Hükümeti resmi gazetesinde yayımlanmıştır. AİHM, bu kararında uyuşmazlık konusu makalenin kamunun ilgisini çeken bir tartışma bağlamında yayınlandığını belirtmiştir⁵⁵.

Mater/Türkiye kararında ise başvurucağı "Mehmedin Kitabı, Güneydoğuda Savaşmış Askerler Anlatıyor" başlıklı bir kitap yayınlamıştır. Bu eser, 1984 ve 1998 yılları arasında olağanüstü hal ilân

⁵⁰ Pfeifer/Avusturya, B. No: 12556/03, 15/11/2007, §§ 7-8.

⁵¹ Pfeifer/Avusturya, § 11.

⁵² Pfeifer/Avusturya, § 14.

⁵³ Pfeifer/Avusturya, § 35.

⁵⁴ Karako/Macaristan, B. No: 39311/05, 28/4/2009, § 27.

⁵⁵ Petrenco/Moldova, B. No: 20928/05, 30/3/2010, § 50.

edilen Güneydoğu'da askerliğini yapmış kırk iki eski askerin anılarını anlatmaktadır. Kitabın ilk sayfalarında başvuru, kitaba verdikleri destek için John D. & Catherine T. Mac Arthur Vakfı'na teşekkür etmiştir. Kitabın yazarı ve yayıncısı hakkında Türk Silahlı Kuvvetlerini tahkir ve tezyif ettikleri iddiasıyla dava açılmış, ancak yazar beraat etmiştir⁵⁶.

Hürriyet Gazetesinde Emin Çölaşan tarafından 25, 26, 27, 28, 29 ve 31 Temmuz 2001 ve 2, 5 ve 7 Ağustos 2001 tarihlerinde başvuru hakkında bir yazı dizisi yayınlanmıştır. Mahkeme, ordunun Türkiye'nin güney doğusunda PKK'ya karşı verdiği mücadeleyle ilgili olan, yayınlandıktan sonra basın tarafından da haber konusu yapılan ve ateşli tartışmalara sebep olan bir kitabın içeriği hakkında yazıldıkları için dava konusu yazıların genel kamu yararını ilgilendiren güncel konulara ilişkin olduğunu belirtmiştir⁵⁷.

Hoon kararında eski bir bakan olan başvuru, potansiyel iş ortağı kılığına giren bir gazeteci tarafından başvuru yakalamak için yapılan gizli bir operasyona dâhil edilmiş ve bunun sonucu meclis yetkililerinin başvuru hakkında soruşturma açmışlardır⁵⁸. Sonrasında olayla ilgili ayrıntılar, bir gazetede ve televizyondaki bir belgeselde yayınlanmıştır.

Mahkeme, başvurunun bakan olduğu zamanki eylemleri hakkındaki şikâyete yönelik olarak gerçekleştirilen meclis soruşturmasının sonucundan haberdar olma konusunda, toplumun meşru bir kamu yararı bulunduğunu ifade etmiştir⁵⁹. Eğer, gerçekleşen işlemler kamuya açık olmasaydı, meclis soruşturmasının zarar görebileceğini belirtmiştir⁶⁰. Başvurunun haberi yayımlayan gazete ve televizyona karşı dava açma imkânı bulunduğunu hatırlatan Mahkeme, başvurunun şeref ve itibarının zedelendiği iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir⁶¹.

Başvurunun eski Sovyet lideri Stalin'in torunu olduğu Dzhugashvili kararında, gazetede kamu nezdinde önem arz eden tarihi bir konu olan Polonyalı savaş esirlerinin infazını konu alan Katyn trajedisi ile ilgili bir makale yayınlanmıştır. Mahkeme, bu olayda Stalin'in

⁵⁶ *Mater/Türkiye*, B. No: 54997/08, 16.07.2013, §§ 8-9.

⁵⁷ *Mater/Türkiye*, § 58.

⁵⁸ *Hoon/Birleşik Krallık*, B. No: 14832/11, 13.11.2014, §§ 1-9.

⁵⁹ *Hoon/Birleşik Krallık*, § 36.

⁶⁰ *Hoon/Birleşik Krallık*, § 37.

⁶¹ *Hoon/Birleşik Krallık*, §§ 39-40.

de dahil olduğu tarihi kişiliklerin üstlendiği iddia edilen rollerin ve bu kişilerin sorumluluklarının tartışılmasının toplumu ilgilendiren bir konu olduğuna ve bu kişilerin kamu denetimi ve eleştirisine açık olduğuna hükmetmiştir⁶².

Kaboğlu ve Oran kararında ise, başvurular 2002 yılında insan haklarıyla ilgili konularda hükümete görüşler, tavsiyeler, teklifler ve raporlar sağlamakla görevli olan İnsan Hakları Danışma Kurulu üyesi olarak görevlendirilmişlerdir⁶³. 2004 yılında konsey bünyesinde, Türkiye’de azınlık haklarının korunmasına ilişkin mevcut yasa ve uygulamalardan, özellikle de bu tür konulardaki mevcut zihniyette temel bir değişiklik öneren ve homojen ve tek kültürlü bir toplumdan çok kimlikli, çok kültürlü, demokratik, liberal ve çoğulcu bir topluma doğru geçişi öneren fikirler ve öneriler nedeniyle ayrılan bir rapor yayınlanmıştır⁶⁴.

Mahkeme, içeriği hararetli kamuoyu tartışmalarına yol açan, medyada geniş kapsamlı olarak yer alan raporun Türkiye’de azınlık hakları ve kültürel haklar alanında karşılaşılan sorunlara çözüm önerileri getiren, homojen ve tek kültürlü bir ulus fikrinden çağdaş Avrupa demokrasisi tarafından benimsenen çok kimlikli, çok kültürlü, demokratik, liberal ve çoğulcu bir toplum anlayışına geçişi savunan bir rapor olduğunun altını çizerek raporla ilgili yazıların kamusal yarar yönelik bir tartışma katkı sağladığını belirtmiştir⁶⁵.

2. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Açıklamanın Kamuoyu Yararına İlişkin Bir Tartışmaya Sağladığı Katkı

İfade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkı arasında denge kurmak için AYM’nin kullandığı ölçütler AİHM ile benzer olup AYM tarafından ilk olarak yayımlanan haberin, kamu yararına yönelik bir tartışmaya yapacağı katkı incelenmektedir. Ancak, kamusal bir tartışma bağlamında ve yayımlanan yazılar nedeniyle eleştirilmiş olsa bile bir kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve Anayasanın 17. maddesi kapsamında koruma altındadır⁶⁶.

AYM, ifadelerin genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp

⁶² *Dzhugashvili/Rusya*, B. No: 41123/10, 9/12/2014, § 35.

⁶³ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, B. No: 1759/08, 50766/10 & 50782/10, 30/10/2018, § 6.

⁶⁴ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 9.

⁶⁵ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 75.

⁶⁶ *İlhan Cihaner(2)*, § 44.

sağlamadığının yazının içeriğine ve somut olayın koşulları incelendiğinde anlaşılacağını ve ifadenin işlenen suçlarla ya da siyasi konularla ilgili olduğu durumda genel yarara ilişkin olduğunun kabul edilebileceğini belirtmiştir⁶⁷.

İlhan Cihaner kararında, başvuru olay tarihinde Erzincan Savcısıdır. Başvuru hakkında ulusal düzeyde yayın yapan Yeni Şafak Gazetesi'nde "Savcı Boğazına Kadar Batmış" başlıklı bir haber yayınlanmış, haberde başvuru Ergenekon'a üye olmakla suçlandığı, savcının cemaatlere komplo kurmak için MİT ile görüştüğü gibi ifadelerle yer verilmiştir⁶⁸. AYM, gazete haberinin Ergenekon soruşturma süreci ile birlikte değerlendirildiğinde, kamusal nitelikli bir tartışmaya katkı sunduğu sonucuna ulaşmıştır⁶⁹.

Çöp evle ilgili haber yapılmasıyla ilgili D.Ö kararında⁷⁰ ise, AYM, konu insan sağlığını yakından ilgilendirdiği için haberin toplumun genel yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağladığı belirtilmiştir⁷¹.

Süleyman Ezendemir başvurusunda⁷² ise, Hürriyet Gazetesi'nin 20/4/2012 tarihli nüshasında, gazeteci Yılmaz Özdil'in "Doktor" başlıklı köşe yazısında başvuru hakkında "Yurtsever Devrimci Gençlik Derneği üyesi Sinan Suner, Sovyetler'in Afganistan'ı işgalini protesto etmek için Ankara'nın Yukarı Ayrancı semtinde afişleme yapıyordu. Sağlık Bakanı Cengiz Gökçek'in koruması Süleyman Ezendemir oradan geçiyordu, çaktı tabancasını, ateş etti, ODTÜ öğrencisi Sinan'ı öldürdü." ifadelerine yer verilmiştir⁷³.

Yazıda, bir doktorun hasta yakınları tarafından öldürüldüğü şiddet olaylarından hareketle, geçmişte yaşanan şiddet olaylarından örnekler verilmiş ve devletin adaleti sağlayamadığı eleştirisi yapılmıştır⁷⁴. Ayrıca AYM, yazının asıl hedefinin başvuru değil, devletin adalete yönelik politikalarını eleştirmek olduğunun altını çizmiştir⁷⁵.

⁶⁷ İlhan Cihaner(2), § 67.

⁶⁸ İlhan Cihaner(2), §§ 8-9.

⁶⁹ İlhan Cihaner(2), § 81.

⁷⁰ D.Ö(2), B. No: 2014/1291, Karar Tarihi: 13/10/2016.

⁷¹ D.Ö(2), § 73.

⁷² Süleyman Ezendemir, B. No: 2014/20285, 20/12/2017.

⁷³ Süleyman Ezendemir, § 34.

⁷⁴ Süleyman Ezendemir, § 31.

⁷⁵ Süleyman Ezendemir, § 32.

Bu nedenle haberdeki, devletin adaleti sağlamaması ve bu nedenle ülkede şiddet olaylarının artması eleştirisi kamusal yarara ilişkin bir tartışmaya yöneliktir⁷⁶.

Öğretim üyesi olan Ali Galip Baltaoğlu kararında, başvuru ile arasında husumet bulunan eski rektör tarafından bir yerel gazetede, başvuru üniversiteye açtığı davalar ve başvuru akademik hayatta ilerleyemediği vb. iddialar barındıran bir köşe yazısı yazılmıştır⁷⁷. Mahkeme, yazarın köşe yazısında Türkiye'deki akademisyenlerin yetersiz akademik üretim yapmalarını, başvurudan hareketle verilen örneklerle açıkladığını ve bu konunun toplumun bilgilendirilmesine ve genel yarar nitelikli tartışmalara katkı sağladığından hareketle Yargıtay'ın yazının eleştiri sınırları dahilinde kaldığı yönündeki bozma kararını isabetli bularak başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir⁷⁸.

Başvurucunun avukat olduğu ve hakkında yerel bir haber sitesinde mesleki faaliyetleri kapsamında resmi belgede sahtecilik ve dolandırıcılık nedeniyle tutuklanmasını anlatan "Antalya'da müvekkilini dolandıran avukat tutuklandı" başlıklı bir haber yapılan ve başvuru isminin haberde İ.D. kararında⁷⁹ ise AYM, yerel bir haber sitesi sahibi olan davalıların bir avukatın mesleğiyle bağlantılı olarak işlediği suç nedeniyle hakkında yürütülen adli sürecin haberini yapmalarının doğal olduğunu, hatta kamunun da bu süreçle ilgili bilgi edinme hakkının bulunduğunu belirtmiştir⁸⁰.

İbrahim Özden Kaboğlu kararında başvuru başkanlığı yaptığı Başbakanlık İnsan Hakları Danışma Kurulu'nun azınlıklarla ilgili yayınlamış olduğu rapor "Türkiyelilik" üst kimliği çerçevesinde vatandaşlık tarifini Anayasa'dan farklı yapması, resmî dil konusundaki önerileri nedeniyle kamuoyunda fazlaca tartışılmıştır⁸¹. AYM de AİHM'e benzer şekilde, rapora karşı yazılan, başvuru şeref ve itibarını zedelediğini iddia ettiği makalenin de bu tartışmada görüş bildirme amacı taşıması nedeniyle kamusal bir tartışmaya katkı sağladığını ifade etmiştir⁸².

⁷⁶ Süleyman Ezendemir, § 31.

⁷⁷ Ali Galip Baltaoğlu(3), B. No: 2015/813, 31/10/2018, § 9.

⁷⁸ Ali Galip Baltaoğlu(3), § 30.

⁷⁹ İ.D, B. No: 2015/15955, 31/10/2018, §§ 6-8.

⁸⁰ İ.D, § 36.

⁸¹ İbrahim Özden Kaboğlu, B. No: 2015/18503, 30/5/2019, §§ 17-21.

⁸² İbrahim Özden Kaboğlu, § 51.

Kemal Kılıçdaroğlu ve CHP (Cumhuriyet Halk Partisi) başvurusunda ise, başvuruçular Akit Gazetesinde yayınlanan “Demedim mi Ben Size, Kılıçdaroğlu Bir Proje’dir” başlıklı yazı ile “CHP Cami Düşmanı” başlıklı haberlerin yanlış olduğunu, kamuoyunu aldatıcı nitelik taşıdığını, şeref ve itibarın korunması haklarının ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir⁸³.

CHP ile ilgili yapılan haberde yazar, “CHP’li Antalya Büyükşehir Belediye Başkanı M. A., Yenidoğan Mahallesi’ndeki Otogar Camii yapılması için ayrılan araziye, plan değişikliği yaparak ‘ticari alan’a dönüştürdü. CHP’li Çankaya Belediye Başkanı M. E. ise Yıldız Evler Mahallesi’nde bulunan ve yeniden inşasına başlanan 29 yıllık Köşk Camii’nin inşaatını mühürledi.” gibi örnekler vererek CHP’li belediye başkanlarının yaptığı işlemler yoluyla CHP’nin din düşmanı olduğu iddiasını kamuoyuna aktarmaya çalışmıştır⁸⁴.

Kılıçdaroğlu ile ilgili yazılan yazıda ise, “Kaset artığı Kılıçdaroğlu” ifadesi kullanılarak, başvuruçunun genel başkan olmasından önceki olaylar ve konuyla ilgili Amerika-İsveç menşeli bir araştırma şirketinin raporundan bahsedilmiştir⁸⁵. AYM, CHP ile ilgili yapılan haberin çoğunluğu Müslüman olan bir ülkede güncel nitelik taşıdığını ve habere yönelik toplumsal ilginin var olduğunu belirtmiştir⁸⁶. Kılıçdaroğlu ile ilgili yapılan haberle ilgili olarak ise AYM, yazı içeriğinin ana muhalefet partisi liderinin siyasi kariyerini hedef alması, CHP’nin Kılıçdaroğlu başkan olduktan sonraki oy oranını incelemesi gibi nedenlerden ötürü yazının genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağladığını tespit etmiştir⁸⁷.

Başvuruçunun bir bakanlıkta görevli olduğu N. Ö. kararında ise, başvuruçunun hakkında ulusal ölçekteki bir gazetede “Aldatmadan Sorumlu Müdür” başlıklı bir haber yayınlanmıştır⁸⁸. Haberde başvuruçunun eşinin boşanma davasına sunmuş olduğu fotoğraflardan, videolardan ve mesajlardan bahsedilmiştir⁸⁹. AYM, haberin yapıldığı tarihte Kadın ve Aileden Sorumlu Devlet Bakanlığında görev yapan bir kamu görevlisi olan başvuruçunun hakkında yapılan habere toplumun ilgi göstereceğini belirtmiştir⁹⁰.

⁸³ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/12482, 8/5/2019, §§ 10-15.

⁸⁴ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 12.

⁸⁵ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, §§ 43-44.

⁸⁶ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 39.

⁸⁷ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 43.

⁸⁸ N. Ö., B. No: 2016/1152, 4/7/2019, §§ 7-9.

⁸⁹ N. Ö., § 9.

⁹⁰ N. Ö., § 29.

Mehmet Özhaseki kararında başvuru, ana muhalefet partisi lideri Kemal Kılıçdaroğlu'nun bir mitinginde kullanmış olduğu "Kayseri Büyükşehir Belediyesinde rüşvet defterini gönderdik beyefendiye. Bir taraftan Cumhurbaşkanı, bir taraftan Başbakan kefil oldu. Başbakanın yandaşıysan çal çalabildiğin kadar. Yoldaşıysan soy soyabildiğin kadar. Özgürsün, ne müfettiş gelir ne denetçi. Bunlar zaten büyük götürüyorlar, büyük götürmeye alışmışlar. Neden yolsuzluğu meşrulaştırıyorsun oralarda ..." şeklindeki ifadelerin kendisini hedef aldığını ve şeref ve itibarını zedelediğini iddia etmiştir⁹¹.

AYM, bu kararında olaya konu olan sözlerin, bir büyükşehir belediyesinde gerçekleştiği iddia edilen yolsuzluk iddialarına ilişkin olduğunu ve bu nedenle genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağladığını belirtmiştir⁹².

B. İLGİLİ KİŞİNİN TANINIRLIĞI, TOPLUMDAKİ ROLÜ VE İŞLEVİ

AİHM, şeref ve itibar hakkının ifade özgürlüğü ile çatıştığı durumlarda sıradan bireyler ile siyasileri ayırmakta ve siyasiler söz konusu olduğunda eleştiri sınırlarını geniş tutmaktadır⁹³. Kamu tarafından tanınmayan bir kişi kişisel itibarına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahipken, kamu tarafından tanınan bireyler için koruma alını sıradan kişilerde olduğu kadar geniş değildir⁹⁴. Resmi bir görevi yerine getiren siyasi kişilikler hakkında yapılan haber ile böyle bir görev yerine getirmeyen, sıradan bir kişinin özel hayatıyla ilgili detaylar üzerine yapılan bir haber özel yaşama saygı hakkının kapsamı bakımından aynı değildir⁹⁵.

Ancak, haber kamuoyu tarafından tanınan kişilerin özel yaşamlarının detaylarını gözler önüne seriyorsa ve sadece halkın merakını gideriyorsa bu konuda bir kamu menfaatinde bahsedilmez⁹⁶, dolayısıyla ifade özgürlüğü dar yorumlanmalıdır⁹⁷.

Eğer şeref ve itibarı zarar gören kişi bir kamu görevlisi ise farklı yorumlanması gerekmektedir. Kamu görevlileri siyasetçiler gibi özel

⁹¹ Mehmet Özhaseki, B. No: 2015/4972, 8/5/2019, § 6.

⁹² Mehmet Özhaseki, § 25.

⁹³ Uran, P. (2015). "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı", *TBB Dergisi*, C. 28, S. 120, s. 99.

⁹⁴ *Minelli v. Switzerland*, B. No: 14991/02, 14/6/2005.

⁹⁵ *Von Hannover/Almanya*, § 63.

⁹⁶ Tezcan, D., Erdem, M. R., Sancakdar, O. ve Önok, R. M. (2018). *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 390.

⁹⁷ *Von Hannover/Almanya*, §§ 65-66.

yaşamlarını denetime açmadıkları gibi, emniyet amiri, vali, kaymakam vb. kamu görevlileri ve AİHM'e göre özellikle yargı mensupları⁹⁸ bu anlamda siyasi kişiliklerden ve sıradan vatandaşlardan farklı bir yerde konumlandırılmış olup görevleri gereği kamu güvenine sahip olmaları gerekmektedir, bu nedenle asılsız suçlamalara karşı korunmaları gerekir⁹⁹.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İlgili Kişinin Tanınırlığı, Toplumdaki Rolü ve İşlevi

Başvurucunun Monako Prensesi olduğu Von Hannover kararında AİHM, başvurucunun herhangi bir resmi görevi olmamasına rağmen kraliyet ailesine mensup olması nedeniyle Alman Mahkemeleri tarafından “topluma mal olmuş kişiler” kategorisine konmasını eleştirmiş ve başvurucunun resmi görevi olmaması nedeniyle özel yaşam hakkının dar yorumlanmaması gereken özel kişilerden olduğunu belirtmiştir¹⁰⁰. Ancak belirtmek gerekir ki başvuru, Prens Rainer'in ailesi'nin bir mensubu olarak “Prenses Grace Vakfı”, “Monako Prensi Pierre Vakfı” gibi bazı yardım ve kültür amaçlı vakıfların başkanlığını yürütmekte ve ayrıca Kızılhaç Balosu, Uluslararası Sirk Festivali'nin açılışı gibi olaylarda da Kraliyet ailesini temsil ettiğinden başvurucunun resmi görevi olmadığı yönündeki bu tespiti isabetli değildir.

Ayrıca Mahkeme “Benzer şekilde, halkın bilgilendirilme hakkı olmakla birlikte, demokratik toplumlarda temel olan bu bilgilendirilme hakkı (özellikle siyasiler söz konusu olduğunda) bazı özel durumlarda kamuoyunda tanınan kişilerin özel hayatlarına ilişkin olayları da kapsayabilmektedir. Buna karşın görülmekte olan bu davada dava konusu bu değildir.” şeklinde değerlendirme yapıp, başvurucuyu kamuoyunda tanınan kişi olarak değerlendirmeyerek, başvurucunun özel hayatını kapsamadığını ifade etmiştir¹⁰¹. Ancak mahkeme kamuoyunda tanınan kişilerin de özel yaşama saygı haklarının korunması hususunda “meşru beklenti”ye sahip olabileceklerinin altını çizmiştir¹⁰².

⁹⁸ Kozłowski, D. “For The Protection of the Reputation or Rights of Others”: The European Court of Human Rights' Interpretation of The Defamation Exception in Article 10(2)”, *II Comm. L. & Pol'y* 133, s.148.

⁹⁹ *Lesnik/Slovakya*, B. No: 35640/97,11/06/2003, § 53.

¹⁰⁰ *Von Hannover/Almanya*, § 72.

¹⁰¹ *Von Hannover/Almanya*, § 64.

¹⁰² *Von Hannover/Almanya*, § 69.

White kararında ise başvuran Güney Afrika'da ve hayvanların korunması ve doğanın korunması için kurulan örgütlerin temsilcileri arasında tanınan bir kişi olduğundan ve dolayısıyla özel yaşamının korunması konusunda sıradan bir kişi gibi değerlendirilemeyeceği belirtilmiş, bu unsur da başvuranın özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesinde etkili olmuştur¹⁰³.

Başvurucunun "Mehmedin Kitabı" adlı kitabın yazarı olduğu Mater kararında ise Mahkeme başvuranın kamuoyu tarafından tanınan bir kimse olduğunu ve tanınmışlığının "Mehmedin Kitabı" adlı kitabın yayınlanması ile daha da arttığını belirtmiştir¹⁰⁴. Başvuranın özel yaşam hakkının ihlal edilmediğine hükmedilmesinde kamuoyu tarafından tanınmış bir kişi olarak kabul edilmesinin de etkisi olmuştur¹⁰⁵.

Kaboğlu ve Oran kararında AİHM, başvuranların insan hakları konusunda uzmanlaşmış üniversite profesörleri olduğunu ve söz konusu vakitte hükümete insan hakları konularında tavsiyelerde bulunmaktan sorumlu bir kamu kurumu olan İnsan Hakları Danışma Konseyi'ne üye olarak atandıklarını gözlemlemiştir¹⁰⁶. Mahkeme, başvuranlara yönelik eleştirilerin, başvuranların Konsey'deki görevleri bağlamında yaptıkları çalışmaya dayanması nedeniyle başvuranları fazla tolerans göstermesi gereken siyasi figürler olarak görmemiştir¹⁰⁷.

Petrenco kararında Mahkeme, Moldova Cumhuriyeti Tarihçiler Derneği Başkanı olan başvurucunun kamusal figür olduğunu, bu nedenle sıradan bir vatandaşa oranla eleştirilere karşı daha toleranslı olması gerektiğinin altını çizmiştir¹⁰⁸. Bu nedenle başvurucunun KGB ile ilişkisi olduğu, bu nedenle üniversitede kadro alabildiği gibi ifadeler genel üslup nedeniyle başvuranın şeref ve itibarını zedelemiş sayılmaz¹⁰⁹. Fakat, Mahkemeye göre, bu iddiaların yazarın kurgusu olmasına rağmen kanıtlanmış bir olay gibi ifade edilmesi başvurucunun şeref ve itibar hakkını ihlal etmiştir¹¹⁰.

¹⁰³ *White/İsveç*, § 28.

¹⁰⁴ *Mater/Türkiye*, § 58.

¹⁰⁵ *Mater/Türkiye*, § 58.

¹⁰⁶ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 6.

¹⁰⁷ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 74.

¹⁰⁸ *Petrenco/Moldova*, § 60.

¹⁰⁹ *Petrenco/Moldova*, § 66.

¹¹⁰ *Petrenco/Moldova*, §§ 67-68.

Başvurucunun eski Sovyet lideri Stalin'in torunu olduğu Dzhugashvili kararında Mahkeme, başvuranın büyükbabası gibi tarihte önemli rol oynamış kişilerin kamuoyu denetimi ve eleştiri ile karşı karşıya kalabileceklerini belirtmiştir¹¹¹. Stalin'in tarihi rolü, kişiliği ve yaptığı işler bakımından kamu denetimine ve eleştiriye daha fazla açık olması gerektiğine kanaat getiren Mahkeme makalelerde yer verilen ifadelerin kabul edilebilir eleştiri sınırları içinde kaldığına ve başvurucunun şeref ve itibarının zedelendiği iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir¹¹².

2. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında İlgili Kişinin Tanınırlığı, Toplumdaki Rolü ve İşlevi

Başvurucunun olay tarihinde Erzincan Cumhuriyet Başsavcısı olduğu İlhan Cihaner kararında, başvurucunun Ergenekon Soruşturması kapsamında tutuklanması gibi olaylar ve sonrasında çıkan gazete haberi göz önünde bulundurulduğunda az bilinen bir kişi olmadığı tespit edilmiştir¹¹³. Ancak, başvurucunun savcı olması nedeniyle tıpkı diğer kamu görevlileri gibi kamunun güvenine sahip olması gerekmektedir¹¹⁴.

AYM'ye göre, demokratik toplumlarda halkın yargı mensuplarını eleştirme hakkı olsa da, bu eleştirilerin kişilerin şeref ve itibarını zedeler nitelikte olmaması ve devletin kamu görevlilerini asılsız suçlamalardan koruması gerekmektedir¹¹⁵.

AYM'nin daha sonraki bir tarihte verdiği Kasım İlimoğlu kararında da başvuru Cumhuriyet Savcısıdır¹¹⁶. AYM, başvurucunun terör suçlarından soruşturma geçiren B.D isimli siyasetçiyle ilişkisi olduğu ve bu kişiyi kurtarmak için soruşturmada görevlendirildiği yönündeki iddia konusunda da adalet sisteminde görev alan Cumhuriyet Savcılarını asılsız suçlamalardan korumanın devletin görevlerinden olduğunu, devletin bu konudaki pozitif yükümlülüklerine uymadığını belirterek önceki içtihadını korumuştur¹¹⁷.

¹¹¹ *Dzhugashvili/Rusya*, §§ 30-32.

¹¹² *Dzhugashvili/Rusya*, §§ 35-36.

¹¹³ *İlhan Cihaner*, § 82.

¹¹⁴ *İlhan Cihaner*, § 83.

¹¹⁵ *İlhan Cihaner*, §§ 83-84.

¹¹⁶ *Kasım İlimoğlu(2)*, B. No: 2015/14545, 29/11/2018.

¹¹⁷ *Kasım İlimoğlu(2)*, § 45.

Ancak, başvurusunun eski sağlık bakanının koruması olduğu ve bir köşe yazısında bir genci öldürmekle suçlandığı Süleyman Ezendemir başvurusunda AYM, başvurusunun olay tarihinde kamu görevlisi olduğunu, bu nedenle köşe yazısının ifade özgürlüğü yönünden yararlanacağı korumanın geniş olması gerektiğini belirtmiştir¹¹⁸. Bu kararla AYM ifade özgürlüğünün kamu görevlileri söz konusu olduğunda daha dar yorumlanması gerektiği yönündeki görüşüne¹¹⁹ aykırı bir yaklaşım sergilemiştir.

Osman Oktay Ekşi kararında ise başvuru, 2010 yılına kadar Hürriyet Gazetesinin başyazarı olarak görev yapmış, 2011 seçimlerinde CHP İstanbul milletvekilliğine seçilmiştir¹²⁰. Başvuru, bu gazetede 28/10/2010 tarihinde “Az demişiz” başlıklı bir yazı yayınlamış, bu yazıda Çevre Bakanı Veysel Eroğlu özelinde hükümeti eleştirmiştir¹²¹. Yazının taşra için yapılan baskısının sonunda “*Şimdi analarını bile satan o zihniyetin marifetlerini görüyoruz.*” demiştir¹²².

Davalı Recep Tayyip Erdoğan, Kemal Kılıçdaroğlu’nun bir mitingde kendisi hakkında sarf ettiği sözlerden sonra “*CHP’nin bir gazetesinin edepsiz başyazarını neden transfer ettiği şimdi çok iyi anlaşılıyor... Meğer daha iyi küfretmek, daha iyi hakaret etmek, daha galiz sözler kullanmak için transfer etmişler...*” şeklinde bir ifade kullanmıştır¹²³. AYM, başvuru Oktay Ekşi’nin kamuoyu tarafından tanınan bir siyasetçi ve gazeteci olduğunun altını çizerek, başvurucuya karşı yapılacak eleştirinin sınırlarının daha geniş olduğunu vurgulamıştır¹²⁴. Bu nedenle, başvurusunun kendisine yöneltilen eleştirilere sade vatandaşlara oranla daha hoşgörülü yaklaşması gerekmektedir¹²⁵.

Başvurusunun akademisyen olduğu Ali Galip Baltaoğlu kararında başvuru ile arasında husumet olan eski rektör yazdığı gazete yazısında, başvurusunun dil puanının yeterli olmadığı, akademik eser vermediği

¹¹⁸ Süleyman Ezendemir, § 33.

¹¹⁹ Bkz: Kasım İlimoğlu(2), § 45, İlhan Cihaner, §§ 83-84.

¹²⁰ Osman Oktay Ekşi, B. No: 2014/3092, 27/12/2017, § 9.

¹²¹ Osman Oktay Ekşi, § 10.

¹²² Osman Oktay Ekşi, § 11.

¹²³ Osman Oktay Ekşi, § 16.

¹²⁴ Osman Oktay Ekşi, § 37.

¹²⁵ Osman Oktay Ekşi, § 37.

vb. iddialara yer vermiştir¹²⁶. AYM, bu kararda başvuran kişinin akademisyen olması nedeniyle akademik camiadan gelen eleştirilere daha açık olması gerektiğinin altını çizmiştir¹²⁷.

Başvurucunun emekli bir albay olduğu İlyas Çınar kararında, başvuru hakkında ulusal bir televizyonda başvurunun Ergenekon üyesi olduğuna dair yapılan bir haber yapılmış ve haber eşliğinde başvurunun emniyetten çıkış görüntüleri yayınlanmıştır¹²⁸.

Başvurucunun emekli bir albay olduğunun ve siyasetçi ya da aktif bir kamu görevlisi olmadığına altını çizen AYM, eleştiriye katlanma yükümlülüğünün toplum tarafından tanınan bir kişi kadar olmadığını belirtmiştir¹²⁹. Ancak, haberin konusu gereği basın özgürlüğünün geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiştir¹³⁰.

İbrahim Özden Kaboğlu kararında ise başvuru, yazar Y.D tarafından kaleme alınan çeşitli makalelerde kendisi hakkında kullanılan “AB mandacısı”, “Ermenilerden özür dileyecek kadar pusulayı şaşırması AB hibecisi”, “Vatanın savunması hainlerin anlayacağı dilden yapılacaktır” gibi ifadelerin kendisinin kişilik haklarını zedelediği iddiasıyla tazminat davası açmıştır¹³¹. İlk derece mahkemesi başvurunun iddiasını kabul etmiş ancak Yargıtay bu ifadelerin basın özgürlüğü kapsamında kabul edilmesi gerektiğini belirterek ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur¹³². Mahkeme, bozma kararına uyarak yaptığı yargılamada kullanılan ifadelerin ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmesi gerekmesiyle tazminat davasının reddine karar vermiştir¹³³.

AYM, başvurunun bir hukuk profesörü olarak tanınırlığı yüksek bir kişi olduğunun ve 2004-2005 yılları arasında Başbakanlık Danışma Kurulu Başkanı olmasının bu tanınırlığı arttırdığının altını çizmiştir¹³⁴. Ancak, başvurunun kamusal yetki kullanan bir kişi olmadığına ve kullandığı ifadeleri siyasetçi olarak dile getirmediğini vurgulamıştır¹³⁵.

¹²⁶ *Ali Galip Baltaoğlu*(3), § 28.

¹²⁷ *Ali Galip Baltaoğlu*(3), § 29.

¹²⁸ *İlyas Çınar*, §§ 6-7.

¹²⁹ *İlyas Çınar*, § 29.

¹³⁰ *İlyas Çınar*, § 31.

¹³¹ *İbrahim Özden Kaboğlu*, § 10.

¹³² *İbrahim Özden Kaboğlu*, § 11.

¹³³ *İbrahim Özden Kaboğlu*, § 12.

¹³⁴ *İbrahim Özden Kaboğlu*, § 47.

¹³⁵ *İbrahim Özden Kaboğlu*, § 47.

Kemal Kılıçdaroğlu ve CHP kararında AYM, başvuruçuların ana muhalefet partisi ve bu partinin başkanı olmaları nedeniyle kendilerine yöneltilen eleştirilere karşı cevap verme konusunda oldukça geniş imkâna sahip olduklarını ve konumları gereği kendilerine karşı ağır eleştirilerde bulunulabileceğini öngörmeleri ve demokratik çoğulculuk açısından bunlara daha fazla tahammül etmeleri gerektiğini belirtmiştir¹³⁶.

Anayasa Mahkemesi de AİHM içtihadına paralel olarak siyasetçilerin, kamuoyunca tanınan kişilerin ve kamu görevlilerinin daha fazla eleştiriye katlanmaları gerektiğini kararlarında¹³⁷ vurgulamaktadır. Bunun yanı sıra, seçmenlerini temsil eden, onların taleplerini aktaran seçilmiş kişiler için ifade özgürlüğünün önemi oldukça büyüktür¹³⁸. Bu nedenle, AYM'ye göre, eleştiriye katlanma yükümlülüğü fazla olan siyasetçilerin, ifade özgürlüğünü kullanmada da sınırları aynı ölçüde geniş olmalıdır¹³⁹.

Başvuruçunun olay tarihinde Kayseri Büyükşehir Belediyesi başkanı olarak görev yaptığı Mehmet Özhaseki kararında ise, ifadeleri dile getiren kişi ana muhalefet partisi genel başkanı konumundaki bir siyasetçi olduğu için, ifade özgürlüğünün alanı oldukça geniş tutulmalıdır¹⁴⁰. Bir belediyede yaşanan yolsuzluğa ilişkin tüm bu ifadeler, AYM'ye göre, demokratik siyasetin bir sonucudur¹⁴¹. Tüm bu açıklanan nedenlerden ötürü AYM, başvuru konusu olayda şeref ve itibar hakkının ihlal edilmediği açık olduğundan başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir¹⁴².

C. BİLGİLERİN ELDE EDİLME KOŞULLARI VE GERÇEKLİĞİ

Bilgilerin gerçekliğini tespit edebilmek için öncelikle kullanılan ifadenin değer yargısı olarak mı yoksa maddi olguların açıklanması mı olduğu tespit edilmelidir. Maddi olguların ispatı mümkünken değer yargılarının gerçekliğini ispatlamak mümkün değildir¹⁴³. Bununla

¹³⁶ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 37.

¹³⁷ Siyasetçilerle ilgili bkz. *Ergün Poyraz* (2), B. No: 2013/8503, 27/10/2015, kamusal yetki kullanan görevlilerle ilgili bkz. *Nilgün Halloran*, B. No: 2012/1184, 16/7/2014.

¹³⁸ *Mehmet Özhaseki*, § 23.

¹³⁹ *Mehmet Özhaseki*, § 23.

¹⁴⁰ *Mehmet Özhaseki*, § 27.

¹⁴¹ *Mehmet Özhaseki*, § 27.

¹⁴² *Mehmet Özhaseki*, § 30.

¹⁴³ *İlhan Cihaner*, § 64.

birlikte, AİHM'e göre, değer yargıları da yeterli olgusal bir temel üzerine kurulmalıdır¹⁴⁴.

En basit şekilde ifade etmek gerekirse, bir gerçeğin ifadesi veya bir değer yargısı için herhangi bir olgusal dayanağın tamamen bulunmaması durumunda Mahkeme, davacıların itibarı hakkından yana olmuştur¹⁴⁵.

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Bilgilerin Elde Edilme Koşulları ve Gerçekliği

Tarafların mevcut davalardaki argümanlarının çoğu, konuyla ilgili metnin bir olgunun açıklanması veya değer yargısı olarak nitelendirilmesiyle ilgilidir¹⁴⁶. Bu bağlamda, AİHM, gerçeklerin varlığının ispat edilebilmesine karşın, değer yargılarının doğruluğunun ispat edilemez olduğunu tekrar etmektedir¹⁴⁷. Bir ifadenin bir değer yargısı niteliğinde olduğu durumlarda, ifadenin herhangi bir temeli olmaksızın aşırıya kaçıp kaçmadığına bakılmaktadır¹⁴⁸.

Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğünün kapsamına sadece rahatsız etmeyen bilgilerin değil aynı zamanda şok edici, rahatsız edici ve kısıtıcı ifadeler de girmektedir¹⁴⁹. Ancak, AİHM, gazetecilerin de haber yaparken görev ve sorumlulukları olduğunu, bu bağlamda güvenilir ve kesin bilgiye ulaşmaları gerektiğini hatırlatmaktadır¹⁵⁰.

Başvurucunun eski İsveç Başbakanını öldürdüğünün iddia edildiği gazete haberleriyle ilgili kararda Mahkeme, söz konusu haberlerin çoğunun başkalarının özellikle eski kıdemli Güney Afrika polisi Dirk Coetzee'nin iddialarından oluştuğunu tespit etmiştir¹⁵¹. İsveç Temyiz Mahkemesinin de belirttiği gibi, makaleleri yazan gazeteciler, bu iddiaları doğrulamak için gazeteci meslektaşları, kamu görevlileri ve çeşitli ülkelerdeki çeşitli kuruluşların temsilcileri ile iletişim kurmuşlar ve Anthony White'ın kim olduğunu güvenilir kaynaklardan kontrol edebilmek için yüksek bir tutkuyla çalışmışlardır¹⁵².

¹⁴⁴ Smet, S. (2010). s. 215.

¹⁴⁵ a.g.e. s. 215.

¹⁴⁶ Pfeifer/Avusturya, § 46.

¹⁴⁷ Pfeifer/Avusturya, § 46.

¹⁴⁸ Pfeifer/Avusturya, § 46.

¹⁴⁹ Gül, C. (2019). "AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri", *ERÜHFD*, C.14, S., s. 123, *White/İsveç*, § 21.

¹⁵⁰ *White/İsveç*, § 21.

¹⁵¹ *White/İsveç*, § 23.

¹⁵² *White/İsveç*, § 23.

Ayrıca, iki gazete de başvuru hakkındaki iddiaları reddeden kişilerin de ifadelerine yer vermiş, Expressen gazetesi başvuru ile bir röportaj yapmış, Aftonbladet başvurucuya, yazılan ifadeler hakkında yorum yapma fırsatı tanımıştır¹⁵³. Üstelik, gazeteciler tarafından verilen kanıtlara ek olarak, Temyiz Mahkemesi de Bay Coetzee'yi şahsen duymuş ve güvenilir bir kişi olduğunu tespit etmiştir¹⁵⁴. Bu şartlar altında, mahkemenin kapsamlı bir inceleme yaptığı ve söz konusu ifadelerin ve resimlerin yayınlanması için gazetelerin makul bir temeli olduğu sonucuna varılabilir¹⁵⁵.

Başvurucunun yazdığı bir eleştiri yazısı ile eleştirdiği kişiyi intihara sürüklediğinin iddia edildiği Pfeifer Kararı'nda her ne kadar yerel mahkemeler ifadelerin bir değer yargısı olduğunu söyleseler de Mahkeme, yazarın başvurucuyu cinayetle suçlarken, başvuru yazdığı yazı ile cinayet arasında nedensellik bağı kuracak herhangi bir delil sunmadığını tespit etmiştir¹⁵⁶. Kaldı ki ifade bir değer yargısı olarak kabul edilse bile, AİHM'e göre yeterli dayanaktan yoksundur¹⁵⁷. Bu nedenle, AİHM başvuru herhangi bir temele dayanmadan cinayetle suçlanmasının ifade özgürlüğünün sınırlarını aştığı kanaatine varmıştır¹⁵⁸.

Başvurucunun Türkiye'nin Güneydoğusunda PKK ile savaşan askerlerle yaptığı röportajlara yer verdiği bir kitap çıkardığı Mater kararında ise Hürriyet Gazetesi'nde Emin Çölaşan tarafından 25, 26, 27, 28, 29 ve 31 Temmuz 2001 ve 2, 5 ve 7 Ağustos 2001 tarihlerinde başvuru hakkında bir yazı dizisi yayınlanmıştır¹⁵⁹. Yazılarda, yazarın kitapta PKK'yı haklı gösterdiği, Mc Arthur Vakfı'nın CIA ile bağlantılı olduğu, vakfın yazara Türk ordusunu karalamak ve PKK'yı haklı çıkarmak için 59 bin dolar verdiği, kitabın Amerika'nın siparişi üzerine yazıldığı, yazarın Ertuğrul Kürkçü ile birlikte kurduğu BIA isimli insan haklarına ilişkin site için AB'den 770 bin Euro dolar hibe aldığı, kitapta Türk askerlerinin uyuşturucu bağımlısı olarak lanse edildiği, yazarın tüm bu iddialara cevap vermediği gibi ifadeler yer almaktadır¹⁶⁰.

¹⁵³ *White/İsveç*, § 23.

¹⁵⁴ *White/İsveç*, § 24.

¹⁵⁵ *White/İsveç*, § 24.

¹⁵⁶ *Pfeifer/Avusturya*, § 47.

¹⁵⁷ *Pfeifer/Avusturya*, § 48.

¹⁵⁸ *Pfeifer/Avusturya*, § 48.

¹⁵⁹ *Mater/Türkiye*, §§ 6-10.

¹⁶⁰ *Mater/Türkiye*, §§ 11-17.

Başvurucu tüm bunlara karşılık “Açıklamalar” başlıklı bir köşe yazısı yazmıştır¹⁶¹. Yazıda, yargılamadan beraat ettiğini, kitapta sadece aktarıcı rolü oynadığını, yargılama süresince ulusal ve uluslararası gazetecilik ve ifade özgürlüğü kuruluşlarının desteğinin yanında olduğunu, Mc Arthur Vakfı’nın ise gönderdiği proje sonucu kendisine burs verdiğini belirtmiştir¹⁶². Ayrıca, Avrupa Birliği’nin Türkiye temsilcisinin açıklamasının özeti ile kendilerinin CIA ile hiçbir ilişkileri olmadığını ifade eden Mac Arthur Vakfı’nın başkanının bir açıklamasının da özetine yer vermiştir¹⁶³.

Mahkeme, Mc Arthur Vakfı’ndan alınan paraya yönelik iddianın olgusal temelden yoksun olmadığını, gazetecinin başvuruçuyu söz konusu kitabı yazmaya iten gerekçeler hakkında yaptığı yorumların ise kişisel görüş olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁴. Sonrasında başvuruçunun kendisini ifade etme imkânı bulmasının önemli olduğunu ve ilgili köşe yazılarının başvuruçunun şahsına karşı bir hakaret ya da şiddete teşvik içermediğini de vurgulamıştır¹⁶⁵. Yerel mahkemelerin de kararlarında basın özgürlüğüne önem attıklarını ve yazıların eleştiri sınırı aşmadığını belirterek başvuruçunun özel yaşam hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir¹⁶⁶.

AİHM, Kaboğlu ve Oran kararında başvuruçular hakkında kullanılan “İkinci Sevr müzakerelerinin raportörü Prof. Dr. Baskın Oran”, “Baskın Oran’ın kaleme aldığı ihanet raporu”, “Ne zaman haince bir rapor hazırladıkları için sorumlu tutulacaklar?”, “Rapor, ülkenin birliğinden mutsuz, solcu, ayrılıkçı, yıkıcı ve ölüm cezasını hak eden kişiler tarafından hazırlandı”, “vahşi batının beslemeleri”, “liboş”, “bu adam bilim adamı kılığına giren bir hain”, “sefil bir casus ve dönek”, “Belki de daha yüksek sesle havlamaya başlarsa, batıdaki sahiplerinin bir gün onu kendi adamları yapacağını düşünüyor”, “köksüz ve soyağacı olmayan biri” gibi ifadelerin değer yargısı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁶⁷. Bu nedenle ifadelerin olgusal bir temele sahip olup

¹⁶¹ *Mater/Türkiye*, § 18.

¹⁶² *Mater/Türkiye*, § 18.

¹⁶³ *Mater/Türkiye*, § 18.

¹⁶⁴ *Mater/Türkiye*, § 61.

¹⁶⁵ *Mater/Türkiye*, §§ 62-64.

¹⁶⁶ *Mater/Türkiye*, §§ 65-66.

¹⁶⁷ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, §§ 77-78.

olmadığını incelemeye gerek duymamıştır. Ancak, bazı ifadelerin kişileri tehdit niteliğinde olduğunu ve diğer kişileri de başvurucular aleyhine harekete geçirebileceğini hatırlatmıştır¹⁶⁸.

Petrenco kararında ise Mahkeme, başvurucunun Sovyet gizli servisleri ile işbirliği yaptığını ima eden iddiaların değer yargısı niteliğinde kabul edilemeyeceğini, bir kişinin KGB ile işbirliği yapıp yapmadığının, ilgili kanıtlarla kanıtlanabilen tarihsel bir gerçek olduğunu belirtmiştir¹⁶⁹.

Yerel mahkemedeki yargılama aşamasında da başvurucunun KGB ile ilişkisine yönelik herhangi bir delil bulunmadığından, yazarın bir spekülasyonu kanıtlanmış bir gerçekmiş gibi ileri sürmesi sonucu bir genel tartışma bağlamında kabul edilebilir yorumların sınırlarını aşmış ve başvurucunun şeref ve itibar hakkını ihlal etmiştir¹⁷⁰.

2. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Bilgilerin Elde Edilme Koşulları ve Gerçekliği

Başvurucunun savcı olduğu ve hakkında Ergenekon Soruşturmasıyla ilgili haber yapılan İlhan Cihaner kararında başvurucu, hakkındaki haberlerin gerçek dışı olduğunu iddia etmiş olup bu iddiasını somut bir dayanakla desteklememiş ve bilginin elde edilme yönteminin kabul edilemez olduğunu ispat edememiştir¹⁷¹. Bu nedenle AYM, İlhan Cihaner kararında tüm bu ölçütler ışığında değerlendirme yaptığında haberin bir soruşturmaya dayanması nedeniyle olgusal temelden yoksun olmaması ve kamusal nitelikte bir tartışmaya katkı sağlaması (Ergenekon Soruşturması süreciyle ilgili), haberin hakaret içermemekle birlikte başvurucunun göreviyle ilgili değil hakkında yürütülen bir soruşturma ile ilgili olması nedeniyle kişinin maddi manevi varlığını koruma hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir¹⁷².

Başvurucu hakkında “İşte Denizdeki Ergenekon Cuntası”, “Gayrimüslimler Hedefte” gibi birçok haberin yapıldığı Kadir Sağdıç başvurusunda ise AYM’ye göre habere konu olaylar olgusal temelden yoksun olmayıp Güney Deniz Saha Komutanı olan başvurucu hakkında yürütülen ve şüphelisi olduğu bir soruşturma kapsamında

¹⁶⁸ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 85.

¹⁶⁹ *Petrenco/Moldova*, B. No: 20928/05, 30/3/2010, §§ 64-66.

¹⁷⁰ *Petrenco/Moldova*, §§ 66-68.

¹⁷¹ *İlhan Cihaner(2)*, § 76.

¹⁷² *İlhan Cihaner(2)*, §§ 87-89.

tutuklanmasına ve yargılanmasına ilişkindir¹⁷³. Haberlerde kullanılan ifadeler ne başvuranın şahsına hakaret içermekte, ne ona karşı şiddeti teşvik etmekte ve ne de başvurucunun kamusal görevini engellemektedirler¹⁷⁴. Yerel mahkemenin haberin yapıldığı şartları, genel yarara yönelik bir tartışmaya sunduğu katkıyı, olayların gerçeğe uygunluğunu doğru şekilde değerlendirip isabetli bir dengeleme yaptığını belirten AYM, başvurucunun maddi ve manevi varlığının korunması hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir¹⁷⁵.

Yine sonraki bir tarihte verilen benzer bir karar olan Mehmet Orhan Yücel kararında da başvuru Deniz Kuvvetleri Komutanlığında görev yapmış ve kıdemli albay rütbesiyle emekli olmuştur¹⁷⁶. Başvuru hakkında ulusal ölçekteki bir gazetede yapılan haberde, Deniz Kuvvetleri Komutanlığında görevli bir kısım personel ve emekli deniz kuvvetleri personelinin bir araya gelerek eski Deniz Kuvvetleri komutanına ve o zaman görevde olan Deniz Kuvvetleri komutanına suikast düzenlemeyi planladıkları ve bu konuda yapılacak operasyonların detay ve tarihlerini iletcek kişinin de başvuru olduğu belirtilmiştir¹⁷⁷.

Haberde başvurucunun isminin geçtiği bir not yer verilmiş olup bu notun asıl hali başvuru hakkındaki iddianamede de yer almaktadır¹⁷⁸. Derece mahkemesinin de belirttiği üzere haberin görünür gerçeğe uygun olması ve başvurucunun isminin geçtiği kısmın iddianamedeki nottan alınması nedeniyle AYM, başvurucunun şeref ve itibar hakkının ihlal edildiği iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir¹⁷⁹.

Başvurucunun evinin çöp ev olduğuna yönelik yapılan haberle ilgili D.Ö kararında ise AYM, dosyada bulunan bilirkişi raporu incelendiğinde haberin maddi olgulara dayandığı ve görünür gerçeğe uygun olarak yapıldığının anlaşıldığını ve haber “*Avrupa Birliği normlarına göre hesap soran mühendis oğul*” gibi abartılı ifadeler içermesine karşın basın özgürlüğünün sınırlarının aşılmadığına ve başvurucunun şeref ve itibar

¹⁷³ *Kadir Sağdıç*, B. No:2013/6617, 8/4/2015, § 73.

¹⁷⁴ *Kadir Sağdıç*, § 78.

¹⁷⁵ *Kadir Sağdıç*, § 79.

¹⁷⁶ *Mehmet Orhan Yücel*, B. No: 2014/14293,21/3/2018, § 6.

¹⁷⁷ *Mehmet Orhan Yücel*, § 9.

¹⁷⁸ *Mehmet Orhan Yücel*, § 11.

¹⁷⁹ *Mehmet Orhan Yücel*, §§ 40-43.

hakkının zedelenmediğine hükmedilmiştir¹⁸⁰. Bu karardaki ifadeler maddi olgu niteliğinde olduğu için ispatı mümkündür. Nitekim, haber gerçek olup bilirkşi raporuna dayandığı tespit edilmiştir.

Osman Oktay Ekşi kararında başvurunun yazdığı köşe yazısında kullandığı ifadeler atıf yapılarak davalı Recep Tayyip Erdoğan tarafından bir mitingde “CHP’nin bir gazetesinin edepsiz başyazarını neden transfer ettiği şimdi çok iyi anlaşılıyor... Meğer daha iyi küfretmek, daha iyi hakaret etmek, daha galiz sözler kullanmak için transfer etmişler...” şeklinde bir ifade kullanmıştır¹⁸¹. AYM, davalı Recep Tayyip Erdoğan’ın başvuruca karşı söylediği sözlerin değer yargısı kapsamında olduğu, başvurunun yazdığı yazıya ve Kemal Kılıçdaroğlu’nun mitingde Erdoğan’a yönelik söylediği sözlerin karşılığı niteliğinde olduğunu, bu nedenle orantılı olarak kabul edilmesi gerektiğini belirtmiştir¹⁸². Tüm bu nedenlerden ötürü AYM, başvurunun şeref ve itibar hakkının ihlali iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir¹⁸³.

Başvurunun Yılmaz Özdi’lin bir yazısında bir genci öldürmekle itham edildiği Süleyman Ezendemir kararında, başvuruca olay günü resmi görevi nedeniyle orda olduğunu, afişleme yapan öğrencilerin kendisine ateş etmesi sonucu karşılık verdiğini, nitekim ceza yargılamasından da beraat ettiğini ve yazılan yazı sonucu şeref ve itibarının zedelenmediğini belirtmiştir¹⁸⁴. Gerçekten de Yargıtay kararında başvurunun olaydaki kişiyi öldürdüğünün sabit olduğunu belirtmiş, ancak meşru müdafaa nedeniyle ceza verilmesine yer olmadığı kararı vermiştir¹⁸⁵.

AYM, bir gazetecinin başvuruca hakkında ceza davası açıldığını bilme ya da takip etme sorumluluğunun bulunduğunu söylemenin gazetecilerin basın özgürlüğüyle bağdaşmayan bir ispat yükü altında sokulmalarına sebep olabileceğini, söz konusu yazının amacı bağlamında başvurunun anılan olay nedeniyle yargılanmadığına dair ifadenin tümüyle olgusal temelden yoksun olduğunun söylenemeyeceğini

¹⁸⁰ D.Ö(2), §§ 74-79.

¹⁸¹ Osman Oktay Ekşi, § 16.

¹⁸² Osman Oktay Ekşi, §§ 40-41.

¹⁸³ Osman Oktay Ekşi, § 45.

¹⁸⁴ Süleyman Ezendemir, § 9.

¹⁸⁵ Süleyman Ezendemir, § 13.

belirtmiştir¹⁸⁶. Tüm bu nedenlerden ötürü AYM, başvurunun şeref ve itibarın korunmasını isteme hakkının ihlal edilmediğine karar verilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁸⁷.

Başvurucunun akademisyen olduğu Ali Galip Baltaoğlu kararında, aralarında husumet olan eski rektör, yazdığı bir gazete yazısında üniversite idarecilerinin karşılaştığı zorluklar birkaç örnek üzerinden anlatmıştır¹⁸⁸. Ancak, yazının bütünü incelendiğinde başvurunun hedef alındığı anlaşılmaktadır¹⁸⁹. Bunun yanında, başvuru da yazıda yer verilen ifadelerin gerçek olmadığına dair bir beyanda bulunmamıştır¹⁹⁰. Sonrasında ise yazıda, başvurunun hiçbir akademik eser vermediği, dil puanının yeterli olmadığı, diğer akademisyenlerle arasının iyi olmadığı ve dolayısıyla akademisyenlik mesleğini yapmaya uygun olmadığı belirtilmiştir¹⁹¹. AYM, başvuru ile yazar (eski rektör) arasında birçok olay geçtiğini, aralarında husumet olduğunu, bu nedenle yazarın objektif olmasının ve yazısında değer yargılarına yer vermemesinin beklenmeyeceğini belirtmiştir¹⁹².

Başvurucunun emekli bir asker olduğu ve hakkında Ergenekon Soruşturması ile ilgili yapılan bir haberin mevcut olduğu kararda AYM, haberde iddiaların gerçekleştiğini anlatan kesinlikte ifadelerin mevcut olduğunu kabul etmiştir. Ancak, haberin bütününde aktarılan bilgilerin bir iddiadan ibaret olduğuna vurgu yapıldığının ve haberin tamamına bakıldığında haberin, başvurunun sanık konumunda olduğu bir ceza davasındaki iddialardan ibaret olduğunun altının çizildiğini belirtmiştir¹⁹³. Bu nedenle, başvurunun şeref ve itibar hakkının ihlali açısından açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir¹⁹⁴.

Kasım İlimoğlu başvurusunda ise başvuru Ergenekon Soruşturmasında görevli bir Cumhuriyet Savcısıdır. Star Gazetesinde yapılan “Bakırköy’den Görevlendirilen Savcı, B.D.’yi Kurtaracakmış”

¹⁸⁶ Süleyman Ezendemir, § 35.

¹⁸⁷ Süleyman Ezendemir, § 36.

¹⁸⁸ Ali Galip Baltaoğlu(3), § 28.

¹⁸⁹ Ali Galip Baltaoğlu(3), § 28.

¹⁹⁰ Ali Galip Baltaoğlu(3), § 28.

¹⁹¹ Ali Galip Baltaoğlu(3), § 28.

¹⁹² Ali Galip Baltaoğlu(3), § 29.

¹⁹³ İlyas Çınar, § 31.

¹⁹⁴ İlyas Çınar, § 34.

başlıklı haberdeki iletişim içeriklerinde bahsedilen kişinin kendisi olduğunun bilindiğini iddia eden başvurucunun, Cumhuriyet savcısı olarak tarafsızlığının zedelendiği, ileride yapılacak soruşturmalar konusunda kamuoyunda kuşku uyandırılmaya çalışıldığı ve kişilik haklarının saldırıya uğradığını iddia ettiği kararda AYM, haberde yayınlanan görüşme içerikleri ile aslının hemen hemen aynı olduğuna, başvurucunun, görüşme içeriklerinin çarpıtıldığı iddiasının yerinde olmadığına karar vermiştir¹⁹⁵.

Mahkeme, sonrasında, Cumhuriyet Savcısı'nın terör suçlarından soruşturma geçiren B.D. isimli siyasetçiyle ilişkisi olduğu ve bu kişiyi kurtarmak için soruşturmada görevlendirildiği yönündeki iddianın ciddi bir iddia niteliğinde olduğunu, iddianın desteklenmesi için güvenilir deliller sunulması gerektiğini belirtmiştir¹⁹⁶.

Mahkemeye göre, konuşma içeriklerini incelendiğinde başvurucunun B.D. isimli şahsın kurtarılması için görevlendirildiği anlaşılmamakta, sadece F.D. isimli kişinin dosyaya yeni biri atanmış olduğunu ve soruşturma sürecinin hızlanacağını söylediği görülmektedir¹⁹⁷. Davalı gazete, başkaca bir araştırma yapmadan ve başkaca bir delille desteklemeden, konuşmadan anlaşılamayacak iddialar ileri sürmüşlerdir¹⁹⁸. Bu iddialar, ifade özgürlüğünü kullanırken basın uyması gereken göreve ve sorumlulukların ihlali niteliğindedir¹⁹⁹. Ayrıca, adalet sisteminde görev alan Cumhuriyet Savcılarını asılsız suçlamalardan korumak devletin görevlerinden olup pozitif yükümlülükler uyulmaması nedeniyle AYM, başvurucunun şeref ve itibar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁰⁰.

Kemal Kılıçdaroğlu ve CHP kararında CHP ile ilgili yapılan haberde yazar, "*CHP'li Antalya Büyükşehir Belediye Başkanı M. A., Yenidoğan Mahallesi'ndeki Otogar Camii yapılması için ayrılan araziye, plan değişikliği yaparak 'ticari alan'a dönüştürdü.. CHP'li Çankaya Belediye Başkanı M. E. ise Yıldız Evler Mahallesi'nde bulunan ve yeniden inşasına başlanan 29 yıllık*

¹⁹⁵ Kasım İlimoğlu(2), § 40.

¹⁹⁶ Kasım İlimoğlu(2), § 42.

¹⁹⁷ Kasım İlimoğlu(2), § 43.

¹⁹⁸ Kasım İlimoğlu(2), § 44.

¹⁹⁹ Kasım İlimoğlu(2), § 4.

²⁰⁰ Kasım İlimoğlu(2), §§ 45-47.

Köşk Camii'nin inşaatını mühürledi." gibi örnekler vermiştir²⁰¹. AYM, tarihî olayların yorumlanmasının değişkenlik gösterebileceğini, bu yazıda aktarılanların da yazarın kişisel görüşü olduğunu, değer yargısı olarak kabul edilmesi gerektiğini ve eleştiri sınırlarını aşmadığını belirtmiştir²⁰².

Kılıçdaroğlu ile ilgili yazılan yazıda ise, başvurunun eski genel başkanın mahrem görüntülerinin yayınlanması sonucu partinin başına geçmesi ile ilgili olarak "Kaset artığı Kılıçdaroğlu" ifadesi kullanılmış, başvurunun bir proje ürünü olduğunu ileri sürerek beklenen başarıyı yakalayamadığını da "Kılıçdaroğlu'ndan bir 'cacık' olmayacağı anlaşıldı" ifadesi ile aktarmıştır²⁰³.

AYM, başvuru ile ilgili ifadelerin Amerikan-İsveç merkezli Silkroad Enstitüsü raporu ile kanıtlanmış olan yeterli bir olgusal temele sahip değer yargısı niteliğindeki iddialar olduğunu belirterek, eleştiri sınırları içinde kaldığını ve başvurunun şeref ve itibar hakkının zedelendiği iddiasının açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir²⁰⁴.

Başvuru hakkında bir ulusal gazetede "Aldatmadan sorumlu müdür" başlıklı bir haber yapılan N. Ö. başvurusunda AYM, ilgili haberin verilmesinde basın kuruluşunun gerçeği çarpıtmadığı, doğru ve güvenilir bilgi vermeye çalıştığı, dolayısıyla basın özgürlüğünü kullanırken uyması gereken sınırlar içinde kaldığı kanaatine varmış ve başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir²⁰⁵.

Çetin Doğan kararında ise başvuru konusu haberde, başvuru TSK içindeki bir grup tarafından hazırlandığı iddia edilen darbe planının lideri olarak gösterilmekte hatta bu gruptan "Çetin Doğan cuntası" olarak bahsedilmektedir²⁰⁶.

AYM'ye göre, haberin olgusal iddialar içerdiği göz önünde bulundurulduğunda, haberi yapan kişiden kaynaklarını açıklaması beklenmese de habere konu iddiaların doğruluğunu araştırma sorumluluğu vardır²⁰⁷. Olayda ise başvuru, habere dayanak olan

²⁰¹ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 12.

²⁰² Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, § 42.

²⁰³ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, §§ 43-44.

²⁰⁴ Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, §§ 45.

²⁰⁵ N. Ö., §§ 31-32.

²⁰⁶ Çetin Doğan(2),B. No: 2014/3494, 27/2/2019, § 16.

²⁰⁷ etin Doğan(2), §§ 63-68.

belgelerin hiçbirinde imzası olmadığı beyan etmiş ve hatta belgelerin sahte olduğuna dair deliller sunmuştur²⁰⁸.

Gerçekten de olaya konu belgeler dijital belgeler olup bir kısmının sahteliği ceza yargılaması aşamasında kesinleşmiş, bir kısmının da şüpheli nitelikte olduğu belirtilmiştir²⁰⁹. Ancak, olaya konu hukuk mahkemeleri bu tespiti yapmaktan imtina etmişlerdir²¹⁰. Bu nedenle, AYM ilk derece mahkemesinin gazetenin topluma iyi niyetle, doğru ve güvenilir bilgi sağlama ödev ve sorumluluğunu yerine getirip getirmediğini incelemesi gerekirken bu inceleme yapılmadan başvurucunu tazminat isteminin reddedilmesi nedeniyle başvurucunun şeref ve itibar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir²¹¹.

D. YAYININ İÇERİĞİ, ŞEKLİ VE ETKİLERİ

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Yayının İçeriği, Şekli ve Etkileri

Bir kararında, AİHM, başvurucuların makalelerde hain, ölüm cezasını hak eden ülke bütünlüğünü yıkmaya niyetli kişiler, sapkınlar, küçük köpekler vb. şekilde anıldığını belirtmiştir²¹².

Mahkeme, sonrasında kullanılan ifadelerin başvurucuların iddia ettiği gibi şiddete çağrı ya da nefret söylemi niteliğinde olup olmadığını incelemiş, bu incelemeyi yaparken 10. madde için kullandığı ölçütleri kullanmıştır²¹³. Bunun için ilk olarak ifadelerin gergin bir sosyal ya da politik arka planı olan bir konuya ilişkin olup olmadığı, ifadelerin dolaylı ya da direkt olarak zararlı bir sonuç doğurma kapasitesi gibi unsurlara bakılmaktadır²¹⁴.

Olayda Mahkeme, azınlıklar konusuyla ilgili olarak milliyetçi çevrelerin Türk Milletinin ve Devletinin üniter yapısıyla ilgili endişelerini dile getirmelerinin zor olduğunu kabul etmiştir²¹⁵. Ancak, makalelerde yer alan ifadelerin, söz konusu ülkücü jargon hakkında yetersiz bilgiye

²⁰⁸ Çetin Doğan(2), § 70.

²⁰⁹ Çetin Doğan(2), § 71.

²¹⁰ Çetin Doğan(2), § 72.

²¹¹ Çetin Doğan(2), §§ 73-75.

²¹² Kaboğlu ve Oran/Türkiye, § 77.

²¹³ Kaboğlu ve Oran/Türkiye, § 82.

²¹⁴ Kaboğlu ve Oran/Türkiye, § 82.

²¹⁵ Kaboğlu ve Oran/Türkiye, § 83.

sahip kişiler tarafından şiddeti tasvip etmek olarak algılanabileceğini belirtmiştir²¹⁶. “Ülkenin Türk çoğunluğu büyümeye, bağırma ve kükre başlarsa, hainler saklanmaya veya nefes almaya yer bulamazlar” ifadesini buna örnek olarak vermiştir²¹⁷. Bunun yanı sıra Mahkeme bazı ifadelerin, doğrudan ya da dolaylı olarak şiddete çağrı yaptığını ya da şiddeti tasvip etmek anlamına gelebileceğini tespit etmiş ve ulusal mercilerin aksine “Toprağın bedeli kandır ve gerekirse kan dökülür” ifadesini de bu kapsamda değerlendirmiştir²¹⁸.

Mahkeme, bu tür makalelerin, insanları başvuruculara yönelik şiddet eylemlerini teşvik edebileceğinin göz önünde bulundurması gerektiğini ve ölüm tehditlerinin eşlik ettiği bir kampanyayı takiben öldürülen Hrant Dink olayını ve Türk toplumunun alışılmışın dışındaki fikirlere karşı hassas olduğunu hatırlatmıştır²¹⁹.

Yerel mahkemeler de basın özgürlüğünün ile başvuranların özel hayatlarına saygı hakları arasında denge kurarken hangi gerekçeyle nefret söylemi ve şiddete teşvik oluşturan pasajların haklı kabul edilebileceği sorusuna tatmin edici bir cevap vermemişlerdir²²⁰. Tüm bu nedenlerden ötürü Mahkeme, başvuruçuların özel yaşama saygı haklarının ihlal edildiğine hükmetmiştir²²¹.

2. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Yayının İçeriği, Şekli ve Etkileri

Bir kararında AYM, karardaki yayının kitap olması nedeniyle daha dar bir kitleye hitap ettiğini belirtmiştir²²². Kitapta başvuruçunun hakkında “Kalpazan” isimli bir kitapta kullanılan uyuşturucu kaçakçısı”, “katil”, “çeteci”, “sahtekar”, “din tüccarı” vb. ifadeler kullanılmıştır²²³. Başvuruçunun, anılan suçlar bakımından adli sicil kaydı sunmuştur²²⁴. Ancak, AYM kitaptaki ifadelerin suç isnat etmekten ziyade eleştiri amacı taşıdığını belirtmiş, suç isnadı içermeyen ifadelerin kabul edilemeyecek derecede

²¹⁶ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 84.

²¹⁷ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 84.

²¹⁸ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 88.

²¹⁹ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 86.

²²⁰ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 89.

²²¹ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, § 90.

²²² *Hasan Yeşildağ*, B. No: 2015/2653, 12/12/2018, § 28.

²²³ *Hasan Yeşildağ*, § 6.

²²⁴ *Hasan Yeşildağ*, § 31.

eleştiri, hakaret içermediği gerekçesiyle başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir²²⁵.

İ.D. kararında ise başvuru bir avukat olup Antalya ile ilgili yerel haberler yapan bir site olan antalyaburada.com'da kendisinin mesleki faaliyetleri kapsamında resmî belgede sahtecilik ve dolandırıcılık nedeniyle tutuklanmasını anlatan “Antalya’da müvekkilini dolandıran avukat tutuklandı” başlıklı bir haber yapılmıştır²²⁶. Ancak haberde başvuru fotoğrafı kullanılmadığı gibi ismi de İ. D. olarak yazılmıştır²²⁷.

AYM, ilk derece mahkemesinin yerel bir haber sitesi sahibi olan davalıların bir avukatın mesleği dolayısıyla adli sürecin haberini yapmalarının doğal olduğunu, hatta kamunun da bu süreçle ilgili bilgi edinme hakkının bulunduğunu belirten kararını isabetli bulmuştur²²⁸. Ayrıca haberin, olayların güncelliğini koruduğu bir dönemde yapıldığının ve yerel mahkemenin de göz önünde bulundurduğu şekilde, haberde başvuru ismine ya da resmine yer verilmediğinin altını çizerek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna hükmetmiştir²²⁹.

Bir başka başvuruda ise, başvuru dernek amacını kadın eşcinseller ile erkek eş cinsellerin özgürlükçü değerleri benimsemelerine, eş cinsel varoluşlarını gerçekleştirme ve kendilerini yetiştirerek toplumsal barış, huzur ve refahın gelişmesine bireysel, toplumsal, kültürel hayat ve davranışlarıyla katkıda bulunabilmelerine destek olmak olarak belirtmiştir²³⁰. Başvuru konu olayda ise, 6/11/2012 tarihinde “habervaktim.com”da yayınlanan imzasız bir haberde derneğin ismi verilerek “sapkınların derneği” ifadesi kullanılmıştır²³¹. Bu haberin yanı sıra bahsedilen sitede 2013 yılında da çeşitli tarihlerde doğrudan başvuru derneği hedef alan ve eşcinselliği de eleştiren birçok haber yayınlanmıştır²³². Dernek “sapkınlar” ifadesinin halkı kin ve düşmanlığa tahrik veya aşağılama suçunu oluşturduğu gerekçesiyle ilgili site yöneticisi hakkında şikâyette bulunmuş ancak müştekinin şikâyetine

²²⁵ Hasan Yeşildağ, §§ 33-35.

²²⁶ İ.D, §§ 6-8.

²²⁷ İ.D, § 8.

²²⁸ İ.D, §§ 36-39.

²²⁹ İ.D, §§ 36-39.

²³⁰ Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, § 8.

²³¹ Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, § 9.

²³² Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, § 11.

konu eylemle ilgili daha önce soruşturma yapıldığı ve şüpheli hakkında aynı fiil nedeniyle tekrar soruşturma yapılmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiştir²³³.

AYM, sitede başvuru dernek hakkındaki mevzubahis haberin yanı sıra birçok haberin yayınlanmaya devam etmesi, haberde derneğin ismine açıkça yer verilmesi gibi unsurların şiddete yöneltme tehlikesini ağırlaştırabilecek unsurlar olduğunu ifade etmiştir²³⁴. Ancak, AYM'ye göre haberin odak noktasının başka bir tartışma olması, başvuru Derneğin hedef gösterilmesi riskini azaltmış olup haberin altındaki yorumların tamamının esas tartışmaya ilişkin olması da bunu destekler niteliktedir²³⁵. Ayrıca, başvuru konusu haberin yayımlandığı tarihten başvurunun incelendiği tarihe kadar söz konusu internet haber sitesinin başvuru Dernek ve eş cinselliğe ilişkin tutumunun daha hassas yorumlanmasını gerektirecek istisnai bir olay yaşandığı da ortaya konulmadığından, AYM kullanılan ifadenin nefret söylemi boyutuna ulaşmadığını belirterek başvuru hakkının şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir²³⁶.

İstisnai bir olay yaşanmaması, yaşanmayacağı anlamına gelmemekte olup AYM, bu kararında ifadenin nefret söylemi niteliğinde olup olmadığını incelerken AİHM'in Oran Kaboğlu kararında kullandığı ölçütlerin dışına çıkmıştır. Kaboğlu ve Oran kararında da gerçekleşmiş bir tehdit olmamasına rağmen AİHM, Fırat Dink olayını hatırlatarak ifadelerin nefret söylemi niteliğinde olduğuna hükmetmiştir²³⁷. AİHM'in ölçütleri ışığında inceleme yapmak gerekirse derneğin temsil ettiği bireylere karşı toplumun genel tutumuna ve yaşanan olaylara bakıldığında, haberde LGBTİ bireylere karşı kullanılan ifadelerin toplumu kışkırtmaya müsait ifadeler olarak değerlendirilebileceği görülecektir.

AİHM'in Kaboğlu ve Oran kararına uygun bir değerlendirme yaptığı İbrahim Özden Kaboğlu kararında AYM, başvuru hakkında yazılan makalede kullanılan "Vatanın savunması hainlerin anlayacağı dilden

²³³ *Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği*, §§ 12-14.

²³⁴ *Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği*, § 51.

²³⁵ *Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği*, § 52.

²³⁶ *Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği*, §§ 52-57.

²³⁷ *Kaboğlu ve Oran/Türkiye*, §§ 82-86.

yapılacaktır” vb. ifadelerin şiddet içerikli olduğunu belirtmiştir²³⁸. Ayrıca, bu yazının davalının gündeme ilişkin yazılarına yer verdiği şahsi internet sitesinde yayınlanmış olması nedeniyle geniş bir okuyucu kitlesine ulaşma kapasitesine sahip olduğunun altını çizmiştir²³⁹.

Mahkeme, “Cahillere Avrupa Anayasalarında Anadil Kavramı” isimli makalenin yayınlandığı sırada başvurunun Başbakanlık Danışma Kurulu’na yayınlanan rapor nedeniyle polis koruması altında olduğunu ve anılan makalenin de kullandığı şiddete teşvik anlamına gelen ifadelerle²⁴⁰, başvurunun ismini de vermek suretiyle başvuru hedef gösterdiğini kabul etmiştir²⁴¹. Başvurucuya yönelik bu tarz saldırıların başvurunun fiziksel ve zihinsel bütünlüğü açısından tehdit oluşturacağını belirten AYM, saldırıların aynı zamanda başvurunun entelektüel kişiliğinin ve ifade özgürlüğü üzerinde de caydırıcı bir etkisi olacağını altını çizmiştir²⁴². Başvurunun şeref ve itibarına yönelik saldırılara yönelik uygun yargısal tepkinin verilmemesinin de başkaca saldırıların önünü açacağını belirten Mahkeme, başvurunun şeref ve itibar hakkının ihlal edildiğine hükmetmiştir²⁴³.

E. KİŞİNİN ÖNCEKİ DAVRANIŞLARI

1. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişinin Önceki Davranışları

Mahkemeye göre her ne kadar 8. madde kişinin şeref ve itibarını korusa da, kişinin ceza gerektiren bir suç işlemesi gibi kendi eylemleri sonucunda, öngörülebilir bir şekilde yaşadığı itibar kaybı bu madde kapsamında korunmayacaktır²⁴⁴. Bu kural sadece ceza gerektiren bir suç işlendiğinde değil, kişinin kötü eylemleri sonucu özel yaşam hakkı üzerinde negatif etkileri olan tüm (hukuki sorumluluk gerektiren) durumlarda uygulanabilecektir²⁴⁵.

²³⁸ İbrahim Özden Kaboğlu, § 54.

²³⁹ İbrahim Özden Kaboğlu, § 54.

²⁴⁰ Yazıda “Bundan sonra vatanın savunulması, [s]adece yazıyla, sözle, eleştiriyle yapılmayacaktır”, “Vatanın savunması hainlerin anlayacağı dilden yapılacaktır”, “Bundan sonra vatanın savunulması, eylemli olarak yapılacaktır” vb. ifadeler kullanılmıştır.

²⁴¹ İbrahim Özden Kaboğlu, § 55.

²⁴² İbrahim Özden Kaboğlu, § 60.

²⁴³ İbrahim Özden Kaboğlu, §§ 60-62.

²⁴⁴ Denisov/Ukrayna, § 98.

²⁴⁵ Denisov/Ukrayna, § 98.

Egill Einarsson(2) kararında başvuru İzlanda'da ünlü biridir²⁴⁶. Başvurucunun kadınlar ve onların cinsel özgürlükleri ile ilgili dikkat çeken hatta cinsel şiddete maruz kalmaları gerektiği anlamına gelebilecek görüşleri mevcuttur²⁴⁷. Bu ifadelerden sonra iki kişi cinsel tacize uğradıkları iddiasıyla başvurucudan şikayetçi olmuş, delil yetersizliğinden davalar düşmüştür²⁴⁸.

Sonrasında başvuru konuyla ilgili bir röportaj vermiş, suçlu bulunmadığını, kızlardan intikam almak gibi bir amacı olmadığını ancak kızların kendisini art niyet sonucu suçladıklarını belirtmiştir²⁴⁹. X, Facebook'ta yorum olarak "Bu bir adama sadece yanlış bir şey söylediği için değil aynı zamanda bir kıza tecavüz ettiği için yapılan bir saldırıdır. Tecavüzcülerin şehrin her yanına dağılmış dergilerin kapağında görülüyor olması eleştirilebilir bir şeydir." yazmıştır²⁵⁰.

AIHM, İzlanda yerel mahkemelerinin hükmettikleri şekilde tazminat vermemenin tek başına bir ihlal teşkil etmeyeceğini belirtmiştir²⁵¹. Bunun yanında Mahkeme, yerel mahkemelerin ihlalin niteliği ve ağırlığı ile başvuranın davranışı gibi unsurları içeren davanın özel koşullarını analiz edip etmediklerini incelemektedir²⁵². AIHM, tüm unsurları incelediğinde devletin pozitif yükümlülüklerine aykırı hareket etmediğine ve başvuru özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediğine hükmetmiştir²⁵³.

2. Türk Anayasa Mahkemesi Kararlarında Kişinin Önceki Davranışları

Öğretim üyesi olan Ali Galip Baltaoğlu kararında başvuru ile arasında husumet bulunan eski rektör, bir yerel gazetede, başvuru üniversiteye açtığı davalar ve başvuru akademik hayatta ilerleyemediği vb. iddialar barındıran bir köşe yazısı yazmıştır²⁵⁴. Şeref ve itibarın korunması kapsamında incelenen başvuruda AYM, başvuru önceki davranışlarını göz önünde bulundurmuş,

²⁴⁶ Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), B. No: 31221/15, 17/07/2018, § 5.

²⁴⁷ Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), § 6.

²⁴⁸ Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), § 7.

²⁴⁹ Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), § 8.

²⁵⁰ Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), § 9.

²⁵¹ Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), § 39.

²⁵² Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), § 39.

²⁵³ Egill Einarsson/İzlanda (No. 2), §§ 39-41.

²⁵⁴ Ali Galip Baltaoğlu(3), § 9.

başvurucu ile eski rektör arasında var olan husumet, başvurusunun, yazarın rektör olduğu dönemde üniversite yönetimine karşı birçok dava açmış ve yönetimdekiler hakkında defalarca suç duyurusunda bulunmuş olması gibi unsurlar da başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olarak kabul edilmesinde etkili olmuştur²⁵⁵.

Hasan Yeşildağ başvurusunda, başvurusunun da yer aldığı Recep Tayyip Erdoğan'ın hayatını anlatan "Bir Liderin Doğuşu" isimli kitabın eleştirisi niteliğinde olan "Kalpazan" isimli bir kitap yayınlanmıştır²⁵⁶. Bu kitapta başvuru hakkında "uyuşturucu kaçakçısı", "katil", "çeteci", "sahtekâr", "din tüccarı" vb. ifadeler kullanılmıştır²⁵⁷.

AYM, başvurusunun daha önce yayınlanan "Bir Liderin Doğuşu" isimli kitapta isminin geçtiği olayları açıkça isminin geçmesine izin vererek aktarması nedeniyle kitabın eleştirisi esnasında da hedef haline gelebileceğini öngörmesi gerektiğini belirtmiştir²⁵⁸.

IV. SONUÇ

Kişinin şeref ve itibarının, bireyin manevi bütünlüğünün bir parçası olmasının yanı sıra kişinin resmi, adı, kişisel bilgileri ve mesleki itibarı da bu hak kapsamında korunmaktadır. Şeref ve itibar hakkı AİHS m. 8'de açıkça yer almasa da AİHM, içtihat yoluyla bu hakkı 8. madde kapsamında koruma altına almıştır. Şeref ve itibar hakkı ayrıca, Anayasamızın 17. maddesinde koruma altına alınan kişinin manevi varlığının kapsamında da koruma altındadır. Bu nedenle şeref ve itibar hakkı gerek AİHM'e gerekse AYM'ye yapılan bireysel başvurularda özel yaşama saygı hakkı kapsamında öne sürülebilmektedir. Devletin şeref ve itibar hakkı bakımından, kişinin şeref ve itibarına müdahale etmeme (negatif) yükümlülüğünün yanı sıra, üçüncü kişilerin müdahalesini önleme (pozitif) yükümlülüğü de mevcuttur.

Bu çalışmada, ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkı kapsamında koruma altına alınan kişinin şeref ve itibarının korunması hakkının çatışması durumunda AİHM'in ve AYM'nin hangi ölçütleri uyguladıkları ve nasıl bir yaklaşım sergiledikleri incelenmiştir. Bu değerlendirme yapılırken, şeref ve itibar hakkı ile ilgili AİHM ve AYM kararlarına

²⁵⁵ *Ali Galip Baltaoğlu*(3), §27.

²⁵⁶ *Hasan Yeşildağ*, § 6.

²⁵⁷ *Hasan Yeşildağ*, § 6.

²⁵⁸ *Hasan Yeşildağ*, § 29.

yer verilmiş, konuyla ilgili açıklamanın kamuoyu yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığı, ifadelerin yöneldiği kişinin tanınırlığı, bilgilerin elde edilme şekli ve gerçekliği, yayının içeriği, şekli ve etkileri ile kişinin önceki davranışları ölçütleri somutlaştırılmaya çalışılmıştır.

AIHM ve AYM, ifade özgürlüğü ile kişinin şeref ve itibarını dengelemeye çalıştıkları kararlarında, basına konu olan ifadenin kamu yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağlayıp sağlamadığını incelemektedir. AYM ve AIHM kararlarında sıkça atfı yapılan ve şeref ve itibar hakkı bakımından önemli bir karar olan *Von Hannover/Almanya* kararında AIHM'e göre, kamuoyunun menfaatinden ziyade, haberi yapan şirketin ticari menfaati mevcuttur. AIHM, bu kararla tanınmış kişilerin özel yaşamına ilişkin detayların kamuoyunun yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağlamadığını belirtmiş, bu yaklaşımı son yıllardaki içtihadında da korumaktadır.

AIHM sonraki tarihlerdeki kararlarında, siyasi figürlerin geçmişleri, yeterlilikleri vb. konularda ve toplum tarafından tartışılan konularda yazılan yazıların kamuoyunun yararına ilişkin bir tartışmaya katkı sağladığına hükmetmiştir. AYM de AIHM'in yaklaşımına uyarak toplumun genelini ilgilendiren bir soruşturma ile ilgili haberlerin, siyasetle ilgili yazıların, toplumun genelini ilgilendiren tartışmalara ilişkin haberlerin genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı sağladığının altını çizmektedir.

İlgili kişinin tanınırlığı konusunda ise, özel yaşamlarına en çok alan tanınması gerekenler kişiler sıradan vatandaşlardır. İfade özgürlüğüne karşı en toleranslı olması gerekenler ise siyasetçilerdir. Kamu görevlileri ise kamu güvenine sahip olmaları gerektiğinden asılsız iddialara karşı korunmalıdırlar.

AIHM bu yaklaşımı sonucu, Güney Afrika'da hayvanların ve doğanın korunması için kurulan örgütlerin temsilcileri arasında tanınan bir kişi olan başvurucu ile kitabı yayımlandıktan sonra ünü artan yazarı sıradan bir kişi gibi değerlendirmezken, İnsan Hakları Danışma Konseyi'ne üye olan başvurucuları siyasi bir figür olarak kabul etmemiştir. Bir başka örnekte, Moldova Cumhuriyeti Tarihçiler Derneği Başkanı olan başvurucunun kamusal figür olduğunu, bu nedenle sıradan bir vatandaşa oranla eleştirilere karşı daha toleranslı olması gerektiğinin

altını çizen Mahkeme, başvuruçunun Stalin'in torunu olduğu başvuruda, Stalin'in tarihi rolü, kişiliği ve yaptığı işler bakımından kamu denetimine ve eleştiriye daha fazla açık olması gerektiğine dikkat çekmiştir.

AYM ilgili kişinin tanınırlığı konusunda da AİHM'in yaklaşımını benimsemiştir. Başvuruçuların Cumhuriyet savcısı olduğu kararlarda kamu güvenine sahip olmaları gerektiği için devletin kamu görevlilerini asılsız suçlamalara karşı koruması gerektiğini belirtmiştir. Ancak başvuruçunun eski sağlık bakanının koruması olduğu ve başvuru hakkında bir genci öldürdüğüne dair bir makalenin yazıldığı başvuruda, kişinin kamu görevlisi olması nedeniyle eleştiriye katlanması gerektiğini söyleyerek kendi içtihatlarındaki ve AİHM'in içtihatlarındaki yaklaşımın dışına çıkmıştır. Bunun yanı sıra, başvuruçunun emekli bir albay olduğu başvuruda ise kişinin siyasetçi ya da aktif bir kamu görevlisi olmadığına altını çizerek eleştiriye katlanma yükümlülüğünün toplum tarafından tanınan bir kişi kadar olmadığını belirtmiştir. Bu kararlardan anlaşıldığı üzere, AYM, Cumhuriyet savcıları ve emekli askerlerle ilgili kararlarında kamu güvenine sahip olmaları gerekçesiyle ifade özgürlüğünü dar yorumlarken diğer kamu görevlileri söz konusu olduğunda bu yaklaşımının dışına çıkmaktadır.

AİHM, bilgilerin elde edilmesi ile ilgili olarak, ifadenin bir değer yargısı mı maddi olgu niteliğinde mi olduğuna dikkat etmektedir. Bir kişiye suç ya da bir fiil isnadı maddi olgu kapsamına girmekte olup bu ifadelerin bir temele dayanması gerekmektedir. Değer yargılarının ise özelliği gereği ispatı mümkün değildir, ancak değer yargıları da yeterli olgusal bir temel üzerine kurulmalıdır. AYM, AİHM'in ifadelerin türü ile ilgili sınıflandırmasını benimsemiş olup kararlarında başvuru hakkında yapılan haberin yürütülen soruşturmaya dayanması nedeniyle olgusal temelden yoksun olmadığına hükmetmiştir.

AYM, şiddete teşvik eden ifadeler ile ilgili bazı kararlarında AİHM ile benzer bir yaklaşım sergilememiştir. AYM, bir kararında haberin yayınlandığı tarihten sonra başvuruçunun derneğe yönelik herhangi bir olayın yaşanmamasının, ifadenin nefret söylemi olmadığına ispatı olarak kabul etmiştir. Bu kararında AİHM'in Kaboğlu ve Oran kararındaki yaklaşımını dikkate almayan AYM, İbrahim Özden Kaboğlu kararında dikkate almış ve başvuruçunun hakkında kullanılan ifadelerin şiddetin önünü açabileceğine hükmederek AİHM ile aynı yaklaşımı sergilemiştir.

AİHM'e göre, kişinin şeref ve itibarı özel yaşama saygı hakkı kapsamında korunsa da kişinin ceza gerektiren bir suç işlemesi gibi kendi eylemleri sonucunda, öngörülebilir bir şekilde yaşadığı itibar kaybı bu madde kapsamında korunmamaktadır. AİHM, bir kararında başvurucuya karşı kullanılan ifadeleri değerlendirirken başvurucunun kadınların cinsel özgürlükleri ile ilgili dikkat çeken hatta cinsel şiddete maruz kalmaları gerektiği anlamına gelebilecek görüşlerini ve cinsel şiddete karşı belirsiz ve provakatif tavrını göz önünde bulundurmuştur. AYM de şeref ve itibar hakkı bakımından inceleme yaparken, başvurucunun önceki davranışları göz önünde bulundurmuştur. Bir kararında başvurucunun yazıyı yazan rektörle arasındaki husumeti dikkate alırken diğer bir kararında başvurucunun bir kitapta isminin geçmesine razı olması sonucu eleştirilere katlanması gerektiğini belirterek AİHM'in yaklaşımına benzer bir yaklaşım sergilemiştir.

Tüm bu kararlar ışığında şeref ve itibarın korunması hakkı ile ilgili AYM'nin yaklaşımının genel olarak AİHM'e benzer olduğu, ancak kamu görevlilerinin özel yaşam hakkının sınırları ve şiddete teşvik eden ifadeler ile ilgili bazı kararlarında AİHM'in yaklaşımının dışına çıktığı söylenebilir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2013). Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı, İçinde: İnceoğlu, Sibel (Ed.). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa*, İstanbul: Beta Yayıncılık, ss. 301-333.
- ARSLAN ÖNCÜ, Gülay (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Ankara: Avrupa Konseyi.
- ÇEÇEN, Anıl (2015), *İnsan Hakları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- KABOĞLU, İbrahim Ö. (1993). *Özgürlükler Hukuku*, İstanbul: AFA Yayınları.
- KARAN, Ulaş (2013). “İfade Özgürlüğü Hakkı”, Sibel İnceoğlu (Ed.), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa içinde*(355-379), İstanbul: Beta Yayıncılık.
- KARAN, Ulaş (2018). *İfade Özgürlüğü*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-2, Ankara: Avrupa Konseyi.
- HARRIS, David; O’BOYLE, Michael, BATES, Ed ve BUCKLEY, Carla (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. (Çev. Mehveş Bingöllü KILICI ve Ulaş KARAN) Türkçe 1. Baskı, Ankara: Avrupa Konseyi.
- TEZCAN, Durmuş; ERDEM, Murat Ruhan; SANCAKDAR, Oğuz; ÖNOK, Rifat Murat (2018). *İnsan Hakları El Kitabı*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TANJU, Erhan (2017). *AİHM Kararları Işığında İfade ve Basın Özgürlüğü*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.

Makaleler

- BIKMAZ, Raif (2019). Tarman – Türkiye Kararı Üzerine İnceleme (Basın Özgürlüğü İle Kişilik Haklarının Korunmasında Orantılılık). *Fasikül Hukuk Dergisi*, Cilt:11, Sayı: 114, ss. 21-26.
- FLAUSS, Jean-François (2009). The European Court of Human Rights and the Freedom of Expression. *Indiana Law Journal*, Volume: 84, Issue: 3, p. 809-849.
- GÜL, Cengiz (2019). AİHM Kararlarında İfade ve Medya Özgürlüğünün Sınırlandırılması Kriterleri. *ERÜHFD*, Cilt:14, Sayı:1, ss. 105-126.
- HEERMANN, Nwankwo. Balancing the Right to Privacy against Other Public Interests. <https://0210rocqn-y-https-beck--online-beck-de.proxy2.marmara-elibrary.com>, 30.10.2019.

- JEBRIL, Nael. Is Watchdog Journalism Satisfactory Journalism? A Cross-national Study of Public Satisfaction with Political Coverage. <https://reutersinstitute.politics.ox.ac.uk/sites/default/files/2018-01/Is%20Watchdog%20Journalism%20Satisfactory%20Journalism.pdf>, 24.08.2020.
- KOZLOWSKI, Dan. For The Protection of the Reputation or Rights of Others: The European Court of Human Rights' Interperation of The Defamation Excepton in Article 10(2), *11 Comm. L. & Pol'y*, p. 133-117.
- SMET, Stijn (2010). Freedom of Expression and the Right to Reputation: Human Rights in Conflict. *American University International Law Review*, Volume 26, Issue 1, ss.183-236.
- SPIELMANN, Daniel and CARIOLOU, Leto. The Right to Protection of Reputation Under the European Convention on Human Rights. https://www.researchgate.net/publication/311310149_The_Right_to_Reputation_under_the_European_Convention_on_Human_Rights_, (5 Ocak 2020).
- URAN, Peri (2015). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin Basın Özgürlüğüne Yaklaşımı. *TBB Dergisi*, Cilt:28, Sayı:120, ss. 87-130.
- VON BASSEWITZ, Katharina ve PARLAK BÖRÜ, Şafak (2015). Paparazziler İçin Zor Zamanlar: Kişinin Özel Yaşamına Saygı Gösterilmesi (Mahremiyet) Hakkına İlişkin Alman ve İngiliz Basını Ayaklandıran Dönüm Noktası Niteliğinde İki Karar. *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt: 64, Sayı: 4, ss.1245-1262.

AİHM Kararları

- Axel Springer Ag v. Germany*, B. No: 39954/08, 07.02.2012.
- Burghartz v. Switzerland*, B. No: 16213/90, 22.02.1994.
- Denisov v. Ukraine*, B.No: 76639/11,25.09.2018.
- Dzhugashvili v. Rusia*, B. No: 41123/10, 9.12.2014.
- Egill Einarsson v. Iceland (No. 2)*, B. No: 31221/15, 17/07/2018.
- Hoon v. United Kigdom*, B. No: 14832/11, 13.11.2014.
- Kaboğlu ve Oran v Turkey*, B. No: 1759/08, 50766/10 & 50782/10, 30/10/2018,
- Karako v. Hungary*, B. No: 39311/05, 28.04.2009.

- Krone Verlag GmbH & Co. KG v. Austria*, B. No: 34315/96, 26/02/2002.
Lesnik v. Slovakia, B. No: 35640/97, 11/06/2003.
Mater v. Turkey, B. No: 54997/08, 16.07.2013.
Minelli v. Switzerland, B. No: 14991/02, 14/6/2005.
News Verlags GmbH & Co.KG v. Austria, B. No: 31457/96, 11/01/2000.
Niemietz v. Germany, B. No: 13710/88,16.12.1992.
Petrenco v. Moldova, B. No: 20928/05, 30.03.2010.
Pfeifer v. Avustria, B. No: 12556/03, 15/11/2007.
Rubio Dosamantes v. Spain, B. No: 20996/10.
Tammer v. Estonia, B. No: 41205/98, 06/02/2001.
Von Hannover v. Germany, B. No: 59320/00, 24.06.2004.
Von Hannover v. Germany (No.2),B. No: 40660/08 ve 60641/08, 07.02. 2012.
White v. Sweden, B. No: 42435/02, 19.09.2006.

AYM Kararları

- Adnan Oktar(3)*, B. No: 2013/1123, 2/10/2013.
Ali Galip Baltaoğlu(3), B. No: 2015/813, 31/10/2018.
Cezmi Demir, B. No: 2013/293, 17/7/2014.
Çetin Doğan(2),B. No: 2014/3494, 27/2/2019.
D.Ö(2), B. No: 2014/1291,Karar Tarihi: 13/10/2016.
Emin Aydın, B. No:2013/2602, 23/01/2014.
Hasan Yeşildağ, B. No: 2015/2653, 12/12/2018.
İbrahim Özden Kaboğlu, B. No: 2015/18503, 30/5/2019.
İ.D, B. No: 2015/15955, 31/10/2018.
İlhan Cihaner(2), B. No:2013/5574, 30/06/2014.
İlyas Çınar, B. No:2015/14, 12/12/2018.
Kadir Sağdıç, B. No:2013/6617, 8/4/2015.
Kasım İlimoğlu(2), B. No: 2015/14545, 29/11/2018.

Kaos GL Kültürel Araştırma ve Dayanışma Derneği, B. No: 2014/18891, 23/5/2018.

Kemal Kılıçdaroğlu ve Cumhuriyet Halk Partisi, B. No: 2014/12482, 8/5/2019.

Mehmet Orhan Yücel, B. No: 2014/14293,21/3/2018.

Mehmet Özhaseki, B. No: 2015/4972, 8/5/2019.

N. Ö., B. No: 2016/1152, 4/7/2019.

Osman Oktay Ekşi, B. No: 2014/3092, 27/12/2017.

Süleyman Ezendemir, B. No: 2014/20285, 20/12/2017.



İN SAN HAKLARI EKSENİNDE İNTERNETİN KONTROLÜ VE HUKUKİ SORUMLULUK REJİMİ

*The Control of the Internet and Legal Liability Rules in the Context of
Human Rights*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii KAYA*

ÖZET

İnternet, küresel bir bilgiye erişim ve iletişim ağıdır. İnternet, her geçen gün büyümekte; sosyal, ekonomik, kültürel, siyasi veya ticari amaçlarla kullanılmaktadır. Bireysel kullanımın yanı sıra kamu hizmetlerinin sunumunda da artık varsayılan mecra internet olmuştur.

İnternet ortamında sınıflandırılması neredeyse mümkün olmayan çeşitlilik ve boyutta içerik barındırılmaktadır. Bu içerikler, önceden belirlenmemiş güzergâhlarla ağda dolaşıma girmekte ve ülkelerin sınırlarını sadece saniyeler içinde aşmaktadır.

Benzeri görülmemiş derecede büyük, dağıtık ve kendine özgü teknik yapısı olan, çok farklı egemenlik alanlarını, kurumları ve kişileri ilgilendiren bir yapının nasıl düzenleneceği hem ulusal hem de uluslararası hukukun en temel meselelerinden biri hâline gelmiştir. Bilhassa internetin kontrolünün ve internet ortamındaki içerikten sorumluluğun nasıl olacağı güncel bir sorun olarak belirlemiştir. Nihayetinde, internetin kullanım alanlarının genişlemesi ve interneti kullanan kişi gruplarının çeşitlenmesi sebebiyle aynı anda birden çok hakkın etkilenmesi, kısıtlanması ve hatta özüne dokunulması kaçınılmaz olmaktadır.

Bu makale, internetin kontrolü ve internet ortamında hukuki sorumluluk meselelerini insan hakları ekseninde incelemektedir. Makalede, Avrupa Konseyinin internete ilişkin tüm deklarasyonları

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, mehmet@mbkaya.com, ORCID: 0000-0001-5256-9854. Yazar, makaleyi özenle değerlendiren ve yapıcı önerilerini paylaşan anonim hakemlere müteşekkirdir.

ve tavsiye kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) internetle ilgili tüm kararları genel hatlarıyla incelenmektedir. Makalede internet ortamındaki içeriğe erişimin engellenmesi, içeriğin kaldırılması, internet ortamında kişilik haklarının korunması, internet platformlarının hukuki sorumluluğu, unutulma hakkı, üçüncü kişilere ait internet içeriğinden sorumluluk ve üçüncü kişilere ait internet bağlantılarından sorumluluk konuları ele alınmaktadır. Bu doğrultuda, AİHM'in kararları ışığında ideal bir internet yasasının nasıl olması gerektiği sorusunun yanıtı bulunmaya çalışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler: İnternet, Kontrol, Sorumluluk, Kısıtlama, İnsan Hakları

ABSTRACT

The Internet is a global information and communication network. The expansion of the Internet has been continuing to grow, and this network is being used for various social, economic, cultural, political, or commercial purposes. Besides individual use, the Internet has evolved into being a default medium for delivering public services.

The unlimited variety and diverse size of content, which is almost impossible to classify, is currently hosted on the Internet. These contents circulate on the network via unfixed routes, and they cross the borders of the countries only within seconds.

Regulating an extensive, distributed network with a unique technical structure that concerns diverse sovereignty areas, institutions, and individuals has become one of the most crucial national and international law issues. In particular, the Internet's control and online content responsibility have emerged as a contemporary problem. Ultimately and inevitably, various fundamental rights are affected, restricted, and their essence is touched at the same time because of the expansion of the usage areas of the Internet and the diversification of the groups of people using the Internet.

This article examines the issue of control of the Internet and matters rotating around legal liability in the online ecosystem in the context of human rights. Within the article, all the declarations and recommendations of the Council of Europe and all the ECtHR decisions regarding the Internet are examined in general terms. This article evaluates the blocking of access to the internet content, the removal of content, the protection of personality rights on the Internet, the legal responsibility of online platforms, the right to be forgotten, the responsibility for digital content belonging to third parties and to third-party internet links. In this context, the article attempts to answer how an ideal internet law should be formed in the light of the ECtHR jurisprudence.

Keywords: Internet, Control, Liability, Restraint, Human Rights

GİRİŞ

İnternet, en yalın tanımıyla, aynı dili konuşan bilişim sistemlerinin oluşturduğu küresel bir bilgiye erişim ve iletişim ağıdır¹. Konuşulan dilin teknik adı protokoldür. TCP/IP isimli protokol vasıtasıyla internet ağı üzerinde iletişim kurulmakta ve bilgi sınırsız bir ağda dolaşıma girmektedir².

İnternet, güvenlik değil güven ilkesi üzerine inşa edilmiş, sürekli iletişim ve birlikte çalışabilirlik (*inter-operability*) yaklaşımı ile geliştirilmiştir. İnternetin gelişimi, bilim ve ulusal güvenliğin evliliği olarak betimlenmektedir³. Benzer şekilde internetin gelişim hikâyesi merkezin ölümü, ağın politik ve ticari yükselişi olarak da ifade edilmektedir⁴.

İnternet ağı her geçen gün büyümekte; sosyal, ekonomik, kültürel, siyasi veya ticari amaçlarla kullanılmaktadır. Mobil cihazlar sayesinde artık neredeyse her yerde ağa erişmek mümkündür. Veri barındırma maliyetinin nispeten düşmesi ve yeni nesil sosyal ağ platformları sayesinde sınıflandırılması neredeyse mümkün olmayan çeşitlilik ve boyuttaki içerik internet ortamında barındırılabilir hâle gelmiştir. Bu içerikler, önceden belirlenmemiş güzergâhlarla ağda dolaşıma girmekte ve ülkelerin sınırlarını saniyeler içinde aşmaktadır.

İnternetin düzenlenmesi için yeni bir toplumsal sözleşmeye ihtiyaç olduğu belirtilmektedir⁵. Bu ihtiyacın kökeninde meşruiyet sorunu kadar dünyanın ilk kez bu denli büyük, dağıtık ve kendine özgü teknik yapısı olan, çok farklı egemenlik alanlarını, kurumları ve kişileri ilgilendiren bir alanın regülasyonu karşılıklı karşıya kalmış olması da yatmaktadır⁶.

¹ Lambert, P. (2018). *Gringras: The Laws of the Internet*, Haywards Heath: Bloomsbury Professional, s. 1.

² İnternet öncesinde de ağlar arasında veri iletişimini mümkün kılan yöntemler vardı. İnterneti bu yöntemlerden farklı kılan temel husus, verinin ağdaki hareketidir. İnternet dışındaki diğer ağlarda veriyi bir noktadan diğer noktaya göndermek için sadece alıcıyı belirtmek yetmemekte, ayrıca verinin izleyeceği güzergâhların da belirlenmesi gerekmektedir. İnternet ağında ise sadece alıcının belirtilmesi yeterli olup *router* olarak adlandırılan ağ donanımları, paketin nihai adresine ulaştırılmasını sağlamaktadır. Bu da interneti pratik ve yaygın kılan en temel özelliktir.

³ Bidgoli, H. (2004). *The Internet encyclopedia - Volume 2*, Hoboken New Jersey: John Wiley & Sons, s. 114.

⁴ Ryan, J. (2010). *A history of the Internet and the digital future*, London: Reaktion Books, s. 3.

⁵ Mueller, M. (2002). *Ruling the root Internet governance and the taming of cyberspace*, Cambridge: MIT Press, s. 5.

⁶ a.g.e., s. 5.

Sınırsız sayıda ve birbirinden çok farklı paydaşı ilgilendiren niteliği sebebiyle internetin yönetime değil ancak özel bir yönetişime konu olabileceği haklı olarak belirtilmektedir⁷. Nihayetinde internetin kullanım alanlarının genişlemesi ve interneti kullanan kişi gruplarının çeşitlenmesi sebebiyle aynı anda birden çok hakkın etkilenmesi, kısıtlanması ve hatta özüne dokunulması kaçınılmaz olmaktadır.

İnternet ortamının düzenlenmesi hem ulusal hukukların hem de uluslararası hukukun en güncel meselesidir. İnternetin kullanım alanlarının genişlemesi ve kullanım oranlarının artmasıyla birlikte devletlerin internete müdahaleleri de artmıştır. Başlangıçta sınırlı sayıda suçla mücadele amacıyla internete müdahale eden devletler, zamanla kendi ideolojilerine göre internet içeriğini düzenlemeye ve istenmeyen içeriği filtrelemeye yahut bunlara erişimi engellemeye başlamıştır⁸.

Devletler özellikle terörizmle, radikalleşme ve aşırıcılıkla mücadele, seçim güvenliğinin sağlanması, dezenformasyon, nefret söylemi, şiddete teşvik ve çocuk pornografisiyle mücadele, dolandırıcılığın önlenmesi, fikrî mülkiyet haklarının korunması, kamu sağlığının ve genel olarak da kamu düzeninin korunması gibi sebeplerle internet ortamına daha sık müdahale etmektedir. Keza sosyal medya şirketleri gibi platformların ciddi bir ekonomik değere ulaşması, toplumsal tartışmaları yönlendirmeye başlaması ve hatta klasik medyanın önüne geçmesi devletlerin bu alanı düzenlemeye yönelik iştahını artırmıştır.

İnternet ortamının düzenlenmesi, salt ulusal hukuku ilgilendiren bir mesele değildir; bir yanıyla da uluslararası hukukla bağlantılı bir konudur. Nihayetinde, bir devletin uyguladığı engelleme ve filtreleme yöntemleri sebebiyle sınır aşan veri akışına hanel gelebilmektedir. Yine bir devletin sınırları içinde yer alan ve yurt dışına yayın yapan bir platforma uygulanan kısıtlama, başka devletlerdeki bireylerin ifade özgürlükleri ile diğer bazı temel hak ve özgürlüklerini etkileyebilmektedir.

⁷ Mathiason, J. (2009). *Internet governance: the new frontier of global institutions*, London: Routledge, s. 17.

⁸ İnternetin mukayeseli hukukta düzenlenmesine ilişkin kapsamlı bir inceleme için bkz. Deibert, R., Palfrey, J., Rohozinski, R., Zittrain, J. (2008). *Access Denied: the Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge: MIT Press; Deibert, R., Palfrey, J., Rohozinski, R., Zittrain, J. (2010). *Access Controlled: the Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace* (Information revolution and global politics, Cambridge: MIT Press); Deibert, R., Palfrey, J., Rohozinski, R., Zittrain, J. (2012). *Access Contested: Security, Identity, and Resistance in Asian Cyberspace* (Information Revolution and Global Politics, Cambridge: MIT Press).

İnternetin düzenlenmesi, dinamik bir alandır; yeni gelişen teknolojiler ve ortaya çıkan sorunlarla yeni biçimler almaktadır. İnternetin teknik kontrolü, bünyesinde muhtelif yapısal sorunlar barındıran bir meseledir. Şifreleme teknolojilerinin yaygınlaşması, yerelleşme, ağların parçalara ayrılması ve ağdaki dijital içeriğin kontrolü için çok büyük ölçekte verinin işlenmesi gerekliliği ağ izleme teknolojilerinin yetersiz kalmasına sebep olmaktadır. Bu durumda aşırı engelleme veya hiç engellememenin diğer bir deyişle hatalı pozitif (*false positive*) ve hatalı negatif (*false negative*) durumların ortaya çıkması kaçınılmaz olmaktadır.

İnternetin kontrolündeki bir diğer temel sorun içeriğin sınıflandırılmasıdır. İnternet ortamında her türlü içerik kendisine yer bulabilmektedir. Genel olarak hukuka aykırı içerik ve zararlı içerik şeklinde ikili bir ayırım yapılsa da bu ayırım, hukuk düzenlerinin farklılığı ve bu alandaki bağlayıcı uluslararası düzenlemelerin sınırlı sayıda olması sebebiyle yetersiz kalmaktadır.

Benzer bir sorun internet ortamındaki içeriklerden sorumlulukta da gözlemlenmektedir. Bir hukuk düzeninin ifade özgürlüğü sınırları içinde gördüğü bir içeriğin başka bir hukuk düzeninde hukuka aykırı içerik kategorisinde değerlendirilmesi pekâlâ mümkündür. Müstehcenliğin tanımından terörizmin tanımına kadar geniş bir yelpazede rastlanan bu tür tanım farklılıklarıyla platformların hukuki tanımlamasında da karşılaşmaktadır. Bazen platformdaki içerikler doğrudan platformla özdeşleştirilip içerik sahibi ile platform sahibi aynı sorumluluk rejimine tabi tutulmakta, bazen de içerik sahibi ve platform sahibi özel kurallar vasıtasıyla müstakil sorumluluk rejimlerine tabi kılınmaktadır.

Platformlar için genel kabul gören güvenli liman yaklaşımı da özellikle nefret söylemi ile mücadele, şiddete teşvik çağrılarının önlenmesi ve dezenformasyonla mücadele gibi sebeplerle farklı şekilde uygulanmaya başlamıştır. Platformların barındırdıkları üçüncü kişilere ait içeriklerden veya haber sitelerinin, kullanıcı yorumlarından sorumsuzluğunun istisnaları her geçen gün artmaktadır. Özellikle insan hakları alanındaki içtihatlarda da ana kuraldan sapma çarpıcı şekilde gözlemlenmektedir. Keza küresel salgınlar gibi olağanüstü dönemlerde tüm kurallar ters yüz edilebilmekte veya askıya alınabilmektedir.

İnternet ortamının düzenlenmesinde, algılama ve belirsizlik döneminin geride kaldığı, artık daha somut ve spesifik sorunlara

ilişkin detaylı kuralların var olduğu bir noktaya gelinmiştir. Bazen bağlayıcı hukuk kuralları bazen de yumuşak hukuk kuralları bu alanın düzenlenmesinde belirleyici olabilmektedir. Yargı içtihatları ise düzenlemelere yol göstermekte, boşlukları doldurmakta ve alanı şekillendirmektedir.

Bu çalışma, internetin kontrolü ve internet ortamında hukuki sorumluluk meselelerini insan hakları ekseninde incelemektedir. Çalışmada, Avrupa Konseyinin internete ilişkin tüm deklarasyonları ve tavsiye kararları ile Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (“AİHM”) internetle ilgili tüm kararları genel hatlarıyla incelenmektedir. İnternet ortamındaki içeriğe erişimin engellenmesi, içeriğin kaldırılması, internet ortamında kişilik haklarının korunması, internet platformlarının hukuki sorumluluğu, unutulma hakkı, üçüncü kişilere ait internet içeriğinden sorumluluk ve üçüncü kişilere ait internet bağlantılarından sorumluluk içtihatlarına değinen bu çalışma; AİHM’in kararları ışığında ideal bir internet yasasının nasıl olması gerektiği sorusunun yanıtını bulmaya çalışmaktadır.

Çalışma şu şekilde yapılandırılmıştır: Birinci bölümde, Avrupa Konseyinin internete ilişkin yayımladığı bütün deklarasyonlar ve aldığı tavsiye kararları incelenmiştir. İkinci bölüm, AİHM’in internetle ilgili tüm kararlarına ayrılmıştır. Bu bölümde, AİHM’in kararları genel hatlarıyla incelenmiştir. Çalışmanın üçüncü bölümü, AİHM kararları ışığında bir internet yasasının hangi nitelikleri haiz olması gerektiği sorusunun yanıtını bulmaya çalışmaktadır. Son bölümde ise çalışma neticelendirilmektedir.

I. AVRUPA KONSEYİNİN İNTERNETE İLİŞKİN DEKLARASYON VE KARARLARI

Avrupa Konseyi, internetin yaygınlaşması, sosyal ve ekonomik hayata etkisinin artmaya başlamasıyla birlikte özellikle insan hakları açısından çeşitli tavsiye kararları almış, deklarasyonlar ve rehberler yayımlamıştır. Çoğu yumuşak hukuk kuralı niteliğinde olan, temelde bağlayıcılığı bulunmayan, tavsiye niteliğindeki bu metinlerin önemi nedir? Bu belgeler temelde bağlayıcı olmasa da uzun vadede insan hakları hukukunun gelişimi, mevzuatın biçimlendirilmesi ve AİHM içtihatlarının şekillenmesinde önemli rollere sahiptir.

AİHM kararlarında bu belgelerden alıntılar ve bu belgelere açık atıflar yapıldığı dikkate alındığında dolaylı bağlayıcı etki daha net gözlemlenebilmektedir. Diğer bir deyişle yumuşak hukuk kuralları sert hukuk kurallarının özünü, ruhunu, temel gelişim dinamiğini oluşturmaktadır. Teknik ve dinamik alanların yumuşak hukuk kuralları ile düzenlenmesi en makul yaklaşımdır.

Bu bölümde, Avrupa Konseyinin temel internet yönetim belgelerine yer verilecektir. Çalışmanın amacı ve kapsamı doğrultusunda bunlardan sadece internet hukukuyla doğrudan bağlantılı olanlar ele alınacaktır. Tüm deklarasyonlar ve tavsiye kararları kronolojik sıra içinde şu şekilde özetlenebilir:

1999

Avrupa Konseyi, 23 Şubat 1999 tarihinde kabul ettiği İnternette Özel Hayatın Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı'nda, internet kullanıcıları ve internet hizmet sağlayıcıları için ayrı ayrı teknik ve hukuki tavsiyelerde bulunmuştur⁹. Tavsiyeler her türlü bilgi otobanını kapsayacak şekilde hazırlanmış ve genel olarak hizmet sağlayıcıların şeffaflığına vurgu yapmıştır. Avrupa Konseyi, bu tavsiye kararında bilgi otobanlarındaki en temel sorunların anonimlik, veri güvenliği ve mahremiyet olduğunu belirtmiştir.

2000

Avrupa Konseyi, 13 Temmuz 2000 tarihli Arşiv Erişimine Yönelik Bir Avrupa Politikası Hakkında Tavsiye Kararı'nda arşivlere erişim konusunu ele almıştır¹⁰. Tavsiye kararında arşive erişimin bir hak olarak kabul edilmesi, bu hakkın herkese aynı şekilde kullanılabilmesi, kısıtlamaların sadece kamusal menfaatleri ve kişileri korumak için gerekli olduğu durumlarda uygulanması, tüm kısıtlamaların süreyle sınırlı olması, kısıtlı erişimli belgelere erişim koşullarının herkes için aynı olması gerektiği belirtilmiştir.

⁹ Avrupa Konseyi, *Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states for the protection of privacy on the Internet Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways (adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Minister's Deputies)*, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804f4429 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

¹⁰ Avrupa Konseyi, *Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives (Adopted by the Committee of Ministers on 13 July 2000, at the 717th meeting of the Ministers' Deputies)* <https://rm.coe.int/16804cea4f> (Erişim tarihi: 1/11/2020).

2001

Avrupa Konseyinin 5 Eylül 2001 tarihli Siber İçeriğin Öz Düzenlenmesine İlişkin Tavsiye Kararı, internet ortamındaki içeriğin sınıflandırılması konusunu ele almıştır¹¹. Bu tavsiye kararında zararlı içerik-hukuka aykırı içerik ayırımına değinilmiştir. Karar, hukuka aykırı içeriğin nitelendirilmesinde ulusal ceza mevzuatlarının belirleyici olacağını belirtmiştir. Zararlı içeriğin tanımının ise farklılık gösterebileceğini vurgulamıştır. Zira çocukların fiziksel, ruhsal ve ahlaki gelişimleri için neyin potansiyel anlamda zararlı olarak nitelendirileceği değişkenlik gösterebilen bir husustur. Karar ayrıca etkin şikâyet sistemlerinin sahip olması gereken asgari nitelikleri tanımlamıştır.

2003

2003 yılına gelindiğinde Avrupa Konseyinin gündemine internete erişim konusu girmiştir. 28 Mayıs 2003 tarihli İnternette İletişim Özgürlüğüne İlişkin Deklarasyon'da Konsey, internet ortamındaki iletişime yönelik sınırsız bir ön denetimin istisnai bir durum olarak kalması ve bireylerin internete erişiminin önündeki engellerin kaldırılması gerektiğinin altını çizmiştir¹². Deklarasyon'a göre kamu otoriteleri, engelleme veya filtreleme gibi genel önlemler vasıtasıyla, sınır tanımayan bir şekilde toplumun bilgiye veya internet ortamındaki diğer iletişim olanaklarına erişiminin önüne geçmemelidir. Bu durum, küçüklerin bulunabileceği okul veya kütüphane gibi yerlerde onların korunması amacıyla filtreleme yapılmasını engellemeyecektir.

2005

Avrupa Konseyi, 13 Mayıs 2005 tarihinde Bilgi Toplumunda İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Deklarasyonu'nu kabul etmiştir¹³.

¹¹ Avrupa Konseyi, *Recommendation Rec (2001) 8 of the Committee of Ministers to member states on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services) (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001, at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies)* <https://www.osce.org/files/f/documents/0/7/31584.pdf> (Erişim tarihi: 1/11/2020).

¹² Avrupa Konseyi, *Committee of Ministers Declaration on freedom of communication on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

¹³ Avrupa Konseyi, *Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society CM(2005)56*, https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Public_participation_internet_governance/Declaration-Information-Society/011_DeclarationFinal%20text_en.asp (Erişim tarihi: 1/11/2020).

Bu Deklarasyon, Dünya Bilgi Toplumu Zirvesi'nin Tunus Aşamasına Avrupa Konseyinin görüşü olarak sunulmuştur. Deklarasyon'da Avrupa Konseyine üye devletler, bilgi ve iletişim teknolojilerinin, mevcut insan hakları enstrümanlarının aslen geliştiği sosyal, teknolojik ve hukuki ortamı değiştirme potansiyeli taşıdığı farkında olduklarını belirtmiştir. Üye devletler bu tür teknolojilerin, demokratik süreçlerin ayrılmaz parçası olduğunun ve insan haklarının kullanılmasında geniş imkânlar sunabildiğinin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (AİHS) güvence altına alınan tüm hakların bilgi çağında da tamamen geçerli olduğunun ve yeni teknolojik gelişmelerden bağımsız şekilde korunması gerektiğinin altını çizmiştir.

2006

2006 yılında Avrupa Konseyi, çocukların eğitimi konusuna odaklanmıştır. Konsey, 27 Eylül 2006 tarihinde kabul ettiği Yeni Bilgi ve İletişim Ortamında Çocukların Güçlendirilmesi Tavsiye Kararı'nda çocukların bilişim okuryazarlığının artırılmasını, çocukların bilinçlendirilmesini ve bunun üye devletlerin eğitim müfredatlarının bir parçası hâline getirilmesini önermiştir¹⁴. Tavsiye kararı üye devletleri, çocukların bilgi ve iletişim teknolojileri karşısında güçlendirilmesi için pedagojik içerikler üretmeye, öğrenme araçları oluşturmaya ve araştırma programları geliştirmeye davet etmektedir.

2007

26 Eylül 2007 tarihinde kabul ettiği Yeni Bilgi ve İletişim Ortamında İfade ve Bilgi Özgürlüğünün Geliştirilmesine İlişkin Tavsiye Kararı'nda Avrupa Konseyi, yeni bilgi ve iletişim ortamında ifade ve bilgi özgürlüğünün geliştirilmesi için bireysel kullanıcıların güçlendirilmesi, güvenilir bilgi, esnek içerik oluşturma ve bilgi sürecinde şeffaflığın sağlanması için ortak standartlar ve stratejiler geliştirilmesi; bilgi teknolojileri (BT) altyapılarına makul şekilde erişim, bir kamu hizmeti olarak bilgiye erişim ve paydaşlar arasında iş birliği konularında üye devletleri eyleme geçmeye çağırmaktadır¹⁵.

¹⁴ Avrupa Konseyi, *Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment (Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805af669 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

¹⁵ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to*

Benzer doğrultuda 7 Kasım 2007 tarihinde kabul edilen İnternetin Kamu Hizmeti Boyutunun Geliştirilmesine Yönelik Önlemlere İlişkin Tavsiye Kararı, hayatın farklı alanlarında farklı amaçlarla kullanılması sebebiyle internetin erişilebilir, makul ücretli, güvenli, güvenilir ve işler olmasına yönelik meşru bir beklentinin oluştuğunu vurgulamış; insan hakları ve demokrasi, erişim, açıklık, çeşitlilik ve güvenlik bağlamında Avrupa Konseyinin paydaş katılımını önceleyen politikalar geliştirmesine yönelik çağrı yapmıştır¹⁶.

2008

Avrupa Konseyi, 26 Mart 2008 tarihinde kabul ettiği İnternet Filtreleri Bağlamında İfade ve Bilgi Özgürlüğüne Saygının Teşvik Edilmesine Yönelik Tedbirleri İçeren Tavsiye Kararı'nda internet filtrelerine, bunların nasıl kullanıldıklarına ve kapsamlarının ne olduğuna değinmektedir¹⁷. Tavsiye kararı, üye devletlere, filtreleme alanında minimum standartları geliştirme, kullanım amaçlarına göre filtrelerin etkinlik ve ölçülülüklerini düzenli olarak gözden geçirme ve güncelleme çağrısında bulunmaktadır.

Aynı yıl kabul edilen 20 Şubat 2008 tarihli İnternet Ortamında Çocukların İtibar, Güvenlik ve Mahremiyetlerinin Korunmasına İlişkin Deklarasyon ise ifade özgürlüğünün ve bilgiye erişim hakkının herhangi bir kamusal kısıtlamaya veya sınıra tabi olmaksızın kullanılması gerektiğinin altını çizmiştir¹⁸. Deklarasyon, Avrupa Konseyine üye tüm devletlerin çocukların haklarının korunmasına yönelik sorumluluğu olduğunu hatırlatarak internette iletişim özgürlüğünün özellikle çocukların haklarına hanel getirmemesi gerektiğini tekrarlamıştır.

member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment (Adopted by the Committee of Ministers on 26 September 2007 at the 1005th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d4d0e (Erişim tarihi: 1/11/2020).

¹⁶ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 7 November 2007 at the 1010th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d4a39 (Erişim tarihi: 1/11/2020).*

¹⁷ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters (Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2008 at the 1022nd meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d3bc4 (Erişim tarihi: 1/11/2020).*

¹⁸ Avrupa Konseyi, *Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 20 February 2008 at the 1018th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d3d2d (Erişim tarihi: 1/11/2020).*

2009

Avrupa Konseyi, eğitim meselesini 2009 yılında tekrar gündemine almıştır. 8 Temmuz 2009 tarihli Çocukları Zararlı İçeriğe ve Davranışlara Karşı Koruma ve Çocukların Yeni Bilgi ve İletişim Ortamına Aktif Katılımlarını Yaygınlaştırmaya İlişkin Tavsiye Kararı'nda, bilgi ve haberleşme ortamlarında küçükleri zararlı içeriklerden korumak ve çocukların medya okuryazarlık becerilerini artırmak suretiyle ifade özgürlüğünü ve insan onurunu korumanın Avrupa Konseyinin bir önceliği olduğu vurgulanmıştır¹⁹. Kararın ekinde yer alan Rehber'e göre online içeriğin etiketlenmesi çocuklar için güvenli ve güvenli alanlar geliştirilmesine katkı sunmaktadır. Ancak bu tür etiketleme inisiyatiflerinin etkinliği ve güvenilirliği bu sistemlerden sorumlu olanların hesap verebilirliklerine ve sistemlerin birlikte çalışabilmesine bağlıdır.

2010

Avrupa Konseyi, internet ağında verilerin dolaşımına ilişkin temel bir ilke olan ağ tarafsızlığını ilk defa 2010 yılında kapsamlı olarak gündemine almıştır. Konseyin 29 Eylül 2010 tarihli Ağ Tarafsızlığı Deklarasyonu'na göre kullanıcılar; internet temelli içeriğe, uygulamaya veya tercih edecekleri hizmetlere bunların ücretli veya ücretsiz olmasından bağımsız olarak istedikleri cihazlarla mümkün olan en geniş kapsamda erişim hakkına sahip olmalıdır²⁰. Altyapı veya internete bağlanmak için kullanılan ağdan bağımsız şekilde bu ilke, ağ tarafsızlığı olarak ifade edilmektedir. Avrupa Konseyine göre altyapıya erişim, bu hedefin gerçekleştirilmesi için ön koşuldur.

Avrupa Konseyi, 29 Eylül 2010 tarihinde ayrıca İnternet Protokol Adres Kaynaklarının Kamu Yararına Uygun Yönetimine İlişkin Deklarasyon'u kabul etmiştir²¹. Deklarasyona göre İnternet Protokolü

¹⁹ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment (Adopted by the Committee of Ministers on 8 July 2009 at the 1063rd meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d0b0f (Erişim tarihi: 1/11/2020).

²⁰ Avrupa Konseyi, *Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality (Adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010 at the 1094th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ce58f (Erişim tarihi: 1/11/2020).

²¹ Avrupa Konseyi, *Declaration of the Committee of Ministers on the management of the Internet*

Versiyon 4 (IPv4) adresleri kısıtlı kaynaktır ve tükenme aşamasındadır. Bu durum, internetin genişlemesine ve mevcut çalışabilirliğine risk oluşturmaktadır. Bu sebeple dağıtılmayan veya kullanılmayan IPv4 adreslerinin kamu yararına uygun şekilde yönetilmesi arzu edilmektedir. Deklarasyona göre Avrupa Konseyinin nihai hedefi, herkes tarafından internet kaynaklarına stabil ve sürekli erişiminin sağlanmasıdır.

2011

Avrupa Konseyinde internete ilişkin en yoğun tartışmaların yaşandığı yıl, 2011 yılı olmuştur. Bu yıl internetin farklı bir boyutuna ilişkin muhtelif tavsiye kararları alınmış ve deklarasyonlar yayımlanmıştır.

Avrupa Konseyinin 21 Eylül 2011 tarihinde kabul ettiği Alan Adları ve İsim Dizeleri Bağlamında İfade ve Bilgi Özgürlüğü ile Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğünün Korunmasına İlişkin Deklarasyon'a göre alan adları ve isim dizelerinde yer alan ifadelerin önsel şekilde (*apriori*) ifade özgürlüğü ile bilgi alma ve verme hakkının dışında değerlendirilmemesi gerekmektedir²². Nihayetinde bir alan adı veya isim dizesi ve bunların oluşturdukları ifade türleri, barındırılan içerikle ayrılmaz şekilde iç içe geçmiştir. Deklarasyon'a göre internet özgürlüklerine hanel gelmemesi için bu konudaki hassasiyetlerin hem Avrupa Konseyine üye devletler nezdinde hem de ICANN ("*The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*") tarafından geliştirilen yeni üst düzey alan adlarında gözetilmesi gerekmektedir.

2005 yılında Tunus'ta gerçekleştirilen Birleşmiş Milletler Dünya Bilgi Toplumu Zirvesi ile alevlenen internet yönetişimi konusu, 2011 yılında tekrar Avrupa Konseyinin gündemine gelmiştir. Konsey, 21 Eylül 2011 tarihinde güncel politik pozisyonunu ortaya koymak amacıyla İnternet Yönetişimi İlkeleri Deklarasyonu'nu kabul etmiştir²³. Deklarasyon,

protocol address resources in the public interest (Adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010 at the 1094th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ce5bd (Erişim tarihi: 1/11/2020).

²² Avrupa Konseyi, *Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b1059 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

²³ Avrupa Konseyi, *Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

internette sürdürülebilir, insan merkezli ve hak temelli bir yaklaşımı mümkün kılmak için internet yönetişimi ilkelerini hâkim kılmak gerektiğini belirtmiştir. Deklarasyon bu doğrultuda insan hakları, demokrasi ve hukukun üstünlüğü, çoklu paydaş yönetişimi, devletlerin sorumlulukları, internet kullanıcılarının güçlendirilmesi, internetin evrenselliği, internetin bütünlüğü, merkezî olmayan yönetim, mimari ilkeler, açık ağ, kültürel ve dilsel çeşitlilik konularında temel ilkeler ortaya koymuştur.

Benzer şekilde 21 Eylül 2011 tarihinde kabul edilen Yeni Bir Medya Nosyonuna İlişkin Tavsiye Kararı, internet aracılığıyla yürütülen faaliyetlerin medya faaliyetleriyle kesiştiği noktalarda onları da kapsama alarak medyanın tanımını yeni medya nosyonu altında alabildiğine genişletmiştir²⁴. Medyanın teknolojiyle etkileşimi yeni medya nosyonu olarak kavramsallaştırılmıştır.

Aynı doğrultuda 21 Eylül 2011 tarihinde kabul edilen İnternetin Evrenselliğini, Bütünlüğünü ve Açıklığını Koruma ve Geliştirmeye İlişkin Tavsiye Kararı'na göre internet günlük faaliyetler için çok farklı amaçlarla kullanılmaktadır. İnternet hizmetlerinin erişilebilir, makul fiyatlı, güvenli, güvenilir ve işler olmasında bireylerin haklı beklentileri vardır²⁵. Bu beklentiler, devletlere internete ilişkin politikalar geliştirirken genel kamusal yararı dikkatlice gözetme sorumluluğu yüklemektedir. Keza devletlerin de internetin kamu hizmeti değerini korumak ve geliştirmek için en iyi çabanın gösterilmesine yönelik karşılıklı beklentileri vardır.

Son olarak 7 Aralık 2011 tarihinde kabul edilen Özel Olarak İşletilen İnternet Platformları ve Online Hizmet Sağlayıcıları Bağlamında İfade Özgürlüğü ile Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğünün Korunması Deklarasyonu'na göre kamuya sunulan içeriğe müdahale edilmesi veya tüm web sitelerini erişilmez kılmaya yönelik girişimler, ifade özgürlüğü ile bilgi alma ve verme hakkını güvence altına almaya çalışan başta

²⁴ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

²⁵ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f8 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

AİHS'in 10. maddesi ile AİHM'in ilgili içtihatları olmak üzere uluslararası standartlara göre değerlendirilmelidir²⁶. Aynı değerlendirme, belirli menfaat gruplarının etkileşimine yönelik engeller bakımından da yapılmalıdır.

2012

Arama motorları, bilgi toplumundaki artan önemleri sebebiyle Avrupa Konseyinin de gündemine gelmiştir. Konseyin 4 Nisan 2012 tarihli Arama Motorları Bağlamında İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı, arama motorlarının dünya genelinde bilgi almak, tartışmalara katkı sunmak ve demokratik süreçlere katılmak için bilginin, fikirlerin ve diğer içeriklerin araştırılması, alınması ve dağıtımına imkân tanıdığını belirtmiştir²⁷. İnternetin kamu hizmeti niteliğine ilişkin 2007 yılındaki kararı hatırlatan Tavsiye Kararı, internete erişimdeki önemlerine binaen arama motorlarının internet ortamında yer alan, kamuya açık ve dış erişimi amaçlanan içeriği serbestçe tarayıp indekslemesine izin verilmesinin önemli olduğunu vurgulamıştır.

Arama motorlarıyla birlikte sosyal medyanın insan hakları bağlamında düzenlenmesi de Avrupa Konseyinin politik radarına girmiştir. Avrupa Konseyi 4 Nisan 2012 tarihinde Sosyal Ağ Hizmetleri Bağlamında İnsan Haklarının Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir²⁸. Tavsiye kararına göre sosyal ağ veya yaygın adıyla sosyal medya, insan haklarından faydalanmayı mümkün kılmının yanında demokrasi için katalizör görevindedir. Öyle ki bireyler arasında ifade ve haberleşmenin ve ayrıca kitle iletişimi veya genel olarak kitle haberleşmesinin de aracı konumundadır.

²⁶ Avrupa Konseyi, *Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers (Adopted by the Committee of Ministers on 7 December 2011 at the 1129th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805cb844 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

²⁷ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines (Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805caa87 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

²⁸ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services (Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805caa9b (Erişim tarihi: 1/11/2020).

Tavsiye kararına göre sosyal ağlar, daha geniş halk kitlelerinin bilgiyi alma ve yaymasına yardımcı olmakta; bireylerin politik, sosyal ve kültürel hayata katılımını geliştirmektedir. Aynı doğrultuda, sosyal ağ, internetin kamu hizmeti değerinin bir uzantısı olması sebebiyle demokrasiyi ve sosyal katılımı kolaylaştırmaktadır.

Tavsiye kararı, sosyal ağların sadece sunduğu fırsatlara değil ayrıca oluşturduğu tehdit ve risklere de işaret etmiştir. Tavsiye kararına göre sosyal ağlarda ifade ve bilgi özgürlüğü, özel yaşam hakkı ve insan onuru ihlal edilebilir ve sosyal medya, ayrımcı uygulamalara ev sahipliği yapabilir. Tavsiye kararına göre bu tür tehditler, bireylerin dışlanmasına yol açan süreçleri kapsayan uygun hukuki ve usule ilişkin korumaların yokluğundan kaynaklanmaktadır. Tavsiye kararı, sosyal ağ hizmetlerinin kişilerin hak ve özgürlüklerine saygı göstermesi gerektiğine ilişkin çağrıda bulunmuştur.

2014

Avrupa Konseyinin internete ilişkin en kapsamlı politik metni, 16 Nisan 2014 tarihli İnternet Kullanıcıları İçin İnsan Hakları Rehberi'dir²⁹. Avrupa Konseyi bu rehberde, üye devletlerin insan haklarına saygı gösterme, insan haklarını koruma ve yaygınlaştırma yükümlülüklerinin özel şirketlerin denetlenmesini de kapsadığını belirtmiştir. Rehberde göre evrensel ve bölünemez olan insan hakları ve bununla ilgili standartlar, herhangi bir özel sektör oyuncusunun internet kullanıcıları üzerine yükleyeceği genel şart ve kuralların üzerindedir.

Keza rehberde göre, internete ilişkin tüm süreçlerde AİHS ve AİHM'in ilgili içtihatlarının dikkate alınması gerekmektedir. Ayrıca, internete uygulanacak tür türlü kısıtlama yasa ile öngörülmesi, demokratik bir toplumda geçerli bir amaca ulaşılması için gerekli ve orantılı değildir. Rehber, hak ve özgürlüklerinin kısıtlandığını veya haklarının ihlal edildiğini düşündüklerinde internet kullanıcılarının etkili yasal çözümlere erişimlerinin temin edilmesini, devlet ve devletler dışındaki aktörlerle koordinasyonun yaygınlaştırılmasını, devlet yetkilileri ve sivil toplumla etkin bir diyalogun teşvik edilmesini, ayrıca tavsiye etmektedir.

²⁹ Avrupa Konseyi, *Recommendation of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users (Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2014 at the 1197th meeting of the Ministers' Deputies)*
https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804d5b31 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

2015

Avrupa Konseyi, erişimin engellenmesi uygulamalarının artışının oluşturduğu riskleri dikkate alarak 1 Nisan 2015 tarihinde Bilginin İnternet Ortamında Sınır Ötesine Serbestçe Akışına İlişkin Tavsiye Kararı'nı kabul etmiştir³⁰. Tavsiye kararına göre internet trafiğine kasıtlı veya kasıtsız müdahale eden veya internet içeriğine yahut hizmetlerine ülke içinde sınırlamalar getiren ulusal politikalar, önlemler, ticari faaliyetler, teknolojik uygulamalar o devletin sınırları dışında ifade özgürlüğü ile toplantı ve örgütlenme haklarının kullanımı üzerinde de sonuçlar doğurabilir. Tavsiye kararı, bu durumda başka bir devletin egemenlik hakkının etkilenebileceğinin altını çizmiştir.

Tavsiye kararı, uluslararası ortak bir anlayış geliştirilmesi gerektiğini, internet ortamında bilginin sınır ötesine serbest akışına ilişkin kuralların konsolide hâle getirilmesinin zorunlu olduğunu, tüm bunlar yapılırken çocukların online ortamlarda korunmasına, siber suçlarla mücadele ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin uluslararası sözleşmelerle uyumun temin edilmesi gerektiğini belirtmiştir.

2016

Ağ tarafsızlığı, önemi sebebiyle 2010 yılından sonra 2016 yılında da Avrupa Konseyinin gündemine tekrar gelmiştir. 13 Ocak 2016 tarihinde kabul edilen Ağ Tarafsızlığı Bağlamında İfade Özgürlüğü Hakkı ile Özel Hayat Hakkının Korunması ve Geliştirilmesine İlişkin Tavsiye Kararı, Avrupa Konseyinin ağ tarafsızlığına ilişkin güncel yaklaşımını ortaya koymuştur³¹. Ağ tarafsızlığı ilkesi, internet trafiğinin ayrımcılık yapılmaksızın işlerliği, kullanıcıların bilgi alma ve yayma hakkı ile dilediği hizmeti kullanma hakkı üzerine kuruludur. AİHS'in 10. maddesinin, bilginin sadece içeriğini değil mecrasını da güvence altına aldığını belirten tavsiye kararı, ağ tarafsızlığının, teknik yenilikçiliği ve ekonomik gelişmeyi desteklediğini belirtmiştir.

³⁰ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to member States on the free, transboundary flow of information on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 1 April 2015, at the 1224th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f20 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

³¹ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality (Adopted by the Committee of Ministers on 13 January 2016, at the 1244th meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1e59 (Erişim tarihi: 1/11/2020).

Aynı yıl kabul edilen 13 Nisan 2016 tarihli İnternet Özgürlüğüne İlişkin Tavsiye Kararı ise internet özgürlüğünü tanımlamış ve bu bağlamda kullanılabilir göstergeleri ortaya koymuştur³². Tavsiye kararında internet özgürlüğü; insan hakları ve temel özgürlüklerin internet ortamında AİHS'ye ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne uygun şekilde icrası, kullanılması ve korunması olarak tanımlanmıştır. Tavsiye kararı ulusal, bölgesel veya küresel tüm internet yönetişimi düzenlemelerinin internet özgürlüğü anlayışının üzerine inşa edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Keza devletlerin internet özgürlüğü için uygun ortamı hazırlamakla yükümlü olduğu ifade edilmektedir.

2018

Avrupa Konseyinin internete ilişkin son metni ise 7 Mart 2018 tarihli İnternet Aracı Platformlarının Roller ve Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'dır³³. Tavsiye kararına göre yaygın, çeşitli ve hızla değişen nitelikte "internet araçları" olarak adlandırılan oyuncular, çeşitli işlev ve hizmetler sunmak ve sağlamak suretiyle internette gerçek ve tüzel kişiler arasındaki etkileşimi kolaylaştırmaktadır. Aracı platformları tanımladıktan sonra tavsiye kararı, hukukun üstünlüğünün hem insan haklarının korunması ve geliştirilmesi hem de çoğulcu ve katılımcı demokrasi için bir ön koşul olduğunu belirtmiştir.

Sonuç olarak, tüm bu metinler birlikte değerlendirildiğinde Avrupa Konseyinin internete ilişkin dengeli bir yaklaşım ortaya koyduğu söylenebilir. Konseyin temel regülasyon paradigması, klasik düzenleme değil öz düzenleme (*self-regulation*) ve ortak düzenleme (*co-regulation*) yöntemleridir. Konsey, hizmet sağlayıcılara, platformlara veya arama motorlarına belirli konularda sorumsuzluklar ve muafiyetler tanırken bunun karşılığında kullanıcılar için etkin bir hak arama mekanizması kurmalarını zorunlu tutmaktadır. Bu suretle internet ortamında sınır içi ve sınır dışı veri akışının devamını ve hizmetlerin kesintisiz sürdürülmesini teminat altına almaya çalışmaktadır.

³² Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom (Adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1253rd meeting of the Ministers' Deputies)* https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016806415fa (Erişim tarihi: 1/11/2020).

³³ Avrupa Konseyi, *Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries (Adopted by the Committee of Ministers on 7 March 2018 at the 1309th meeting of the Ministers' Deputies)* <https://rm.coe.int/1680790e14> (Erişim tarihi: 1/11/2020).

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİNİN İNTERNETE İLİŞKİN KARARLARI

Bilgi ve iletişim teknolojilerinin kullanımının AİHS'ye uygunluğu, AİHM tarafından farklı bağlamlarda değerlendirmeye alınmıştır. AİHM'in mahremiyetten kişisel verilerin korunmasına kadar bu konuda çok sayıda içtihadı vardır³⁴. Daha ziyade, AİHS'in özel hayata ve aile hayatına saygıya ilişkin 8. maddesi ile ifade özgürlüğüne ilişkin 10. maddesi bağlamında verilen bu kararlar, mahremiyet ile diğer çatışan haklar arasında nasıl bir denge kurulması gerektiği konusunda yol gösterici niteliktedir.

İnternetin yaygınlaşması ve ifade özgürlüğünün temel bir aracı hâline dönüşmesiyle birlikte internete erişimin engellenmesi konusu da AİHM'i meşgul etmeye başlamıştır. Benzer şekilde, özellikle sosyal medyanın toplumun geniş kesimlerince kullanılmaya başlanmasıyla beraber arama motorlarının bilgi toplumunda özgün fonksiyonlar yerine getirmesi, üçüncü kişilerin platformlarda çok farklı niteliklerde içerik üretmesi ve paylaşması, içeriklerden kimin hangi esasa göre sorumlu tutulacağı, bağlantıların sorumluluk doğurup doğurmayacağı gibi internet hukukuna özgü sorunlar ortaya çıkmış ve bu konudaki uyuşmazlıklar nihai olarak AİHM'in önüne gelmiştir.

Kasım 2020 itibarıyla AİHM'in doğrudan internet hukukuna özgü vermiş olduğu on yedi kararı bulunmaktadır. Söz konusu kararlar (kabul veya kabul edilmezlik) internet ortamındaki içeriğe erişimin engellenmesi, içeriğin kaldırılması, internet ortamında kişilik haklarının korunması, internet platformlarının hukuki sorumluluğu, unutulma hakkı, üçüncü kişilere ait internet içeriğinden sorumluluk, üçüncü kişilere ait internet bağlantılarından sorumluluk gibi farklı konulara ilişkindir.

Kararlar üç ana kategoride sınıflandırılabilir:

1. İnternet İçeriğine Erişimin Engellenmesi veya İçeriğin Filtrelenmesine İlişkin Kararlar

- Ahmet Yıldırım v. Türkiye (18 Aralık 2012)³⁵
- Akdeniz v. Türkiye (11 Mart 2014)³⁶

³⁴ AİHM'in kişisel verilere ilişkin tüm içtihatları için bkz. *Case Law of the European Court of Human Rights Concerning the Protection of Personal Data*, https://www.echr.coe.int/Documents/FS_Data_ENG.pdf (Erişim tarihi: 1/11/2020).

³⁵ AİHM, *Ahmet Yıldırım/Türkiye*, B. No: 3111/10, 18/12/2012.

³⁶ AİHM, *Akdeniz/Türkiye*, B. No: 20877/10, 11/3/2014.

- Cengiz ve diğçerleri v. Türkiye (1 Aralık 2015)³⁷
- Kalda v. Estonya (19 Ocak 2016)³⁸
- Jankovskis v. Litvanya (17 Ocak 2017)³⁹
- Kablis v. Rusya (30 Nisan 2019)⁴⁰
- Bulgakov v. Rusya (23 Haziran 2020)⁴¹
- OOO Flavus ve diğçerleri v. Rusya (23 Haziran 2020)⁴²
- Vladimir Kharitonov v. Rusya (23 Haziran 2020)⁴³

2. İnternet İçeriğinin Kaldırılmasına İlişkin Kararlar

- ML ve WW v. Almanya (28 Haziran 2018)⁴⁴
- Engels v. Rusya (23 Haziran 2020)⁴⁵

3. İnternet İçeriğinden veya Bağlantıdan Dolayı Hukuki Sorumluluğç İlişkin Kararlar

- Delfi v. Estonya (16 Haziran 2015)⁴⁶
- MTE ve Index.Hu Zrt v. Macaristan (2 Şubat 2016)⁴⁷
- Rolf Anders Daniel Pihl v. İsveç (9 Mart 2017)⁴⁸
- Tamiz v. Birleşik Krallık (19 Eylül 2017)⁴⁹
- Magyar Jeti Zrt v. Macaristan (4 Aralık 2018)⁵⁰
- Høiness v. Norveç (19 Mart 2019)⁵¹

³⁷ AİHM, *Cengiz ve diğçerleri/Türkiye*, B. No: 48226/10 ve 14027/11, 1/12/2015.

³⁸ AİHM, *Kalda/Estonya*, B. No: 17429/10, 19/1/2016.

³⁹ AİHM, *Jankovskis/Litvanya*, B. No: 21575/08, 17/4/2017.

⁴⁰ AİHM, *Kablis/ Rusya*, B. No: 48310/16 ve 59663/17, 30/4/2019.

⁴¹ AİHM, *Bulgakov/Rusya*, B. No: 20159/15, 23/6/2020.

⁴² AİHM, *OOO Flavus ve diğçerleri/Rusya*, B. No: 12468/15, 23489/15, 19074/16, 23/6/2020.

⁴³ AİHM, *Vladimir Kharitonov/Rusya*, B. No: 10795/14, 23/6/2020.

⁴⁴ AİHM, *M.L. ve W.W./Almanya*, B. No: 60798/10 ve 65599/10, 28/6/2018.

⁴⁵ AİHM, *Engels/Rusya*, B. No: 61919/16, 23/6/2020.

⁴⁶ AİHM, *Delfi AS/Estonya*, B. No: 64569/09, 16/6/2015.

⁴⁷ AİHM, *Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE) ve Index.hu Zrt/Macaristan*, B. No: 22947/13, 2/5/2016.

⁴⁸ AİHM, *Rolf Anders Daniel PIHL/İsveç*, B. No: 74742/14, 7/2/2017.

⁴⁹ AİHM, *Tamiz/Birleşik Krallık*, B. No: 3877/14, 19/9/2017.

⁵⁰ AİHM, *Magyar Jeti Zrt/Macaristan*, B. No: 11257/16, 4/12/2018.

⁵¹ AİHM, *Høiness/Norveç*, B. No: 43624/14, 19/6/2019.

Aşağıda bu kararlar genel hatlarıyla incelenecek ve AİHM'in internete ilişkin içtihatlarının gelişimi izlenerek Mahkemenin en güncel yaklaşımı tespit edilmeye çalışılacaktır.

A. İnternet İçeriğine Erişimin Engellenmesi veya İçeriğin Filtrelenmesine İlişkin Kararlar

1. Ahmet Yıldırım v. Türkiye

AİHM'in 18 Aralık 2012 tarihli *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararı, üçüncü kişiye uygulanan bir içeriğe erişimi engelleme tedbirini neticesinde başvuruçunun web sayfasının tamamen engellenmesinin AİHS'in 10. maddesine aykırılığı iddiasıyla yapılan bir başvuruyu konu almaktadır. Google Sites sitesinde yer alan ve Atatürk'e hakaret içeren bir blog sayfasını engellemek için tüm Google Sites hizmeti engellenmiş, yerel mahkemeler daha az müdahaleci bir tedbirin uygulanabilirliğini araştırmamıştır.

AİHM, tüm web sitesine yönelik engelleme tedbirini demokratik toplum gerekliliklerine uygun bulmamış; müdahaleyi keyfi müdahale olarak nitelendirmiş ve yargısal denetimin etkin olmamasını AİHS'ye aykırı bulmuştur. Mahkemeye göre “[b]elirli bir siteye erişimin engellenmesine ilişkin tedbir kararının genel bir engelleme aracı olarak kullanılmasını önlemek için iç hukukta herhangi bir güvence sunulmamaktadır.” Mahkeme bu bağlamda AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

2. Akdeniz v. Türkiye

AİHM'in 11 Mart 2014 tarihli *Akdeniz v. Türkiye* kararının konusunu, telif haklarının korunması sebebiyle içeriğe uygulanan tedbirin yan etkisi olarak hukuka uygun içeriğe erişimin de engellenmesinin AİHS'in 10. maddesini ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır. Telif haklarını ihlal eden içerikler sebebiyle myspace.com ve last.fm siteleri engellenmiştir. Söz konusu sitelere erişememenin bilgi alma özgürlüğünün ölçüsüzce kısıtlanması anlamına geldiği iddiasıyla yapılan başvuruda AİHM “bilgi alma özgürlüğü” ve “telif hakkının korunması” gibi çatışan menfaatlerin dengelenmesi konusunda yerel mahkemelerin geniş takdir yetkisine sahip olduğu, platformun ikame edilebilirliği, salt internet kullanıcısı olmanın AİHS'in 34. maddesi bağlamında mağdur sıfatı vermeyeceği gerekçeleriyle başvuruyu kabul edilmez (kişi bakımından/*ratione*

personae) bulmuştur. Diğer bir deyişle AİHM, AİHS'in 34. maddesi bağlamında mağdur sıfatını dar yorumlamıştır⁵².

3. Cengiz ve diğerleri v. Türkiye

AİHM'in 1 Aralık 2015 tarihli *Cengiz ve diğerleri v. Türkiye* kararı hem erişimin engellenmesi hem de internete müdahale durumlarında mağdur sıfatının tekrar AİHM gündemine geldiği bir karardır. Mahkeme, öncelikle aktif kullanıcı-pasif kullanıcı ayrımı ve bununla bağlantılı olarak platformun ikame edilip edilemeyeceği değerlendirmesi yapmıştır. Mağdur sıfatını bu kararda daha geniş yorumlayan AİHM, başvuruyu kabul edilebilir görmüştür. Başvuru, Youtube sitesinde yer alan hukuka aykırı bir video sebebiyle Youtube sitesinin tamamına erişimin engellenmesine ilişkindir. AİHM, yerel düzenlemenin battaniye bir engellemeye ilişkin açık hüküm içermemesi ve yerel makamların engellenmenin yan etkilerini (hukuka uygun bilginin de erişilmez kılınması) değerlendirmemiş olması sebebiyle AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

AİHM, AİHS'in 34. maddesi bağlamındaki mağdur kavramını *Cengiz ve diğerleri v. Türkiye* kararında yeniden yorumlamış ve *Akdeniz v. Türkiye* kararından radikal şekilde sapmıştır. AİHM, kararında her ne kadar AİHS'in halk davası (*actio popularis*) açma imkânı vermediğini tekrarlasa da mağdur kavramının içine bir web sitesinin aktif kullanıcılarını katarak *de jure* olmasa da *de facto* olarak halk davasının önünü açmıştır. Bu davada mağdur sıfatı yeniden ele alınmış ve genişletici bir yoruma tabi tutulmuştur. Tabii ki mahkemenin bu muhakemesinin çok sistematik ve güçlü olduğunu söylemek zordur, kararın eleştirilecek yönleri vardır.

AİHM, pasif kullanıcı ve aktif kullanıcı ayrımı yapmıştır. İnteraktif kullanımla pasif kullanıma farklı hukuki statüler vermiştir. Eğer bir kullanıcı Youtube gibi çok amaçlı bir platformu bilgiye erişim, bilgiyi/fikri yayma ve iletişim amaçlarıyla kullanıyorsa ve bu platforma yönelik kamusal ve esaslı bir müdahale yapılırsa AİHS'in 34. maddesinde düzenlenen mağdur kavramının unsurları oluşmuştur; başvurunun kabul edilebilirliği pekâlâ mümkündür. AİHM, *Akdeniz v. Türkiye* kararında, müziğe erişimi engellenen kullanıcıyı mağdur olarak görmezken *Cengiz*

⁵² Benzer konuda Avrupa Birliği Adalet Divanı farklı bir yaklaşım ortaya koymuştur. Bu konuda bkz. Geiger, C., Izyumenko, E. (2020). "Blocking Orders: Assessing Tensions with Human Rights", Frosio, G. (editör) Oxford Handbook of Online Intermediary Liability, Oxford: Oxford University Press, s. 596-597.

ve diğerleri v. Türkiye kararında Youtube sitesini interaktif şekilde kullanan başvuruçuları mağdur olarak kabul etmiştir.

4. Kalda v. Estonya

AIHM'in 19 Ocak 2016 tarihli *Kalda v. Estonya* kararı, hapishanelerde sunulan internet hizmetinde belirli web sitelerine (mahkeme kararı veri tabanı) erişimin engellenmesinin AIHS'in 10. maddesine aykırılığı iddiasına ilişkindir. AIHM, internete erişimi temel bir hak olarak nitelendirmiş, bazı bilgilerin sadece internette yer alıyor olmasına dikkat çekmiştir. Mahkeme, başkalarının hak ve menfaatleri ile kamu düzeninin korunmasını ve suç işlenmesinin önlenmesini meşru amaçlar olarak görmekle birlikte belirli sitelere erişimi açmanın oluşturacağı güvenlik riskleri ve maliyet değerlendirilmeden talebin doğrudan reddedilmesini AIHS'in 10. maddesinin ihlali niteliğinde görmüştür.

5. Jankovskis v. Litvanya

AIHM'in 17 Ocak 2017 tarihli *Jankovskis v. Litvanya* kararı, *Kalda v. Estonya* içtihadının tekrar test edildiği bir karardır. Kararın konusunu hapishanelerde sunulan internet erişiminde belirli web sitelerine (eğitim sitesi) erişimin engellenmesinin AIHS'in 10. maddesine aykırılığı iddiası oluşturmaktadır. AIHM, mahkûmiyetin genel olarak belirli haklardan yoksunluğa yol açtığını kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, başkalarının hak ve menfaatlerinin korunması ile kamu düzeninin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesini meşru amaçlar olarak görmesine rağmen, belirli sitelere erişimi açmanın oluşturacağı maliyet değerlendirilmeden erişim talebinin yetkili makamlar tarafından doğrudan reddedilmesini bir hukuka aykırılık hâli olarak görmüştür. Sorun, engellemeden ziyade engelleme kararının alınış şekli, takdir yetkisinin kullanılma yöntemi, alternatif erişim engelleme ihtimallerinin değerlendirilmemesi, müdahalenin bu bağlamda demokratik toplumda gerekli görülmemesidir. AIHM, bu doğrultuda AIHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

6. Kablis v. Rusya

AIHM'in 30 Nisan 2019 tarihli *Kablis v. Rusya* kararının konusunu, toplantı ve gösteri hakkına ilişkin içeriklere ve sosyal medya hesabına erişimin savcılık kararıyla engellenmesi sebebiyle AIHS'in 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası oluşturmaktadır. AIHM, internet içeriğine

müdahalede en az kısıtlayıcı yöntemin tercih edilmesi gerekliliğine işaret ederek iç hukuktaki düzenlemenin, önleyici tedbirlerin istismar edilmesini önlemek için gerekli teminatlardan uzak olduğunu tespit etmiştir. AİHM, yerel mahkemeler tarafından uygulanan standartların AİHS'in 10. maddesinde vücut bulan ilkelerle uyumlu olmadığına ve başvuranın ifade özgürlüğüne müdahale için "ilgili ve yeterli" gerekçeler sunmadığına karar vermiştir. Mahkeme, AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Bu karar, *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararından itibaren geliştirilmiş olan içtihatlarla uyumlu bir karardır.

7. Bulgakov v. Rusya

AİHM'in 23 Haziran 2020 tarihli *Bulgakov v. Rusya* kararının konusunu, hukuka aykırı bir web sayfası sebebiyle tüm web sitesine erişimin engellenmesi ve içerik kaldırılmasına rağmen engellenmenin devam etmesinin AİHS'in 10. maddesine aykırı olduğu iddiası oluşturmaktadır. Uyuşmazlığın temelinde, aşırılık taşıyan bir içeriğe uygulanan engelleme kararı sebebiyle tüm web sitesine erişimin, IP engelleme tekniğiyle engellenmesi yatmaktadır. AİHM, "web sitesi" ile "web sayfası" ayrımı yapılmaması, daha az müdahaleci nitelikte bir tedbire yönelik araştırma gerçekleştirilmemesi, engellemeye konu web sitesinin sahibine şeffaf bir bilgilendirme yapılmaması, başvuruçunun engelleme gerçekleşene kadar web sitesi aleyhine alınan karardan haberdar olmaması, hukuka aykırı içerik yayından kaldırıldıktan sonra dahi tüm web sitesine erişimin engellenmesi tedbirinin devam etmesi, yerel düzenlemenin aşırı ve keyfî etkileri, yerel düzenlemenin kötüye kullanımı önleyecek bir mekanizma içermemesi sebepleriyle ve müdahalenin kanunla öngörülme şartını yerine getirmediği gerekçesiyle AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM'in bu kararı, *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararından beri geliştirmiş olduğu içtihatlarla uyumlu bir karardır.

8. OOO Flavus ve diğerleri v. Rusya

AİHM'in 23 Haziran 2020 tarihli *OOO Flavus ve diğerleri v. Rusya* kararının konusunu, muhalif bir online haber sitesine erişimin gerekçesiz şekilde engellenmesinin AİHS'in 10. maddesinin ihlali olduğu iddiası oluşturmaktadır. İhtilafın odak noktasında, engellenmenin, hukuka aykırı olduğu iddia edilen web sayfasının URL adresi yerine web sitesinin tam alan adı belirtilerek uygulanması yatmaktadır. Başvuruçular hangi içeriğin hukuka aykırı olduğu kendilerine bildirilmediği için o içeriği tespit edip kaldıramamış ve engellemeden kaçınamamışlardır. Keza,

içerik kaldırıldıktan sonra da erişimin engellenmesi tedbiri devam etmiştir. AİHM, yerel düzenlemenin, bireyleri, engelleme kararlarının aşırı ve keyfi etkilerinden koruyacak mekanizmalar içermemesi ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olan meşru bir amacı gütmemesi gerekçesiyle AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM'in bu kararı da *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararından beri geliştirmiş olduğu içtihatlarla uyumlu bir karardır.

9. Vladimir Kharitonov v. Rusya

AİHM'in 23 Haziran 2020 tarihli *Vladimir Kharitonov v. Rusya* kararının konusu, bir web sitesine uygulanan erişimi engelleme kararı sebebiyle bu siteyle aynı IP adresini kullanan bir başka web sitesinin de otomatik olarak engellenmesinin AİHS'in 10. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiasıdır. AİHM, yerel düzenlemenin, bireyleri, engelleme kararlarının aşırı ve keyfi etkilerinden koruyacak mekanizmalar içermemesi, AİHS bağlamında kanuni öngörülebilirlik şartını taşımaması, başvurucuya demokratik bir toplumda beklenen şekilde kötüye kullanıma karşı bir güvence sağlamaması sebebiyle ve müdahalenin kanunla öngörülme şartını yerine getirmediği gerekçesiyle AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir. AİHM'in bu kararı *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararından beri geliştirmiş olduğu içtihatlarla uyumlu bir karardır.

B. İnternet İçeriğinin Kaldırılmasına İlişkin Kararlar

1. ML ve WW v. Almanya

AİHM'in 28 Haziran 2018 tarihli *ML ve WW v. Almanya* kararı, AİHM'in, unutulma hakkıyla ilgili vermiş olduğu ilk karardır. Başvurunun konusunu, basının online arşiv içeriklerinde suç faillerinin isimlerini anonimleştirmeyi reddetmesinin AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır. Kararın konusu, içeriğin silinmesi değil anonimleştirilmesi talebidir. AİHM, yerel makamların çatışan menfaatleri dengelemede sahip olduğu takdir yetkisine işaret etmiş; yayımlandığı tarihte hukukiliği tartışma konusu olmayan haber raporlarına erişimin muhafaza edilmesinin önemini ve başvuranların basına yönelik hareketlerini dikkate alarak taleplerinin Alman Federal Mahkemesi tarafından yerine getirilmemesi sonucunda Alman Devletinin, başvuranların özel hayatlarına saygı haklarını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediğine hükmetmiştir. Bu doğrultuda AİHS'in 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar verilmiştir.

2. Engels v. Rusya

AIHM'in 23 Haziran 2020 tarihli *Engels v. Rusya* kararının konusunu, web sitesine erişimin engellenmesini aşma yöntemi olarak kullanılan VPN gibi araçlara ilişkin bilgi veren sayfanın kaldırılmasına mecbur edilen başvurucunun, AIHS'in 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası oluşturmaktadır. Başvurucunun web sitesinde yer alan internette filtresiz gezinti teknolojilerine ilişkin bilgiler, bir mahkeme kararıyla yasaklı içerik olarak nitelendirilmiş ve başvurucudan içeriği kaldırması talep edilmiştir. Başvurucu, bu talebi yerine getirmiş ve akabinde ilgili hak arama mekanizmalarını işletmiştir.

AIHM, herhangi bir bilgi teknolojisinin demokratik bir toplumun temel ilkeleriyle bağdaşmayan bir amaç için kullanılmasının, dönüştürülmesinin her zaman mümkün olduğu, yerel düzenlemenin, bireyleri engelleme kararlarının aşırı ve keyfi etkilerinden koruyacak mekanizmalar içermediği, AIHS bağlamında kanuni öngörülebilirlik şartını taşımadığı, başvurucuya demokratik bir toplumda beklenen şekilde kötüye kullanıma karşı bir güvence sağlanmadığı sebepleriyle ve müdahalenin kanunla öngörülme şartını yerine getirmemesi gerekçesiyle AIHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

C. İnternet İçeriğinden veya Bağlantıdan Dolayı Hukuki Sorumluluğa İlişkin Kararlar

1. Delfi v. Estonya

AIHM'in 16 Haziran 2015 tarihli *Delfi v. Estonya* kararı, platformların sorumluluğu açısından önemli bir kırılma noktasıdır. Başvurunun konusunu, anonim üçüncü taraflarca yazılan hukuka aykırı yorumlar sebebiyle internet haber sitesinin zararlardan hukuken sorumlu tutulması oluşturmaktadır. AIHM, ekonomik amaçlı internet haber portalının, kullanıcı yorumlarındaki nefret söylemi ve şiddete teşvik niteliğindeki içeriği proaktif şekilde filtreleme yükümlülüğü olduğunu, nefret söylemi ve şiddete teşvik içeriğinin kaldırılmasının "özel sansür" (*private censorship*) olarak nitelendirilemeyeceğini, kullanıcı yorumlarından dolayı internet haber portalının tazminat ödemesinin ifade özgürlüğüne ölçsüz bir müdahale niteliğinde olmadığını belirterek AIHS'in 10. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir. Bu kararla, AIHM internet platformlarının veya genel ifadeyle hizmet sağlayıcılarının güvenli liman ve sorumsuzluk rejimine ilişkin kurallardan radikal sapma niteliğinde bir içtihat geliştirmiştir.

AIHM'in *Delfi v. Estonya* kararı, birçok açıdan sorunlu ve çelişkili bir karardır. AIHM, derinlemesine bir incelemeye gitmeden, varsayımlardan yola çıkarak, mevcut müdahaleye ilişkin gereğince bir ölçülülük testi yapmaksızın ve bir internet haber sitesinin gün içerisindeki teknik işleyişini, ne ölçekte bir bilgiyi yönetmesi gerektiğini değerlendirmeksizin bir hükme varmıştır.

AIHM'in *Delfi v. Estonya* kararının tek neticesi oto-sansürdür. Belirtmek gerekir ki platformların sorumluluğuna ilişkin ölçüsüz her kuralın, düzenlemenin tüm ekosistem üzerinde öngörülemez etkileri vardır. Mahkeme, mesleklerini son derece temkinli hareket ederek icra etme alışkanlığına sahip olan kişilerden, bu türden faaliyetin yaratacağı riskleri değerlendirirken özel önem göstermelerinin beklenebileceğini kaydetmiştir. Kısacası, AIHM, interneti klasik bilgiye erişim ve iletişim mecralarıyla eş değer tutmuş ve internetin kendine has özelliklerini, demokrasiye ve fikir özgürlüğüne katkılarını belirttiği kendi içtihatlarını (*Ahmet Yıldırım v. Türkiye, Cengiz ve diğerleri v. Türkiye* gibi) dahi göz ardı etmiştir.

AIHM, vermiş olduğu kararın sosyal medya siteleri, kişisel veya hobi amaçlı sitelere uygulanamayacağını söylese de kararın analizi ve tahlilinden, kararın bu tür platformlara uygulanmamasını gerektirecek bir sonucu çıkarmak zordur. AIHM'in takip ettiği hukuki metodoloji izlenirse, bir sosyal medya platformu da ticari bir yapıdır ve ne kadar çok içerik paylaşırsa platformun ticari değeri o kadar artar. Bir internet haber sitesi, yorum sayfası bakımından tıpkı bir sosyal medya sitesinin kullanıcı içeriklerinde olduğu gibi Web 2.0 sitesidir. Aynı hukuki statüde bulunan iki platformdan birini kullanıcı yorumlarından sorumlu tutarken diğerinin bu hukuki rejimden muaf olduğunu iddia etmek, hukukun temel ilkeleriyle ve en önemlisi eşitlik ilkesiyle bağdaşmamaktadır. Eşitlik ilkesinin bir neticesi olarak aynı veya benzer statüde olanlara aynı veya benzer kuralların işletilmesi zaruridir.

AIHM, *Delfi v. Estonya* kararında internet ortamındaki anonim yorum yapanların mahremiyetinin korunmasına ilişkin yol gösterici olmayı başaramamıştır⁵³. Keza, internetin kendine has özel kuralları olduğunu belirtmesine rağmen bunun ne manaya geldiğini, bu politikaların neler

⁵³ Susi, M. (2014). "Delfi AS v. Estonia", *The American Journal of International Law*, S. 108, s. 295-302.

olduğunu ortaya koyamamıştır⁵⁴. Mahkeme, *Ahmet Yıldırım v. Türkiye* kararındaki özgürlükçü yaklaşımını bu kararda sürdürememiştir⁵⁵.

İsabetle belirtildiği üzere *Delfi v. Estonya* kararı, kendi koşulları içinde değerlendirilmesi gereken istisnai bir karardır⁵⁶. AİHM daha sonra almış olduğu kararlarda (örneğin *MTE ve Index.hu Zrt v. Macaristan* kararı gibi) *Delfi v. Estonya* kararındaki katı tutumunu yumuşatmaya çalışmıştır fakat cin bir kez şişeden çıkmıştır. Müteakip içtihatlar *Delfi v. Estonya* kararının isabetsizliğini teyit etmiş, AİHM hatadan bir ölçüde dönmeye çalışmış ancak bunu başaramamıştır.

2. MTE ve Index.hu Zrt v. Macaristan

AİHM'in 2 Şubat 2016 tarihli *MTE ve Index.hu Zrt v. Macaristan* kararı, *Delfi v. Estonya* kararı ile oluşturulan platform sorumluluğu içtihadının tekrar test edildiği bir karardır. Başvurunun konusu, bir internet haber sitesinde yer alan yorumlar sebebiyle bir şirketin ticari itibarının zedelendiği gerekçesiyle haber sitesinin üçüncü taraflara ait yorumlardan dolayı objektif olarak sorumlu tutulmasının AİHS'in 10. maddesini ihlal ettiği iddiasıdır. *Delfi v. Estonya* kararından farklı olarak nefret söylemi ve şiddete teşvik içeriğinin söz konusu olmaması, genel kaba ifadelerin yer alması sebebiyle bu kez AİHM farklı bir karara hükmetmiştir⁵⁷. AİHM, (1) yorumların bağlamı, (2) başvuru şirket tarafından hakaret içeren yorumların önlenmesi için uygulanan tedbirler, (3) aracı platforma alternatif olarak gerçek yazarların sorumluluğu, (4) başvuru şirket aleyhine sürdürülen yerel yargılamaların neticeleri gibi kriterleri somut olaya uygulamıştır. Neticede somut uyuşmazlıktaki uyar-kaldır mekanizmalarının ve hukuka aykırılığın giderilmesine yönelik diğer mekanizmaların etkinliği platformun kullanıcı yorumlarından

⁵⁴ a.g.e. s. 302.

⁵⁵ Bu yönde kapsamlı bir karşılaştırma ve değerlendirme için ayrıca bkz. Taşkın, Ş. C. (2016). *İnternete Erişim Yasakları*, Ankara: Seçkin, s. 71.

⁵⁶ Aynı yönde bkz. Köksal, T. D. (2018). "İnternet sağlayıcılarının üçüncü kişiler tarafından yapılan yorumlar bakımından hukuki sorumluluğu üzerine: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Delfi Kararı", *Suç ve Ceza*, S. 1, s. 95-114, s. 110.

⁵⁷ Nefret söylemi ile genel kaba veya incitici nitelikteki ifadelerin ayrıştırılması her zaman kolay değildir. Uygulamada bu ayrıma ilişkin ciddi sorunlar vardır. Bu kadar yorum farklılıklarının olduğu bir hususta tüm sorumluluğu platformlara yüklemenin yerindeliği ayrıca tartışılmalıdır. Bu konudaki tartışmalar için bkz. McGonagle, T. (2020). "Free Expression and Internet Intermediaries: The Changing Geometry of European Regulation", içinde Frosio, G. (editör) *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press, s. 474.

sorumluluğu hususunda belirleyici olmuştur. AİHM, bu doğrultuda AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine hükmetmiştir.

3. Rolf Anders Daniel Pihl v. İsveç

AİHM'in 9 Mart 2017 tarihli *Rolf Anders Daniel Pihl v. İsveç* kararının konusunu, bir blog sayfasındaki kişilik haklarını ihlal eden bir kullanıcı yorumundan blog sayfasının sahibinin sorumlu tutulmamasının AİHS'in 8. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiası oluşturmaktadır. Temel sorun, yerel mahkemelerin, başvuranın özel hayatının korunmasına ilişkin sundukları korumanın yetersizliği iddiasıdır. Hem *Delfi v. Estonya* hem de *MTE ve Index.Hu Zrt v. Macaristan* içtihadına çapraz atıf yapan AİHM, filtrelenmemiş yorumların hukuka aykırı nitelikte olabileceğini, bunlar nedeniyle platformu sorumluluk altına sokmanın, pratik olmayan, aşırı bir öngörü/tedbir gerektiren ve hâliyle internet ortamında bilgiye erişim hakkına halel getiren bir yaklaşım olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, çatışan hakların dengelenmesinde blog sayfasının yöneticisinin AİHS'in 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü hakkının ağır bastığına karar vermiştir. AİHM, sonuç olarak AİHS'in 8. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Mahkemenin bu kararının oluşumunda uyar-kaldır mekanizmalarının etkinliği önemli rol oynamıştır. Diğer bir deyişle, platformlar, portaller veya haber siteleri ne kadar etkin hak arama mekanizması sunuyorsa o kadar az hukuki sorumluluk söz konusu olacaktır.

4. Tamiz v. Birleşik Krallık

AİHM'in 19 Eylül 2017 tarihli *Tamiz v. Birleşik Krallık* kararının konusu, *Rolf Anders Daniel Pihl v. İsveç* kararının konusuna benzemektedir. Başvurunun konusu, blogger.com sitesinde yer alan içerik sebebiyle Google Inc. şirketine yöneltilen tazminat talebinin kabul edilmemesinin AİHS'in 8. maddesini ihlal ettiği iddiasıdır. AİHM, haklar arasında gerekli dengelemeyi yapan yerel mahkemelerin "gerçek ve esaslı" bir haksız fiil olmadığı tespitinin yerindeliğine işaret etmiştir. Mahkeme, bilgi toplumunda hizmet sağlayıcıların bilgiye erişimi kolaylaştırmadaki önemli rolü karşısında, AİHS'in 10. maddesindeki ifade özgürlüğü hakkının somut olaydaki koşullar bağlamında AİHS'in 8. maddesine nazaran daha üstün bir hak olması sebebiyle 8. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Bu kararın en önemli çıktısı, internete müdahaleye dayanak teşkil eden mevzuatta hukuki belirliliğin sağlanmış olmasının önemidir⁵⁸. İngiliz Mahkemelerinin çatışan hak ve menfaatleri kapsamlı şekilde tartmış ve müdahalenin gerekliliği konusunda tatmin edici nitelikte bir değerlendirme yapmış olmaları AİHM'in kararının da belirleyici faktörü olmuştur.

5. Magyar Jeti Zrt v. Macaristan

AİHM'in 4 Aralık 2018 tarihli *Magyar Jeti Zrt v. Macaristan* kararının konusunu, hakaret içeren içeriğe bağlantı sağlamasından dolayı online haber sitesinin sorumlu tutulmasının AİHS'in 10. maddesini ihlal ettiği iddiası oluşturmaktadır. Bu karar, bağlantı verilen içerikten dolayı sorumluluğun ve genel olarak internet hukukunun temel ilkelerinin en kapsamlı tartışıldığı karardır⁵⁹. AİHM, bağlantılardan sorumlu tutulmayı tamamen reddetmemektedir. Bilakis, belirli koşullarda üçüncü taraflara ait bağlantılardan dolayı sorumluluğun doğabileceğini kabul etmektedir.

AİHM, *Magyar Jeti Zrt v. Macaristan* kararında bir sorumluluk kriteri geliştirmiştir. Buna göre bağlantıdan sorumlu tutulabilmek için şu soruların yanıtlanması gerekmektedir: (i) Gazeteci, ihtilaflı içeriği benimsemekte midir? (ii) Gazeteci, benimsemeden ihtilaflı içeriği tekrarlamış mıdır? (iii) Gazeteci, ihtilaflı içeriği benimsemeden veya tekrarlamadan sadece içeriğe bağlantı mı sağlamıştır? (iv) Gazeteci, içeriğin hakaret içerdiğini veya hukuka aykırı olduğunu bilmekte midir veya biliyor olması kendisinden beklenebilir mi? (v) Gazeteci, gazeteciliğin etik kuralları bağlamında iyi niyetle hareket etmiş ve sorumlu bir gazeteciden beklenen özeni göstermiş midir?

AİHM, yerel mahkemelerin başvuran şirketler üzerine objektif sorumluluk yüklemesinin makul ve yeterli sebeplere dayanmadığına, bu tür objektif bir sorumluluğun internet ortamında bilginin akışı üzerinde öngörülebilir olumsuz etkileri olacağına, haber yazarlarının ve yayıncıların, üzerinde kontrolleri olmayan değişebilir içerikli materyallere

⁵⁸ Bu yönde bkz. Dinwoodie, G. B. (2017). *A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers*, Cham: Springer, s. 44.

⁵⁹ Bağlantılardan dolayı sorumluluğun tespiti Avrupa Birliği hukukunun da en temel tartışma konularından birisidir. Bu konuda, telif hukukundan ceza hukukuna çok farklı alanlarda tartışmalar sürmektedir. 2000 yılında kabul edilen E-Ticaret Direktifi, bu sorunları çözmekte yetersiz kalmaktadır. Bu konudaki güncel tartışmalar için bkz. Schulze, R., Staudenmayer, D. (2020). *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, s. 481.

bağlantı sağlamaktan çekineceğine, doğrudan veya dolaylı olarak internet ortamında ifade özgürlüğü üzerinde caydırıcı etki doğuracağına işaret etmiş ve ifade özgürlüğü üzerinde ölçüsüz bir müdahale teşkil ettiğine hükmetmiştir. AİHM, bu doğrultuda AİHS'in 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

6. Hoiness v. Norveç

AİHM'in 19 Mart 2019 tarihli *Hoiness v. Norveç* kararının konusunu, internet haber sitesinin anonim üçüncü taraflarca yayınlanan cinsiyetçi yorumlardan hukuken sorumlu tutulmamasının AİHS'in 8. maddesine aykırılık teşkil ettiği iddiası oluşturmaktadır. Başvuran, bir online tartışma platformunda yayınlanan yorumları gereğince önlemedikleri veya hızlıca kaldırmadıkları gerekçesiyle açtığı bir tazminat davasında yerel mahkemelerin bazı basın kuruluşları ve editörlerini tazminata mahkûm etmemesi sebebiyle AİHS'in 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. AİHM, yerel mahkemelerin ihtilafın tüm boyutlarını takdir yetkileri kapsamında gereğince değerlendirdiklerini, başvuranın hakları ile haber portalı ve tartışma forumlarının sağlayıcısının hakları arasında gerekli dengeyi gözettiklerini belirtmiş ve *Rolf Anders Daniel Pihl v. İsveç, Tamiz v. Birleşik Krallık* içtihatlarıyla uyumlu şekilde AİHS'in 8. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

III. AİHM KARARLARI IŞIĞINDA İNTERNET ORTAMININ DÜZENLENMESİ

AİHM, internet içeriğine erişimin engellenmesi, içeriğin kaldırılması veya içerikten platformun yahut kullanıcıların sorumlu tutulmasını temelde reddetmemektedir. Bilakis Mahkeme, içtihatlarıyla belirli kriterler geliştirerek internetin dinamik yapısına uygun bir metodoloji oluşturmaya çalışmaktadır.

AİHM'in *Węgrzynowski ve Smolczewski v. Polonya* kararında vurgulandığı üzere “Mahkeme, internetin bilhassa bilgiyi barındırma ve iletme kapasitesi bakımından basılı medyadan farklı nitelikte bir bilgi ve iletişim aracı olduğunu belirtmiştir. Dünya genelinde milyarlarca kişiye hizmet sunan bu elektronik ağ, -basılı medya ile- aynı tür düzenleme ve kontrole muhtemelen hiçbir zaman tabi olmayacaktır. İnternet üzerindeki içerik ve iletilerin, başta özel hayata saygı hakkı olmak üzere insan hak ve özgürlüklerinin kullanımına ve bunlardan faydalanılmasına yönelik oluşturduğu zarar riski, geleneksel basının

oluşturduğu riskten kesinlikle daha fazladır. Bu sebeple, basılı medyadan ve internetten materyal çoğaltılmasını düzenleyen politikalar birbirinden farklılık gösterecektir⁶⁰.”

Devlet makamları tarafından gerçekleştirilen her türlü müdahale şüphesiz AİHS'in 10. maddesinde düzenlenen kanunla öngörülme, meşruluk ve ölçülülük koşullarına uygun olmalıdır. Tüm tedbirler şeffaf, gerekli ve ölçülü olmalıdır. İnternet kullanıcılarına veya ilgili diğer taraflara internete erişim, içerik veya bilgiyi alma ve yayma imkânlarına yönelik işlemlere karşı AİHS'in 6. maddesine uygun şekilde hak arama yolları sunulmalıdır.

AİHM, hukuki belirliliğin sağlanabilmesi için AİHS'de güvence altına alınan haklara kamu gücünün keyfî müdahalelerini önleyecek birtakım korumaların olması ve yasanın bu gücün kullanılmasının yöntemini ve kapsamını yeterli netlikte düzenlemesi gerektiğini vurgulamıştır.

Yine AİHM içtihatlarına göre önleyici kısıtlamalar (*prior restraints*) *a priori* AİHS'ye uyumsuz değildir. Yeter ki muhtemel kötüye kullanma durumlarına karşı sunulan hukuki güvenceler etkili olsun ve yasağın sınırlandırılması hususunda katı bir yasal çerçeve mevcut bulunsun.

Peki, AİHM'in internete ilişkin tüm içtihatlarının ışığında ideal bir internet yasası nasıl olmalı ve ne tür nitelikleri haiz bulunmalıdır? Kanunla öngörülme, meşruluk ve ölçülülük kriterleri yasal düzenleme için nasıl somutlaştırılmalıdır?

Öncelikle internet ortamının düzenlenmesine ilişkin açık bir yasal dayanak olmalıdır. Bu alanda genel değil, özel bir düzenleme bulunmalıdır. Yasal düzenlemede, internet içeriğine hangi tekniklerle müdahale edileceği açıkça belirlenmelidir. İnternet ortamını düzenleyecek yasanın bu bağlamda çerçeve değil, kazuistik olması kaçınılmazdır ve ideal olan da budur. Bu tür mevzuat, konunun teknik ve hukuki boyutuna uygun olarak kaleme alınmalı ve tüm paydaşların, internet ortamındaki davranışlarını önceden düzenleyebilmesini temin etmelidir. IP adreslerinin, portların, ağ protokollerinin veya sosyal ağ gibi kullanım tiplerinin engellenmesine yönelik tedbirler açıkça tanımlanmalıdır.

İnternet ortamına ancak açık ve meşru amaçlarla müdahale edilmelidir. Bu amaçların öncelikle AİHS'in 10. maddesinin ikinci

⁶⁰ AİHM, *Węgrzynowski and Smolczewski/Polonya*, B. No:33846/07, 16/07/2013, para. 58.

fıkrasında kabul edilen meşru menfaatleri karşılması temin edilmelidir. Genel nitelikli, hukuki belirliliği sağlamayan, müphem gerekçelerle internet ortamına müdahale edilmemelidir. Erişimin engellenmesi tedbiri genel nitelikte değil, özel nitelikte içerikler için söz konusu olmalıdır. Bir içeriği hedefleyen erişim engeli tedbirinin genel bir erişim engeli olarak kullanılmasından kaçınılması için gerekli önlemler alınmalıdır.

İnternetin aynı anda birden çok temel hak ve hürriyetin icrası için temel bir araç hâline dönüşmüş olması sebebiyle her bir hakka ilişkin müdahale koşulları ayrı ayrı değerlendirilmelidir. Bu süreçte ifade özgürlüğünün esasına (çekirdek özüne) saygı gösterilmesi sağlanırken ifade özgürlüğü ile yarışan diğer menfaatlerin de dengesi gözetilmelidir. İfade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, güdülen menfaati uygun bir şekilde geliştirip geliştirmediğinin ve söz konusu “sosyal ihtiyacı” gerçekleştirmek için gerekli olandan daha ileri gidilip gidilmediğinin tespitini mümkün kılan gereklilik ilkesine riayet edilmelidir.

AİHM içtihatlarından yapılabilecek bir diğer çıkarım ise müdahalenin geçici nitelikte olmasıdır. İnternet sitelerine veya platformlara uygulanan, süresiz veya uzun süre geçerli olan engellemeler sansür olarak nitelendirilecektir. Bu sebeple, koruma tedbiri veya ihtiyati tedbir olarak alınan engelleme tedbirlerinin süre sınırının olması yasa dışı belirtilmelidir. Benzer şekilde, istisnai durumların yasa dışı bir içeriğin engellenmesini meşru kılması hâlinde *de jure* veya *de facto* olarak yasa dışı yayından sorumlu olmayan veya onun içeriğine abone olmayan kişi ve kurumların hedef alınmasından kaçınılmalıdır. Yasa dışı içeriğe yönelik tedbirlerin bu çerçevede düzenlenmesi gerekir. Özellikle de kararların tüm etkileriyle ortadan kaldırılması, engellenen yayınların devamının hızlıca sağlanması önem arz eder.

AİHM’ye göre internet ortamına müdahalede ölçülülük ilkesi her daim gözetilmeli ve en az müdahaleci tekniğin kullanılması zorunlu tutulmalıdır. Diğer bir deyişle, tedbirler statik değil dinamik olmalıdır ve somut olayın özelliklerine göre gözden geçirilebilmelidir. Örneğin, erişimin engellenmesi kararı verecek mahkeme veya idari makam, somut olayda amaca ulaşmak için en elverişli engelleme tekniğini tespit etmeli ve neden bu tekniği kullandığını gerekçesiyle ortaya koymalıdır. Engellenmenin teknik sebeplerle (örneğin IP değişikliği veya altyapıdaki güncellemeler) amacı aşan bir hâle dönüşmesi durumunda ise söz

konusu karar hızlıca gözden geçirilmelidir. Kısacası, her zaman daha az müdahaleci tedbirin varlığının sorgulanması yasada açık bir yükümlülük olarak tanımlanmalıdır.

AİHM kararlarından çıkarılan bir diğer not ise internet ortamına kural olarak bir hâkim kararıyla müdahale edilmesi gerektiğidir. İdari makamlara istisnai durumlarda ve kararlarının bağımsız mahkemelerce etkin şekilde denetlenmesini temin edecek mekanizmaların kurulması kaydıyla yetki verilmelidir. Engelleme kararını vermeye yetkili makamlar yasal düzenlemede açıkça belirtilmelidir. Ayrıca yasal düzenlemede bölgesel, ulusal veya küresel düzeyde etkisi olabilecek engelleme talimatlarının yer bakımından uygulanmasına ilişkin hükümler de yer almalıdır. Uluslararası hukukun temel ilkeleri gözetilmelidir.

Bir hâkim kararıyla internete müdahale edilecekse hangi engelleme tekniğinin uygulanacağına ilişkin nihai karar hâkim tarafından verilmeli, genel engelleme kararı verilerek uygulama idari makamların keyfine bırakılmamalıdır. Bu sebeple, karar vericilerin, hangi engelleme tekniğini uygulayacaklarını gerekçelendirmeleri zorunludur.

AİHM kararları ışığında önemle vurgulamak gerekir ki internet ortamına müdahaleye ilişkin tüm adli ve idari süreçlerde en üst düzey şeffaflık sağlanmalıdır. Bu doğrultuda, menfaatleri etkilenen kişiler sürece dâhil edilmeli, bir bildirim söz konusu olmayacaksa kararın neden derhâl uygulanması gerektiği somut olarak ortaya koyulmalı, hangi içeriğin engelleneceği (maddi hukuk) ve nasıl engelleneceği (usûl hukuku) belirlenmeli, engelleme kararları somut hukuka aykırılığı mutlaka nitelendirmeli, tanımlamalı ve engelleme kararlarına karşı etkin bir itiraz mekanizması var olmalıdır.

Menfaatleri etkilenenler dışında söz konusu içeriğe erişmek isteyenler de bilgilendirilmelidir. Bu tür tedbirlerin hukuki dayanağı, gerekliliği ve gerekçesi, bu işlemi emreden mahkeme kararı ve bu karara itiraz gibi bilgiler dahil, bu konularda kamuya bilgi verilmelidir. Engelleme talebine dayanak teşkil eden içeriğin yetkili makam tarafından incelenmesi ve zarar gören kişi veya kurumun dinlenmesi sağlanmalıdır. Dinleme fiilen mümkün değilse veya güdülen menfaate zarar verecekse bundan vazgeçilebilmesi mümkündür.

İnternet ortamındaki içeriğin değeri hızlıca ortadan kalkabilmektedir. Çok kısa süreli bir engelleme veya içeriğin yayından kaldırılması tedbiri,

verilen mesajı veya ulaşılmak istenen amacı anlamsız kılabilmektedir. Bu sebeple, müdahalelerin bu dinamizme uygun hak arama yöntemlerini barındırması gerekmektedir. Müdahale kararlarına karşı pratik itiraz imkânı ve etkin hak arama mekanizmaları tesis edilmelidir. Ayrıca, keyfi müdahalelere ilişkin özel koruma mekanizmaları ve tazmin imkânları var olmalıdır. Kısaca, içerikler çok hızlı bir şekilde değerini yitirebileceği için itiraz mekanizmaları da aynı hızda işlemelidir.

Şeffaflığın ve etkin itiraz mekanizmalarının hem *ex-ante* hem de *ex-post* aşamalarda sağlanması gerekir. *Ex-ante* yollar, engellemeye konu olan web sitelerinin sahiplerine ön bildirim; *ex-post* yollar ise bir engelleme kararı uygulandıktan sonra kapsamını kısıtlamak veya yeni koşullar dikkate alınarak itiraz etmek için etkin mekanizmalar sunmaktır. Dijital yollarla bildirim dahi bu bağlamda yeterli olabilmektedir.

İtiraz imkânı web sitesinin sahibi veya platformun işleteni gibi salt hak sahiplerine değil, her türlü menfaati doğrudan veya dolaylı olarak etkilenen tüm internet kullanıcılarına verilmelidir. Nihayetinde AİHM'in, internet kısıtlamaları bağlamında mağdur sıfatını artık geniş yorumladığı dikkate alınırsa itiraz hakkına sahip kişilerin mümkün olduğunca geniş yorumlanması gerekir. Hukuka aykırı içeriklerin, internet sitelerinin ve platformlarının yerli veya yabancı sahibi, bu internet sitelerinin veya platformlarının kullanıcıları veya bu site ve platformları link olarak verenler ve bu içeriklere abone olanlar, bu engellemelerin yan etkisi sebebiyle hizmetlerine hanel gelen kişiler ve engellenen web sitelerinin kullanıcılarının tamamının sürece dâhil olması değerlendirilmelidir.

AİHM içtihatlarında çerçevesi çizilmiş ve yerel hukukta mutlaka dikkate alınması gereken son konu ise platformların hukuki sorumluluğudur. Bu platform bir haber sitesi de olabilir bir sosyal medya ağı da. AİHM'ye göre platformlar içeriği saklamak ve erişmek için birer araç olup içeriğin kendisiyle özdeşleştirilmemelidir. Erişimin engellenmesi tedbiri söz konusu olduğunda varsayımlarla hareket edilmemeli ve somut bir hukuka aykırılık var olmalıdır.

Keza platform sorumluluğuna ilişkin muafiyet kuralları gözetilmelidir. *Delfi v. Estonya* kararında ilk kez karara bağlandığı ve *MTE ve Index.hu Zrt v. Macaristan* kararı ile teyit edildiği üzere her türlü hukuki zarardan platformun veya hizmet sağlayıcının müteselsil veya müşterek sorumluluğuna gidilmemelidir. Böyle bir sorumluluk ancak özel

koşullarda ve sadece nefret söylemi ve şiddete teşvik gibi sebeplerden dolayı söz konusu olmalıdır.

İnternet Aracı Platformlarının Roller ve Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nda da vurgulandığı üzere kullanıcılara, içerik sağlayıcılara ve internet platformlarına karşı, ifade özgürlüğünü zedeleme niyetiyle kamunun katılımını önleme amaçlı stratejik davalar (SLAPP - *strategic lawsuits against public participation*) veya kötü niyetli ve bezdirme amaçlı davalar açılabilir. Bunları önlemeye dönük özel bir düzenleme yapılmaması sosyal teknik olarak nitelendirilebilmektedir. Bu durum ise ifade özgürlüğüne demokratik bir toplum düzeninde kabul edilmeyecek nitelikte ölçsüz bir müdahale teşkil edebilecektir. Devletlere yüklenen bu yükümlülük karşısında hizmet sağlayıcıların da buna denk gelen temel yükümlülükleri vardır.

İnternet Aracı Platformlarının Roller ve Sorumluluklarına İlişkin Tavsiye Kararı'nda da belirtildiği üzere, platformlar, aracı hizmet sağlayıcılar veya geniş ifadeyle hizmet sağlayıcılar "Birleşmiş Milletler İş Dünyası ve İnsan Haklarına Dair Rehber İlkeler: Birleşmiş Milletler 'Koruma, Saygı Gösterme ve Telafi Edici Çözüm Üretme' Çerçevesi"ne uygun şekilde, tüm eylemlerinde kullanıcılarının ve etkilenen tarafların insan haklarına saygı göstermekle yükümlüdür. Bu yükümlülük, uygulanabilir hukuk kurallarına ve düzenleyici çerçevelere uyumlu şekilde hareket etme sorumluluğunu da içermektedir.

Diğer bir deyişle, hizmet sağlayıcılar tamamen kontrolsüz ve hukukun dışında değildir. AİHM bir denge kurarak hizmet sağlayıcılara belirli hukuki muafiyetleri koşullu olarak tanımaktadır. Hizmet sağlayıcıların en temel yükümlülüğü, hukuka aykırı içerik hakkında bilgilendirildiklerinde içeriği kaldırmak veya bu içeriğe erişimi engellemektir. Sistemlerini proaktif şekilde tarayarak nefret söylemi ve şiddete teşvik içeriğini filtrelemekle yükümlüdürler.

Daha genel bir ifadeyle, kullanıcıların temel hak ve hürriyetlerine yönelik talepleri etkin şekilde çözümlenmek durumundadırlar. Bu tür bir mekanizmayı kurmamış ve mekanizmanın etkinliğini sağlamamış bir platform veya hizmet sağlayıcısı, kendisine özel olarak tanınmış hukuki muafiyetlerden faydalanamayacaktır. Kısaca, ne kadar etkin uyar-kaldır mekanizması varsa o kadar az hukuki sorumluluk söz konusu olacaktır.

AİHM'in internet ve insan hakları konusundaki yaklaşımının özeti AİHS'in 8. ve 10. maddesi arasında denge sağlanması; ayrıca, internete

ilişkin tüm süreçlerde hukuki dinlenilme ve adil yargılanma haklarının temin edilmesidir.

SONUÇ

İnternete erişim temel bir insan hakkıdır. İnternet hem bireylerin hem de devletlerin temel iletişim ve bilgi paylaşım mecrası hâline gelmiştir. İnternetin sosyal, ekonomik, kültürel, siyasi veya ticari amaçlarla kullanım alanları her geçen gün artmakta; bir yandan da altyapı, esaslı bir dönüşüm geçirmektedir⁶¹. Bireysel kullanımın yanı sıra kamu hizmetlerinin sunumunda da artık varsayılan mecra internettir. Keza devletler arasındaki çatışmalar da internet ağına taşınmıştır⁶².

İnternet klasik bir iletişim aracı olarak görülmemelidir. Nihayetinde internet bir iletişim ağı olduğu kadar bilgiye erişim ağıdır. İnternetin kullanım alanlarının çok hızlı bir şekilde artması sebebiyle olası bir engelleme veya kısıtlamadan etkilenecek hakların sayısı da artmıştır.

Bu çalışmada AİHM'in kararları ışığında ideal bir internet yasasının nasıl olması gerektiği sorusunun yanıtı bulunmaya çalışılmıştır. Bu amaç doğrultusunda AİHM'in internet içeriğine erişimin engellenmesi veya içeriğin filtrelenmesine, internet içeriğinin kaldırılmasına ve internet içeriğinden veya bağlantıdan dolayı hukuki sorumluluğa ilişkin kararları genel hatlarıyla incelenmiştir. Belirtmek gerekir ki bu konuya ilişkin AİHM içtihatları önemli ölçüde istikrar kazanmıştır.

AİHM'in içtihatları ışığında ideal bir internet yasası özetle şu kriterleri sağlamalıdır:

(1) İnternet ortamının düzenlenmesine ilişkin açık bir yasal düzenleme olmalıdır.

⁶¹ İnternet bir yandan küreselleşmesini sürdürürken bir yandan da bir kırılmanın eşliğindedir. Yerleşme ve fragmantasyonun bu hızda artmasıyla beraber her bir devlete ait müstakil ve dış ağ ile sınırlı etkileşimi olan özel internet adacıklarının oluşması kaçınılmaz hale gelmektedir. Bunun neticesinde ise internetin küresel bir ağ olmaktan çıkması ve oluşan bu yeni adacıklar arasında seyahat etmenin de özel kurallara tabi tutulması söz konusu olacaktır. Bu konuda bkz. Hill, J.F. (2012). *Internet Fragmentation Highlighting the Major Technical, Governance and Diplomatic Challenges for U.S. Policy Makers* https://www.belfercenter.org/sites/default/files/legacy/files/internet_fragmentation_jonah_hill.pdf (Erişim tarihi: 1/11/2020). Graham, S. (2017). "Cyberborders and the Right to Travel in Cyberspace", Kohl, U. (editör) *The Net and the Nation State - Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, Cambridge: Cambridge University Press.

⁶² "Netwar" olarak da adlandırılan bu tür çatışmalara ilişkin temel bir inceleme için bkz. Arquilla, J., Ronfeldt, D.F. (2001). *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, Santa Monica: Rand.

(2) İnternete açık ve meşru amaçlarla müdahale edilmelidir.

(3) Müdahale geçici nitelikte olmalıdır.

(4) Müdahale belirli bir hedefe yönelmeli ve spesifik olmalıdır.

(5) Ölçülülük ilkesi her daim gözetilmeli ve en az müdahaleci tekniğin kullanılması zorunlu tutulmalıdır. Müdahale gerekçeleri demokratik bir toplumda gerekli olmalı ve müdahale için baskın bir sosyal ihtiyaç bulunmalıdır. Bir içeriğe yönelik tedbirin genel bir engellemeye dönüşmesini önleyecek teknik önlemler alınmalıdır.

(6) İnternet ortamına ancak bir mahkeme kararıyla müdahale edilmelidir. İdari makamlara istisnai durumlarda ve kararlarının bağımsız mahkemelerce etkin şekilde denetlenmesini temin edecek mekanizmaların kurulması kaydıyla yetki verilmelidir.

(7) İnternete müdahale kararları gerekçeli olmalıdır. Karar, kısıtlamanın etkinliği ve aşırı engelleme risklerine göre yapılacak bir değerlendirmeye dayanmalıdır. Bu değerlendirme, kısıtlamanın internet içeriğine veya belirli tip içeriğe erişimi ölçsüz engelleyip engellemeyeceğini ve ayrıca belirtilen meşru amaca ulaşmak için en az kısıtlayıcı araç olup olmadığını içermelidir.

(8) Tüm süreçte en üst düzeyde şeffaflık sağlanmalıdır.

(9) Müdahale kararlarına ilişkin pratik itiraz imkânı ve etkin hak arama mekanizmaları tesis edilmelidir.

(10) Keyfî müdahalelere ilişkin özel koruma mekanizmaları ve tazmin imkânları var olmalıdır.

(11) Platform sorumluluğuna ilişkin muafiyet kuralları gözetilmelidir. Her türlü hukuki zarardan değil, sadece nefret söylemi ve şiddete teşvik içeriklerinden dolayı bunların sorumluluklarına gidilebilmelidir.

(12) Platformların, uyar-kaldır mekanizmalarının etkinliğini sağlaması temin edilmelidir.

İnternet ortamını düzenleyecek yasanın bu bağlamda çerçeve değil, kazuistik olması kaçınılmazdır ve ideal olan da budur. Bu tür mevzuat, konunun teknik ve hukuki boyutuna uygun olarak kaleme almalı ve tüm paydaşların, internet ortamındaki davranışlarını önceden düzenleyebilmesini temin etmelidir.

Önemle belirtmek gerekir ki, internete erişimin engellenmesinin veya kısıtlanmasının yan etkileri çok fazladır. Bu sebeple, internete yönelik bir kısıtlamaya üstün bir kamusal yararın varlığı durumunda ve son çare olarak başvurulması gerekmektedir. Diğer bir deyişle, internete ilişkin bir müdahale kararı verilirken etkilenmesi muhtemel tüm temel hak ve hürriyetlere ilişkin müdahale sebepleri ve usullerinin göz önünde bulundurulması gerekir.

İnternet içeriğine müdahale eden bir düzenlemenin bireyleri hareketsizliğe itmemesi, aksine internetin kullanımını teşvik etmesi gerekmektedir. Hakkın özü bilhassa internet içeriğine doğrudan değil ama dolaylı teknikler kullanarak müdahale edildiğinde önem taşımaktadır. Somut olayda, engellenen veya kısıtlanan içeriğin özelliklerine göre bu hakların ayrı ayrı tespit edilmesi ve bu hakların teknolojik gelişmelere uygun bir şekilde yeniden yorumlanması gerekmektedir.

Özetle, AİHM'in içtihatları ışığında ideal bir internet düzenlemesi, hukuk ve teknoloji arasındaki uyumun en üst düzeyde gözetildiği bir düzenlemedir. İnternetin etkilediği hakların çokluğu ve çeşitliliği sebebiyle bu tür bir yasanın *sui generis* nitelikte olması ve hem kamu hukuku hem de özel hukuka ilişkin hükümler içermesi kaçınılmazdır.

KAYNAKÇA

- ARQUILLA, John ve RONFELDT, David F. (2001). *Networks and Netwars: The Future of Terror, Crime, and Militancy*, Santa Monica: Rand.
- BIDGOLI, Hossein (2004). *The Internet encyclopedia - Volume 2*, Hoboken New Jersey: John Wiley & Sons.
- DEIBERT, Ronald, PALFREY, John, ROHOZINSKI, Rafal ve ZITTRAIN, Jonathan (2008). *Access Denied: the Practice and Policy of Global Internet Filtering*, Cambridge: MIT Press.
- DEIBERT, Ronald, PALFREY, John, ROHOZINSKI, Rafal ve ZITTRAIN, Jonathan (2010). *Access Controlled: the Shaping of Power, Rights, and Rule in Cyberspace*, Cambridge: MIT Press.
- DEIBERT, Ronald, PALFREY, John, ROHOZINSKI, Rafal ve ZITTRAIN, Jonathan (2012). *Access Contested: Security, Identity, and Resistance in Asian Cyberspace Information Revolution and Global Politics*, Cambridge: MIT Press.
- DINWOODIE, Graeme B. (2017). *A Comparative Analysis of the Secondary Liability of Online Service Providers*, Cham: Springer.
- GEIGER, Christophe ve IZYUMENKO, Elena (2020). "Blocking Orders: Assessing Tensions with Human Rights", FROSIO, G. (editör) *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press.
- HILL, Jonah Force (2012). *Internet Fragmentation Highlighting the Major Technical, Governance and Diplomatic Challenges for U.S. Policy Makers*, https://www.belfercenter.org/sites/default/files/legacy/files/internet_fragmentation_jonah_hill.pdf.
- KÖKSAL, Tuğçe Duygu (2018). "İnternet sağlayıcılarının üçüncü kişiler tarafından yapılan yorumlar bakımından hukuki sorumluluğu üzerine: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Delfi Kararı", *Suç ve Ceza*, S. 1, s. 95-114.
- LAMBERT, Paul (2018). *Gringras: The Laws of the Internet*, Haywards Heath: Bloomsbury Professional.
- MATHIASON, John (2009). *Internet Governance: the New Frontier of Global Institutions*, London: Routledge.

- McGONAGLE, Tarlach (2020). "Free Expression and Internet Intermediaries: The Changing Geometry of European Regulation", içinde Frosio, G. (editör) *Oxford Handbook of Online Intermediary Liability*, Oxford: Oxford University Press, s. 474.
- MUELLER, Milton (2002). *Ruling the Root Internet governance and the Taming of Cyberspace*, Cambridge: MIT Press.
- RYAN, Johnny (2010). *A History of the Internet and the Digital Future*, London: Reaktion Books.
- SCHULZE, Reiner ve STAUDENMAYER, Dirk (2020). *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- SMITH, Graham (2017). "Cyberborders and the Right to Travel in Cyberspace", içinde Kohl, U. (editör) *The Net and the Nation State - Multidisciplinary Perspectives on Internet Governance*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SUSI, Mart (2014). "Delfi AS v. Estonia", *The American Journal of International Law*, S. 108, s. 295-302.
- TAŞKIN, Şaban Cankat (2016). *İnternete Erişim Yasakları*, Ankara: Seçkin.

AİHM Kararları

- Ahmet Yıldırım/Türkiye, B. No: 3111/10, 18/12/2012.
- Akdeniz/Türkiye, B. No: 20877/10, 11/3/2014.
- Bulgakov/Rusya, B. No: 20159/15, 23/6/2020.
- Cengiz ve diğerleri/Türkiye, B. No: 48226/10 ve 14027/11, 1/12/2015.
- Delfi AS/Estonya, B. No: 64569/09, 16/6/2015.
- Engels/Rusya, B. No: 61919/16, 23/6/2020.
- Høiness/Norveç, B. No: 43624/14, 19/6/2019.
- Jankovskis/Litvanya, B. No. 21575/08, 17/4/2017.
- Kablis/ Rusya, B. No: 48310/16 ve 59663/17, 30/4/2019.
- Kalda/Estonia, B. No: 17429/10, 19/1/2016.
- M.L. ve W.W./Almanya, B. No: 60798/10 ve 65599/10, 28/6/2018.
- Magyar Jeti Zrt/Macaristan, B. No: 11257/16, 4/12/2018.

- Magyar Tartalomszolgáltatók Egyesülete (MTE) ve Index.hu Zrt/ Macaristan, B. No: 22947/13, 2/5/2016.
- OOO Flavus ve diğerleri/Rusya, B. No: 12468/15, 23489/15, 19074/16, 23/6/2020.
- Rolf Anders Daniel PIHL/İsveç, B. No: 74742/14, 7/2/2017.
- Tamiz/Birleşik Krallık, B. No: 3877/14, 19/9/2017.
- Vladimir Kharitonov/Rusya, B. No: 10795/14, 23/6/2020.
- Węgrzynowski and Smolczewski/Polonya, B. No:33846/07, 16/7/2013.

Avrupa Konseyi Belgeleri

- Recommendation No. R (99) 5 of the Committee of Ministers to member states for the protection of privacy on the Internet Guidelines for the protection of individuals with regard to the collection and processing of personal data on information highways (adopted by the Committee of Ministers on 23 February 1999 at the 660th meeting of the Minister's Deputies), https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804f4429
- Recommendation No. R (2000) 13 of the Committee of Ministers to member states on a European policy on access to archives (Adopted by the Committee of Ministers on 13 July 2000, at the 717th meeting of the Ministers' Deputies) <https://rm.coe.int/16804cea4f>
- Recommendation Rec (2001) 8 of the Committee of Ministers to member states on self-regulation concerning cyber content (self-regulation and user protection against illegal or harmful content on new communications and information services) (Adopted by the Committee of Ministers on 5 September 2001, at the 762nd meeting of the Ministers' Deputies) <https://www.osce.org/files/f/documents/0/7/31584.pdf>
- Committee of Ministers Declaration on freedom of communication on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 28 May 2003 at the 840th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805dfbd5
- Declaration of the Committee of Ministers on human rights and the rule of law in the Information Society CM(2005)56, https://www.coe.int/t/dgap/goodgovernance/Activities/Public_participation_internet_governance/Declaration-Information-Society/011_DeclarationFinal%20text_en.asp

- Recommendation Rec(2006)12 of the Committee of Ministers to member states on empowering children in the new information and communications environment (Adopted by the Committee of Ministers on 27 September 2006 at the 974th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805af669
- Recommendation CM/Rec(2007)11 of the Committee of Ministers to member states on promoting freedom of expression and information in the new information and communications environment (Adopted by the Committee of Ministers on 26 September 2007 at the 1005th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d4d0e
- Recommendation CM/Rec(2007)16 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the public service value of the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 7 November 2007 at the 1010th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=09000016805d4a39
- Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters (Adopted by the Committee of Ministers on 26 March 2008 at the 1022nd meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d3bc4
- Declaration of the Committee of Ministers on protecting the dignity, security and privacy of children on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 20 February 2008 at the 1018th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d3d2d
- Recommendation CM/Rec(2009)5 of the Committee of Ministers to member states on measures to protect children against harmful content and behaviour and to promote their active participation in the new information and communications environment (Adopted by the Committee of Ministers on 8 July 2009 at the 1063rd meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805d0b0f
- Declaration of the Committee of Ministers on network neutrality (Adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010 at the

1094th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ce58f

- Declaration of the Committee of Ministers on the management of the Internet protocol address resources in the public interest (Adopted by the Committee of Ministers on 29 September 2010 at the 1094th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805ce5bd
- Declaration by the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and information and freedom of assembly and association with regard to Internet domain names and name strings (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805b1059
- Declaration by the Committee of Ministers on Internet governance principles (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f6
- Recommendation CM/Rec(2011)7 of the Committee of Ministers to member states on a new notion of media (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2c0
- Recommendation CM/Rec(2011)8 of the Committee of Ministers to member states on the protection and promotion of the universality, integrity and openness of the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 21 September 2011 at the 1121st meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cc2f8
- Declaration of the Committee of Ministers on the protection of freedom of expression and freedom of assembly and association with regard to privately operated Internet platforms and online service providers (Adopted by the Committee of Ministers on 7 December 2011 at the 1129th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805cb844
- Recommendation CM/Rec(2012)3 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to search engines (Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the

1139th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805caa87

- Recommendation CM/Rec(2012)4 of the Committee of Ministers to member States on the protection of human rights with regard to social networking services (Adopted by the Committee of Ministers on 4 April 2012 at the 1139th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805caa9b
- Recommendation of the Committee of Ministers to member States on a Guide to human rights for Internet users (Adopted by the Committee of Ministers on 16 April 2014 at the 1197th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016804d5b31
- Recommendation CM/Rec(2015)6 of the Committee of Ministers to member States on the free, transboundary flow of information on the Internet (Adopted by the Committee of Ministers on 1 April 2015, at the 1224th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f20
- Recommendation CM/Rec(2016)1 of the Committee of Ministers to member States on protecting and promoting the right to freedom of expression and the right to private life with regard to network neutrality (Adopted by the Committee of Ministers on 13 January 2016, at the 1244th meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c1e59
- Recommendation CM/Rec(2016)5 of the Committee of Ministers to member States on Internet freedom (Adopted by the Committee of Ministers on 13 April 2016 at the 1253rd meeting of the Ministers' Deputies) https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016806415fa
- Recommendation CM/Rec(2018)2 of the Committee of Ministers to member States on the roles and responsibilities of internet intermediaries (Adopted by the Committee of Ministers on 7 March 2018 at the 1309th meeting of the Ministers' Deputies) <https://rm.coe.int/1680790e14>



**AVRUPA GENEL VERİ KORUMA DÜZENLEMESİ BAĞLAMINDA
MEMURLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI HAKKI
(THE RIGHT OF THE PROTECTION OF PERSONAL DATA OF
CIVIL SERVANTS IN TERMS OF THE EUROPEAN GENERAL DATA
PROTECTION REGULATION)**

Doç. Dr. Atila ERKAL*

ÖZET

Kişisel verilerin korunması hayatın her alanına sirayet etmiştir. Çalışma hayatına ilişkin verilerin işlenmesi önemli bir alanı kapsamaktadır. Kişisel verilerin korunması alanında yapılan uluslararası sözleşme ve düzenlemelerde istihdam sebebiyle çalışanın verilerinin korunmasına özel önem vermektedir. Son yıllarda yapılan reformlarla 1995 tarihli direktifi kaldırarak onun yerine geçen ve AB üye devletleri açısından bağlayıcı olan 2016/ 679 tarihli Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi'nin 88. maddesi ile bu konuda özel hüküm getirilmiştir. Bu madde ile kamu- özel ayrımı yapmaksızın tüm çalışanların istihdam sebebiyle işlenen verilerini koruma altına almaktadır.

Avrupa Birliği son düzenlemesi ile kişisel verilerin daha güçlü korunmasını sağlamanın yanında birliğe üye devletlerde eşit uygulamayı amaçlamaktadır. Bu nedenle kişisel verilere ilişkin önceki direktif yerine bir üst norm olan tüzükle kural koymayı tercih etmiştir. Çalışanlara ilişkin hüküm yeterince ayrıntılı olmasa da tüzükte temel ilkelere yer verilmiş "öffnungsklausel" (genişletme) yetkisi çerçevesinde ayrıntıları düzenleme imkânı üye ülkelere tanınmıştır. Üye ülkeler de buna istinaden kendi iç hukukunda daha spesifik kurallar belirleme yoluna gitmiştir.

Türkiye'de memur ve diğer kamu görevlilerinin kişisel verilerinin korunması konusunda özel bir hüküm mevcut değildir. Kişisel verilerin korunması konusundaki gelişmelerin Türk hukukuna etkisi olacağı

* Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi, atilaerkal@sakarya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-7394-5414

açıktır. AB eski direktifi ve hükümleri zamanında yürürlüğe girmiş Kişisel Veri Korunma Kanunu da yeni gelişmelere göre uyarlamak gerekmektedir. Memur istihdamı sebebiyle kişisel verilerin işlenmesinin genel koruma dışında özel olarak düzenlenmesi elzemdir.

Anahtar Sözcükler: Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü, Kişisel Veriler, Kişisel Verilerin Korunması, Çalışanın Kişisel Verileri, Memur Kişisel Verileri, İstihdama Dayalı Kişisel Veriler

ABSTRACT

The protection of personal data extends to all aspects of life. Processing data on working life is an important area. In international agreements and regulations in the area of the protection of personal data, the protection of work-related employee data is given particular importance. With the reforms carried out in recent years, a special provision was made on this subject in the 88th article of the General Data Protection Regulation of the European Union of 2016/679, which replaces the 1995 directive and is binding for the EU member states. This article protects the data of all employees processed under labor law without distinguishing between public and private positions.

The most recent regulation of the European Union aims to ensure stronger protection of personal data and equal application in the member states of the Union. For this reason, it was preferred to set a higher standard rule instead of the previous Personal Data Directive. Although the provisions on workers are short, the basic principles are included and the power to regulate the details under the principle of publicity is given to the member countries. Accordingly, the Member States have decided to lay down more specific rules in their national law.

There are no specific provisions on the protection of personal data of officials and other officials in Turkey. It is clear that developments in the protection of personal data will have an impact on Turkish law. The law on the protection of personal data, the old EU directive and provisions of which came into force in good time, should also be adapted to new developments. A special regulation of the processing of personal data in addition to general protection is essential due to the employment of civil servants.

Keywords:European General Data Protection Regulation, Personal Data, Protection of Personal Data, Employee's Personal Data, Officer Personal Data, Employment-Based Personal Data.

I. GİRİŞ

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunlar Avrupa'da 1970'li yıllara kadar gitmektedir. Bu konuda Avrupa ülkelerinin ulusal kanunları dışında Avrupa Birliği de çok sayıda düzenleme yapmıştır. Kişisel veriler konusunda ilk ve önemli sözleşme Avrupa Konseyi'nin 108 No.lu "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi" dir¹. Türkiye bu sözleşmeyi ilk imzaya açıldığı 28 Ocak 1981 tarihinde imzalamıştır. Ancak Sözleşme 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmesine rağmen uzun bir süre iç hukuka dâhil edilmemiştir. Gecikmeli de olsa 30 Ocak 2016 tarihinde 6669 sayılı Kanun'la onaylanması uygun bulunmuş², 17 Mart 2016 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve iç hukuk kuralı hâline gelmiştir³. Bu gelişme doğrultusunda kanun koyucu 24 Mart 2016 tarihinde 6698 sayılı Kişisel Verileri Koruma Kanunu'nu kabul etmiş, kişisel verilerin işlenmesinin usul ve esasları kanuni bir zemine kavuşmuştur⁴. Avrupa'da ise son yıllarda kişisel veriler konusunda reformlar devam etmektedir.

Avrupa Birliği ve birliğe üye devletlerin mevzuatında, çalışanların kişisel verileri özel hükümlerle korunmaktadır. Avrupa Birliği bu bağlamda 1995 tarihli direktifi kaldırarak onun yerine geçen ve AB üye devletleri açısından bağlayıcı olan 2016/ 679 tarihli Genel Veri Koruma Düzenlemesi'nin⁵ (AGVKD) 88. maddesinde çalışanların verilerinin

¹ Atak, S. (2010). "Avrupa Konseyinin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, s. 92.

² Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun, RG., T. 18/2/2016, S.29628.

³ Anayasa'nın 90/1. fıkrasına göre "Usulüne göre yürürlüğe konulmuş Milletlerarası andlaşmalar kanun hükmündedir. Bunlar hakkında Anayasaya aykırılık iddiası ile Anayasa Mahkemesine başvurulamaz. Usulüne göre yürürlüğe konulmuş temel hak ve özgürlüklere ilişkin milletlerarası andlaşmalarla kanunların aynı konuda farklı hükümler içermesi nedeniyle çıkabilecek uyuşmazlıklarda milletlerarası andlaşma hükümleri esas alınır."

⁴ RG., T. 7/4/2016, S.29677. 6698 sayılı Kanun 1995 tarihli direktifte yer alan ilkelerden hareketle hazırlanmış olmakla birlikte, Kanun'un hazırlandığı ve yürürlüğe girdiği süreçte 1995 tarihli direktif yürürlükten kaldırılmıştır. Bu sebeple 6698 sayılı Kanun'un "kişisel verilerin korunması hakkı" bakımından henüz yürürlüğe girdiği tarihte güncelliğini yitirdiği söylenebilir.

⁵ AGVKD'nin Türkçe'ye yapılan çevirisinde düzenleme yerine ağırlıklı olarak tüzük kavramı kullanılmaktadır. Avrupa Birliği Bakanlığı, AB Mevzuat Çeviri Rehberi'nde "regulation" kavramının Türkçe karşılığı olarak "tüzük" gösterilmektedir. s.8. https://www.ab.gov.tr/files/ceb/ab_mevzuati_ceviri_rehberi.pdf, (Erişim tarihi: 8/2/2020).

Bazı çalışmalarda ise "yönetmelik" veya "yönerge" olarak da adlandırılmaktadır. Turan, M. (2019). *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 162. Bu sadece düzenleme-tüzük ile de sınırlı değil Avrupa Birliği'nin diğer hukuki tasarruflarının adlandırılması konusunda doktrinde bir birlik bulunmamaktadır. AGVKD'nin orijinal metinleri olan İngilizcede *regulation*, Almancada ise *Verordnung* kavramı kullanılmaktadır. Bunun karşılığı "düzenleme" olmakla birlikte tüzük de kullanılmaktadır. Biz tüzüğün yanında

işlenmesinde temel esasları hüküm altına almıştır⁶. Ancak bunun öncesinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1989 (2) No.lu İstihdam Sebebiyle Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin Tavsiye Kararı'nda günümüzde de geçerliliğini koruyan temel ilkelere yer vermiştir.

AB kişisel veriler konusunda yaptığı reform ile önceki düzenlemelerde ve uygulamalardaki aksayan yönleri gidermeye çalışmış ve kişisel verilerin daha etkili bir şekilde korunmasını amaçlamıştır. Tüzükte tartışmalı konular olsa da zamanla aksayan yerleri elbette ortaya çıkacak ve bunların giderilmesine yönelik yeni düzenlemelere gidilecektir. Ancak şu hâliyle birçok konuda getirdiği yeniliğin yanında istihdam edilenlerin verilerinin kamu görevlisi-özel hukuka tabi çalışan ayrımı yapmadan üye ülkeleri bağlayıcı bir şekilde özel olarak koruduğu söylenebilir.

AGVKD'nin 88. maddesinde, özel ya da kamu da istihdam ayrımı yapmayarak çalışan kavramından bahsetmektedir. Bir çalışan olarak memurların da bu madde kapsamına girdiği aşikârdır. Kaldı ki memurlar ve diğer kamu görevlilerinin de göreve başlamasından görevin sona ermesine kadar geçen ve uzun yıllara dayanan çalışma hayatında çok sayıda verileri işlenmektedir. En büyük işverenin devlet olduğu düşünüldüğünde istihdamı da ağırlıklı olarak kamu görevlisi olarak yaptığı göz önünde bulundurulduğunda kamu görevlilerinin kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin özel bir düzenlemenin olmaması önemli bir eksiklidir.

ağırlıklı olarak düzenleme kavramını kullanmayı tercih edeceğiz. Ayrıca Türkçeye yapılan çeviride bazı kavramların farklı kullanılması, bazı hükümlerin farklı şekilde çevrilmesi sebebiyle orijinal Almanca metin üzerinden inceleme yapılacaktır. Bu nedenle Türkçeye yapılan çeviriler ile farklılıklar bulunmaktadır. Örneğin Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından yapılan çevirilerde (<https://www.kisiselverilerinkorunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf>) (Erişim tarihi: 9/2/2020). AGVKD'nin 4/7. fıkrası kontrolör olarak çevrilmiş. Almanca metinde ise "Verantwortlicher" kavramı kullanılmıştır. Bunun Türkçe karşılığına (veri) sorumlusu gelmekte. İngilizce metinde ise "controller" kelimesi kullanılmıştır. TDK sözlüğünde kontrolör, "denetmen" olarak ifade edilmektedir. "Kontrolör" kavramı kullanılabilse de veri sorumlusunun görevinin denetimle sınırlı olmaması, kişisel verilerin işlenmesinde amaç ve aracı belirleme yetkisi ve diğer görevleri sebebiyle, kavramının daha kapsamlı olması nedeniyle veri sorumlusunu kullanmayı tercih ediyoruz. Almanca metnin 6/1-a) bendinde rıza kelimesinin karşılığı "Einwilligung" kullanılmış, çevirisi ise "onay" olarak yapılmış. Onay kelimesinin tasdik, icazet, uygun bulma gibi anlamlara da geldiğinden rıza kelimesini kullanmanın daha isabetli olacağı kanaatindeyiz. GDPR 88/2. fıkrası "iş yerindeki sistemlerin izlenmesi" olarak çevrilmiş, Almanca metinde ise "die Überwachungssysteme am Arbeitsplatz" cümlesi yer almakta. Bu cümlenin işyerinde gözetleme (kontrol) sistemleri olarak Türkçeye çevrilmesinin daha uygun olacağını düşünmekteyiz. Burada işyerinin kayıt sistemleri ile gözetlenmesi ifade edilmektedir. Dolayısıyla çevirilerde anlam farklılıkları da bulunmaktadır. Bu nedenle mevcut çeviriler yerine kaynak olarak doğrudan Almanca metin kullanılacaktır.

⁶ Amtsblatt EU (Amtsblatt der Europäischen Union), T. 4/5/2016, S. L119/1.

AB'ye üye ülkeler AGVKD'nin tanıdığı *öffnungsklausel* (genişletme) yetkisi uyarınca kendi iç hukuklarında, istihdam nedeniyle kişisel verilerin işlenmesini daha spesifik kurallar getirerek korumaktadır. Bu bağlamda memurlar ve diğer kamu görevlileri de çalışan kapsamına alınmaktadır. Ancak memur ve diğer kamu görevlilerinin bir kısım kişisel verisi AGVKD kapsamında, bir kısmı ise üye ülkelerin memurlar kanununu uyarınca korunmaktadır. Bu çalışmada AGVKD uyarınca memur kişisel verilerinin korunması ele alınacaktır.

II. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA MEMURLARIN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

Karşılaştırmalı hukukta kişisel verilerin korunması hem uluslararası belgelerde hem ulusal mevzuatta düzenlenmektedir. Verilerin korunmasına yönelik ilk jenerasyon kanunlar, kişilerin verilerinin devlet tarafından işlenmesinin sınırlandırılmasına yöneliktir⁷. 1960'lı yıllarda gelişmiş bazı ülkelerde devletin tuttuğu tüm sicilleri ve verileri birbirine bağlama ve otomatik yönetme amacıyla projeler geliştirilmiştir. Amerika Birleşik Devletleri de "Federal Data Center" adıyla ulusal veri merkezi kurup tüm vatandaşlara bir bilgi numarası vererek bunun altında verilerini işlemeyi planlamıştır. Ancak anayasayla güvence altına alınan özel hayatın gizliliği temel hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle tepkiler oluşmuş ve bundan vazgeçilmiştir⁸. Bu tartışmalar neticesinde özel hayatın gizliliğinin korunması ve kişisel verilerin keyfi bir şekilde işlenmesini önlemek amacıyla 1974 yılında Privacy Act (Özel Hayatın Gizliliği Kanunu) kabul edilmiştir⁹. Bu Kanun ile idarenin amaca aykırı veri işlenmesinin önüne geçilmiş, keyfiliğin önüne geçmek için de kişisel verisi işlenecek ilgililere haber verme, bilgi verme, yanlış işlenen verilerin düzeltilmesini isteme ve tazminat hakkı tanınmıştır¹⁰. Benzer bir olay Almanya'da yaşanmıştır. Almanya tüm vatandaşları kapsayan

⁷ Örneğin dünyada ilk veri koruma kanunu olan Hessen Veri Koruma Kanunu'nun kapsamını düzenleyen 1. maddesinde eyalet idareleri, idarelerin denetimi altında bulunan kurum ve kuruluşlar ile kamu hukukuna tabi vakıfların kanun kapsamında olduğu hüküm altına alınmıştır. 7 Kasım 1970, GVBl. I 625, <http://starweb.hessen.de/cache/GVBL/1970/00041.pdf> (Erişim tarihi: 10/1/2020).

⁸ Langhanke, C. (2018). *Daten als Leistung, Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland*, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 7.

⁹ <https://www.justice.gov/opcl/file/844481/download> (ET18/1/2020); açıklamalar için bkz. Overview of the Privacy Act, <https://www.justice.gov/sites/default/files/opcl/docs/1974privacyact-2012.pdf> (Erişim tarihi: 18/1/2020).

¹⁰ Taeger, J. (2017). *Datenschutzrecht*, Oldenburg, s. 9.

büyük veri bankaları kurmayı amaçlamıştır. Özel hayatın gizliliğini ihlal edeceği gerekçesiyle ortaya çıkan tepkilere istinaden o dönemde bundan vazgeçilmiştir. Buna karşın kişisel verileri koruyan düzenlemeler yapılmıştır. İlk veri koruma kanunlarının teknolojinin bu denli hızlı ilerlemesi ve özel hayatın gizliliğini ihlal etme tehlikesinin bertaraf edilmesi amacıyla yürürlüğe girdiği görülmektedir. Buradaki amaç bilgi teknolojilerinin devlet tarafından kullanılma usul ve esaslarını belirleyerek kurallaştırmak ve ayrıca veri işlenmesinin şeffaflığını sağlamaktır¹¹.

İlk jenerasyon kanunlar, veri işlenmesi konusunda idareye geniş yetkiler tanımaktadır. Buna karşılık veri işlenmesi alanında bireylere tanınan haklar sınırlıdır. Örneğin günümüzde veri işlenmesinin temel ilkelerinden bir olan kişilerin rızasını alma zorunluluğu bulunmamaktadır. Buna rağmen ilk jenerasyon veri koruma kanunları devletin veri işleme hegemonyasını kırma ve belli bir usule bağlanarak şeffaflığı sağlamasından dolayı önemli bir gelişmedir¹². Yeni jenerasyon kanunların kapsamı daha geniştir. Sadece devletin işlediği verilerin değil özel hukuk kişilerinin işlediği verilerin de usul ve esaslarını belirlemekte ve şeffaflığını sağlamaya yönelik hükümler içermektedir.

A. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINDA ULUSLARARASI DÜZENLEMELER

Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili Birleşmiş Milletlerin (BM) Ekonomik İş Birliği ve Gelişme Teşkilatının (OECD) ve özellikle de Avrupa Birliği'nin ve Avrupa Konseyi'nin çok sayıda düzenlemesi bulunmaktadır. Bu düzenlemelerin bir kısmında çalışanlara ve dolayısıyla memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kişisel verilerinin korunmasına yönelik hükümler de mevcuttur.

Kişisel verilere ilişkin uluslararası ilk düzenlemeler herhangi bir özel alana yer vermemiş, ancak zamanla birçok özel alan spesifik olarak düzenlenmiştir. Özellikle Avrupa Konseyi'nin 1981 tarihli Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nden sonra bu sözleşmeyi güncellemek amacıyla çok sayıda tavsiye kararı bulunmaktadır. Bunların dışında AB'ye üye ülkelere yönelik bağlayıcı kararlar alınmış, tüzükler ve direktifler kabul edilmiştir.

¹¹ Langhanke (2018). s. 6.

¹² a.g.e. s. 7.

Çalışanlara ilişkin kişisel verilerin korunmasını açıkça hüküm altına alan özel düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin 1989 tarihli İstihdam Sebebiyle Kişisel Verilerin Korunmasını Düzenleyen Tavsiye Kararı, bir diğeri ise Avrupa Konseyi Kişisel Veri Koruma Düzenlemesi'dir. Bunlara geçmeden önce uluslararası düzenlemelerde veri koruma hukukunun gelişimine yer verilecektir.

1. Birleşmiş Milletler ve OECD Düzenlemeleri

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 14/12/1990 tarihinde otomatik (dijital) dosyalarda işlenen kişisel verilere ilişkin rehber ilkeleri kabul etmiştir. Bu ilkeler genel olup ayrıntıya girmeden verilerin amaca yönelik ve doğru işlenmesi, ilgililerin bu verilere erişim hakkı ve sınır aşan veri trafiği ile ilgilidir. Birleşmiş Milletlerin çok kısa düzenlediği bu rehber ilkeler, ağırlıklı olarak daha eski tarihli olan Avrupa Konseyi'nin 108 No.lu Kişisel Veri Sözleşmesi'ne ve OECD'nin rehber ilkelerine dayanmaktadır¹³. Ayrıca BM Genel Kurulu 2013 yılında "Dijital Yüzyılda Özel Hayatın Gizliliği"¹⁴ konulu kararı kabul ederek kişilerin internet üzerinden gözetlenmesinin özel hayatın gizliliğinin ihlal tehlikesine dikkat çekmiştir¹⁵. BM'nin kabul ettiği bu ilkeler ülkeleri bağlamayıp, tavsiye niteliğindedir.

Türkiye'nin de kurucu üyeler arasında yer aldığı OECD, 1980 tarihinde "Kişilik Alanının Korunması ve Sınır Aşan Kişisel Verilerin Trafiğine İlişkin Rehber İlkeleri" kabul etmiştir. Burada kişisel verilerin işleme usul ve esasları ile sınır aşan veri gönderilerinde uyulacak kurallar düzenlenmiştir. Bu ilkeler kısaca verilerin sınırlı olarak işlenmesi, amaca uygunluk, koruma, alenilik, ilgilinin katılımı, hesap verme şeklinde sıralanmaktadır. Sınırı aşan verilerin sayısının müthiş derecede artması, buna bağlı olarak kişisel verilerin ihlali tehlikesinin de büyük ölçüde artması üzerine OECD, 2007 yılında bu temel ilkeleri yenileyerek sınırı aşan veriler açısından ülkeler arası işbirliğini sağlamaya yönelik devletlerin ulusal veri koruma kanunlarında gerekli düzenlemeleri

¹³ Kühling, J., Seidel, C. ve Sivridis, A. (2008). *Datenschutzrecht*, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft, s. 35.

¹⁴ General Assembly GA/11475 18/12/2013, <http://www.un.org/News/Press/docs//2013/ga11475.doc.htm>. (Erişim tarihi: 20/2/2020).

¹⁵ Taeger, J. (2017). s. 13.

yapmasını tavsiye etmiştir¹⁶. OECD'nin kabul ettiği bu ilkeler de bağlayıcı değil, tavsiye niteliğindedir.

2. Avrupa Konseyi'nin Düzenlemeleri

Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Anlaşma'nın¹⁷ (ABİHA) 16/2. fıkrası Avrupa Birliği organlarına ve üye devletlere, verilerin işlenmesi, korunması, veri trafiği ve aktarımı konusunda hukuk kuralı koyma zorunluluğu yüklemektedir¹⁸. Bu hüküm herkese kendi kişisel verilerini koruma hakkı tanımakta, ayrıca çalışanların verilerinin işlenmesi ve aktarımı ile ilgili özel bir düzenleme içermemektedir.

Avrupa Konseyi'nin kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk çalışmalarının 1960'lı yıllarda başladığı görülmektedir. Ancak ilk tavsiye kararı 1973 tarihli "Özel Sektörde Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamlarının Korunmasına İlişkin Karar"dır¹⁹. Bundan bir yıl sonra da "Kamu Sektöründe Elektronik Veri Bankaları Karşısında Bireylerin Özel Yaşamlarının Korunmasına İlişkin Karar"ı kabul etmiştir²⁰. Avrupa Konseyi'nin kişisel veriler konusunda önem arz eden ilk sözleşmesi ise 108 No.lu "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi"dir²¹. Tavsiye kararlarının aksine bu sözleşme bağlayıcı niteliktedir²². 28 Ocak 1981 tarihinde imzalanan bu sözleşmeyi Türkiye aynı tarihte imzalamıştır. Sözleşme 1 Ekim 1985 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Yukarıda ifade edildiği üzere Türkiye 30 Ocak 2016 tarihinde 6669 sayılı Kanun ile sözleşmenin onaylanması uygun bulunmuştur.

Avrupa Konseyi'nin 108 No.lu sözleşmesi kişisel verilerin korunması açısından önemli ve bağlayıcı bir sözleşmedir. Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi'ne üye olan ülkelerde kişisel verilerin korunmasına yönelik

¹⁶ "OECD Recommendation on Cross-border Co-operation in the Enforcement of Laws Protecting Privacy <http://www.oecd.org/sti/ieconomy/38770483.pdf>. (Erişim tarihi: 5/4/2020).

¹⁷ <https://www.ab.gov.tr/files/pub/antlasmalar.pdf>; Almanca metin için bkz. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:12012E/TXT:de:PDF> (Erişim tarihi: 3/1/2020).

¹⁸ Stamer, K. ve Kuhnke, M. (2018). *Datenverarbeitung im Beschäftigtenkontext*, in: *DSGVO BDSG Kommentar*, Hrsg. Plath, Köln: Dr. Otto Schmitt Verlag, s. 690, Rn. 2.

¹⁹ Resolution 73 (22) <https://rm.coe.int/1680502830> (Erişim tarihi: 8/2/2020).

²⁰ Resolution 74 (29) <https://rm.coe.int/16804d1c51> (Erişim tarihi: 8/2/2020).

²¹ Atak, S. (2010). s. 92.

²² Özdemir, H. (2009). *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel Hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 21.

bir standart sağlamaya yöneliktir. Hatta üye olmayan devletler de sözleşmenin 23. maddesi uyarınca²³ sözleşmeye katılmaya davet edilebilmektedir. Her ne kadar sözleşmenin yürürlüğe girmesinden önce Avrupa Konseyi'ne üye birçok devletin kişisel veri koruma kanunları mevcut olsa da henüz bir kanun çıkartmayan devletler sözleşmenin yürürlüğe girmesiyle kanunlarını çıkartmış, diğer ülkelerde mevcut kanunlarını sözleşmeye uyarlamışlardır²⁴.

Bu sözleşme, kamu hukuku kişilerinin yanı sıra özel hukuk kişilerinin de veri işleme usul ve esaslarını düzenlemektedir. Sözleşme, otomatik verilerin korunması için bağlayıcı hükümler getirmekle birlikte otomatik olmayan veriler açısından takdir yetkisi tanımaktadır²⁵. Sözleşme günümüzde de geçerli olan kişisel verilerin korunmasında hukukilik ve dürüstlük, belli ve meşru amaçlara göre işlenme, ölçülülük ilkesine uygun bir şekilde kaydetme ve işlenme, doğru bilgileri kaydetme, gerektiğinde kişisel verileri silme veya anonimleştirme temel ilkelerini ortaya koymuştur. Ayrıca veri güvenliği, sınırı aşan veriler, ilgililerin hakları gibi birçok konuda önemli hükümlere yer vermiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kişisel verilerin korunması amacıyla 108 No.lu Sözleşme'yi tamamlayıcı nitelikte tavsiye kararları bulunmaktadır. Bu bağlamda Telekomünikasyon Hizmetlerinde Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Tavsiye Kararı²⁶, tıbbi verilerin korunması²⁷, bilimsel araştırma ve istatistik amaçlı toplanan ve işlenen kişisel verilerin korunması²⁸, internet üzerinde gizliliğin korunması²⁹, sigorta amaçlı toplanan ve işlenen kişisel verilerin korunması³⁰, profil bilgisi içindeki kişisel verilerin otomatik işleme karşısında

²³ "1) İşbu sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, Avrupa Konseyi Statüsününün 20. maddesinin d. fıkrasında öngörülen çoğunlukla ve komiteye katılma hakkına sahip Taraf Devlet temsilcilerinin oybirliğiyle Avrupa Konseyine üye olmayan herhangi bir Devleti işbu Sözleşmeye katılmaya davet edebilir. 2) Katılan her Devlet için bu sözleşme, katılma belgesinin Avrupa Konseyi Genel Sekreterine tevdi edildiği tarihten sonraki üç aylık dönemin bitimini izleyen ayın ilk günü yürürlüğe girer".

²⁴ Örneğin İsviçre'de kantonal seviyede Veri Koruma Kanunları bulunsa da Federal Veri Koruma Kanunu 1992 yılında kabul edilmiştir.

²⁵ Bruns, A. (1997). *Informationsanspruch Gegen Medien*, Tübingen: Mohr Siebeck, s. 46.

²⁶ 1995/4 sayılı tavsiye kararı.

²⁷ 1997/5 sayılı tavsiye kararı.

²⁸ 1997/18 sayılı tavsiye kararı.

²⁹ 1999/5 sayılı tavsiye kararı.

³⁰ 2002/9 sayılı tavsiye kararı.

korunması³¹ gibi amaçlarla çok sayıda tavsiye kararı almıştır. Çalışanlar açısından önem arz eden ve istihdam sebebiyle kişisel verilerin korunmasına yönelik tavsiye kararını 1989 (2) yılında kabul etmiştir³². Çalışanların verilerinin korunmasını düzenleyen bu karar aynı zamanda memur ve diğer kamu görevlilerini de kapsamaktadır. Tavsiye kararında yer alan düzenlemelere aşağıda yer verilmektedir.

Kişisel veriler konusunda Avrupa Parlamentosu'nun ve Konseyi'nin 97/66/EG sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Telekomünikasyon Alanında Özel Hayatın Korunması Direktifi³³, 2002/58/ EG sayılı Elektronik İletişimde Kişisel Verilerin Korunması Direktifi³⁴ de kişisel verilerin korunması konusunda atılan önemli adımlardır.

Kişisel verilerin korunmasında yaptığı reformlar çerçevesinde en güncel ve bağlayıcı olan düzenleme ise 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Düzenlemesi'dir³⁵. Memurlar ve diğer kamu görevlilerini de kapsayacak şekilde çalışanların verilerinin işlenmesi ve korunmasını açıkça belirten ve bağlayıcı niteliğe sahip düzenleme 1995 tarihli direktifi kaldırarak onun yerine geçmiştir. AB'nin kişisel verilerin korunması alanında yaptığı reform bununla da sınırlı değildir. Suçların önlenmesi, soruşturulması, ortaya çıkarılması veya kovuşturulması yada cezaların infazı amacıyla yetkili makamlarca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili çıkarılan ve 2008/977/JI sayılı Konsey Çerçeve Kararı'nı kaldıran 27 Nisan 2016 tarihli (AB) 2016/680 Sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi³⁶ kısaca Polis ve Yargı Direktifi spesifik olarak bu alanda kişisel verilerin daha etkili korunması amacıyla kabul edilmiştir.

AB'de kişisel verilerin korunması konusunda yapılan diğer bir reform da Avrupa Birliği kurumlarının veri işlemesi ile ilgilidir. Birliğin organları,

³¹ 2010/13 sayılı tavsiye kararı.

³² [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec\(89\)2E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/texts_and_documents/Rec(89)2E.pdf) (Erişim tarihi: 18.01.2020).

³³ Amtsblatt EU, T. 30/01/1998, S. L 024, https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX%3A31997L0066_L_024&qid=1604837332503 (Erişim tarihi: 18/1/2020).

³⁴ Amtsblatt EU, T. 31.7.2002, S. L 201, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32002L0058&from=CS> (Erişim tarihi: 18/1/2020).

³⁵ Amtsblatt EU, T. 4.5.2016, S. L.119/1. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016R0679&from=DE> (Erişim tarihi: 18/1/2020).

³⁶ Amtsblatt EU. T. 4/5/2016, S. L 119/89, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0680&from=EN> (Erişim tarihi: 18/1/2020).

kurumları ya da diğer birimleri tarafından kişisel verilerin işlenmesinde gerçek kişilerin korunması, verilerin serbest dolaşımı ve 45/2001 sayılı Tüzük'ün ve 1247/2002/EG sayılı kararın kaldıran 23 Ekim 2018 tarihli ve 2018/1725 sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konseyi düzenlemesi kabul edilmiştir³⁷.

Avrupa Birliği, son yıllarda yaptığı bu reformlarla eski düzenlemeleri kaldırarak kişisel verilerin korunmasını hem genel hem de özel alanlarda daha etkili ve bir uyum içinde sağlamaya çalışmaktadır. Çalışanların kişisel verilerinin de özel olarak korunması amacıyla spesifik bir tüzük çıkartılması yolunda tartışmalar devam etmektedir.

3. Kişisel Verilerin Korunmasının Dayandığı Uluslararası Sözleşmeler

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) kişisel verilerin korunması hakkını doğrudan düzenlememekte, buna karşılık bu hakkın dayanağına yer vermektedir. BM İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin özel hayatın gizliliğini düzenleyen 12.maddesine göre: *"Hiç kimse, özel yaşamına, ailesine, konutuna ya da haberleşmesine yönelik keyfi müdahalelere ya da onur ve şöhretine yönelik saldırılara maruz bırakılmayacaktır. Herkesin, bu tür müdahale ya da saldırılara karşı yasa ile korunma hakkı vardır"*.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde de müstakil bir hak olarak kişisel verilerin korunmasına yer verilmemektedir³⁸. Buna karşılık Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı kişisel verilerin korunmasında temel ilke olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca bu maddede yer alan kişilerin yazışma hakkına saygı gösterilmesini isteme hakkı geniş yorumlanarak e-mail, telefon görüşmeleri, internet yazışmaları gibi iletişimden kaynaklanan her tür veriyi kapsamaktadır. Dolayısıyla özel hayata ilişkin verilerin toplanması, kaydedilmesi, aktarılması ya da başka şekilde işlenmesi, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında bir müdahaleyi içerdiğinden bunun 8/2 fıkrası bağlamında kanunla düzenlenmesi gerekmektedir³⁹. Avrupa

³⁷ Amtsblatt EU. T. 21.11.2018, S. L 235/39. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:32018R1725&from=DE> (Erişim tarihi: 22/1/2020).

³⁸ Kühling, J., Seidel, C. ve Sivridis, A. (2008). s. 37.

³⁹ Kühling, J., Seidel, C. ve Sivridis, A. (2008). s. 38. AİHS 8/2'ye göre: *"Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin*

İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) de kişisel verilerin korunmasını Sözleşme'nin bu maddesine göre ele almaktadır⁴⁰. AİHS'in 8. maddesinin mesleki ve ticari yaşam alanını da kapsadığı, bu bağlamda mesleki veya iş yaşamın, işyerinin ve iş yazışmalarının da özel hayata saygı hakkının bir uzantısı olduğu kabul edilmektedir⁴¹. AİHM'in prensip itibarıyla buna engel teşkil edecek kararı ya da yorumu bulunmamaktadır⁴².

B. AVRUPA GENEL VERİ KORUMA DÜZENLEMESİ

Kişisel verilerin korunması amacıyla Avrupa Parlamentosu ve Konseyi tarafından 24 Kasım 1995 tarihinde 95/46/EG sayılı direktif kabul edilmiştir⁴³. Bu direktifle birlikte kişisel verilerin korunması ve serbest dolaşımını sağlamak amacıyla üye ülkelere yönelik bir çerçeve çizilmiştir⁴⁴. Ancak geçen süre içinde yetersiz kalmış, 2016 yılında tamamen yenilenerek Avrupa Konseyi ve Parlamentosu tarafından kabul edilmiş, 25 Mayıs 2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi'nin kabulü uzun bir süre almıştır⁴⁵. Avrupa Komisyonu 25/1/2012 tarihinde kişisel verilerin korunması ve serbest veri trafiğinin düzenlenmesi amacıyla Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi'nin hazırlıklarına başlamıştır. Bu yeni Genel Veri Koruma Düzenlemesi ile 1995 tarihli Tüzük kaldırılarak yerine kişisel verilerin korunmasını daha güçlü kılacak, temel hak ve özgürlükleri artıracak bir düzenleme amaçlanmıştır. Avrupa

*önlenmesi, sağlığını veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir." Kişisel veriler açısından madde açıklaması için bkz. Weber, R. H. ve Sommerhalder M. (2007). *Das Recht der Personenbezogenen Information*, Genf:Schulthess Juristische Medien, s. 82 vd.*

⁴⁰ a.g.e. s. 77. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının bağımsız bir hak olup olmadığı hususunda ayrıntılı tartışma için bkz. Dülger, M. V. (2019). *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: Hukuk Akademisi Yayınları, s. 19. vd.

⁴¹ AİHM uygulamasında, haberleşme hürriyetinin özel hayat ile bütünleştiği ve Mahkemenin haberleşme hürriyetine yönelik herhangi bir şikâyet söz konusu olduğunda alt unsurlara (haberleşme, özel yaşam, konut, aile yaşamı) bakılmaksızın şikâyetin doğrudan özel hayat kapsamında incelendiği hususunda bkz. Birtek, F. (2012). *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Ankara: Seçkin Yayınevi, s. 56, 57. Özel yaşamın gizliliği hakkı ile kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı arasındaki ilişki için bkz. Şimşek, O. (2008). *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: Beta Basım Yayın, s. 140.

⁴² Weber R. H. ve SommerhalderM. (2007). s. 77.

⁴³ Amtsblatt EU, T. 23.11.1995, S. L.281/31. https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/dir_1995_46_de.pdf (ET15/1/2020).

⁴⁴ Özdemir, H. (2009). s. 29 vd.; Direktifdeki düzenlemeler için bkz. Turan, M. (2008). s. 157 vd.

⁴⁵ https://edps.europa.eu/data-protection/data-protection/legislation/history-general-data-protection-regulation_de (ET15/1/2020).

Parlamentosu ve Konseyi ise 12/2/2014 tarihinde Komisyon taslağından farklı bir taslak hazırlamıştır. İki yıldan fazla süren görüşmeler sonucunda Avrupa Konseyi 6/4/2016 tarihinde taslağı nihayete erdirmiş ve Avrupa Genel Veriler Koruma Düzenlemesi 27/4/2016 tarihinde Avrupa Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir⁴⁶. Taslağın ilk hâlinde üye devletlere iç hukuklarında sınırlı bir düzenleme yetkisi tanırken kabul edildiği tarihe kadar birçok değişiklik yapılmış, üye devletlere öffenungsklausel (*genişletme*) yetkisi çerçevesinde kendi iç hukuklarında hüküm koyma imkânı tanınmıştır⁴⁷.

AGVKD'nin 1995 tarihli direktiften farklı olarak "düzenleme/ tüzük" olarak çıkarılmasının nedeni Birliğe üye tüm devletlerde kişisel verilerin korunmasını düzenleyen temel hak ve özgürlüklere ilişkin hükümlerin bağlayıcı, eşit ve bir bütünlük içinde uygulanmasının sağlanmaya çalışılmasıdır⁴⁸. Çünkü eski direktifin bağlayıcı olmaması sebebiyle üye devletlerce iç hukuklarına yeterince uyarlanmamış, üye ülkeler arasında kişisel verilerin korunmasında farklılıklar ortaya çıkmıştır⁴⁹. Bazı ülkelerde daha güçlü bir koruma varken diğerlerinde daha zayıf bir koruma sağlanmıştır⁵⁰. Bu da doktrinde tartışmalara neden olmuştur. Kişisel veriler konusunda ABİHA'nın 16. maddesinin Birliğe genel veri korumayı düzenleyen Tüzük çıkarma yetkisi tanıdığı, Birliğin ABİHA 114/2. fıkrası⁵¹ uyarınca işçilerin hak ve menfaatlerine ilişkin konularda tüzükle düzenleme yetkisinin olmadığı, ABİHA 114/2. fıkra ve 153. madde uyarınca direktifle düzenlenebileceği yönünde görüşler bulunmaktadır⁵².

⁴⁶ Düwell, F.J. ve Brink, S. (2016). "Die EU Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, s. 665.

⁴⁷ Körner, M., (2016). "Die Datenschutz-Grundverordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, s. 1383.

⁴⁸ AGVKD 10 kenar sayılı değerlendirme gerekçesi.

⁴⁹ Avrupa Birliği Çalışma Usulü Sözleşmesi'nin 288. maddesinde birliğin yapabileceği hukuki tasarruflar sayılmıştır. Bu sıralama aynı zamanda hukuki tasarrufun normlar hiyerarşisindeki yerini göstermekte ve hiyerarşi içerisinde tüzük, direktifin üstünde yer almaktadır. Tüzükler, Avrupa Birliği'nin İşleyişi Hakkında Antlaşma'nın 288/2. fıkrasına göre üye devletlerde doğrudan doğruya uygulanır ve bağlayıcıdır. Buna karşılık direktifler, 288/3. fıkrası uyarınca muhatap alınan üye devletleri ulaşılması gereken sonuçları itibarıyla bağlar, ancak usul ve aracı belirleme yetkisini ilgili devlete bırakır. Dolayısıyla direktif üye devletlerde doğrudan uygulanmaz. İlgili üye devlet direktifi iç hukukuna uyarlar.

⁵⁰ Körner, M. (2016). s. 1383.

⁵¹ Birliğe düzenleme yetkisi tanıyan bu fıkraya göre; "mali hükümlere, kişilerin serbest dolaşımına ve işçilerin hak ve menfaatlerine ilişkin hükümlere uygulanmaz".

⁵² Körner, M. (2016). s. 1383.

1. Üye Devletlerde Öncelikli Uygulanma

ABİHA m. 288/2. fıkra uyarınca bu Tüzük AB'ye üye devletler açısından bağlayıcı olup doğrudan uygulama alanına sahiptir⁵³. Dolayısıyla üye devletler, Tüzük'ü iç hukuklarına uyarlamasalar ya da kendi kişisel veriler kanununu çıkartmasalar bile doğrudan iç hukukta geçerlidir. İç hukuka uyarlayıp kendi veri koruma kanununu yürürlüğe koysalar dahi kanunla birlikte AGVKD de iç hukukta geçerlidir. Hatta üye devletlerin veri koruma kanunları bu tüzüğün tamamlayıcısı niteliğindedir.

Üye devletlerin kendi iç hukuklarında bu düzenleme ile çatışan ya da kişisel verilerin tüzükte yer aldığı korumadan daha az koruma sağlayan hükümler varsa, AGVKD öncelikle uygulanacaktır⁵⁴. Hatta Tüzük ile üye ülke veri koruma kanunlarında aynı içeriğe sahip hükümler varsa, idareler ve mahkemeler öncelikle AGVKD'yi uygular⁵⁵. Buna karşılık üye devletler, iç hukuklarında *öffnungsklausel* yetkisi bağlamında kişisel verilerle ilgili olarak kişilere hak ve özgürlüklerinin korunması için daha spesifik hükümler içeriyor ve AGVKD'de yer alan temel ilkelerle çatışmıyorsa, iç hukuk kuralı düzenlemenin genel hükümlerinden öncelikli uygulanma kabiliyetine sahiptir⁵⁶. Diğer taraftan üye devletler AGVKD'nin spesifik düzenleme yetkisi tanıdığı konuları iç hukukta düzenlemiş, diğer konuları düzenlememişse spesifik konulara ilişkin iç hukuk, diğer konulara ilişkin AGVKD ile birlikte uygulanır⁵⁷. AB'ye üye ülkeler bu düzenlemeye istinaden iç hukuklarında da gerekli değişiklikleri yapmaktadırlar. Örneğin Almanya 1978 yılından beri yürürlükte olan Federal Veri Koruma Kanunu'nu, Tüzük'e uygun bir şekilde yeniden hazırlayıp yürürlüğe koyan ülkelerden biridir⁵⁸.

⁵³ Düwell, F.J. ve Brink, S. (2016). s. 665; Benkert, D. (2017). "Neuer Anlauf des Gesetzgebers beim Beschäftigtendatenschutz", *Neue Juristische Wochenschrift -Spezial*, s. 242; Brink, S./ Joss, D. (2019). "Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der betrieblichen und behördlichen Beschäftigtenvertretungen," *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, s. 1395.

⁵⁴ Stamer, K. ve Kuhnke, M. (2018). s. 689, Rn. 1.

⁵⁵ Wybitul, T. (2017). "Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art- 88 DSGVO", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, s. 413.; Ströbel, L.; Böhm,W.-T.; Breunig, C. ve Wybitul, T. (2018). "Beschäftigtendatenschutz und Compliance: Compliance- Kontrollen und Interne Ermittlungen nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung und dem neuen Bundesdatenschutzgesetz", *Corporate Compliance Zeitschrift*, s. 14.

⁵⁶ Düwell, F.J. ve Brink, S. (2016). s. 666.

⁵⁷ Wybitul, T. (2017). s. 415.

⁵⁸ Bundesdatenschutzgesetz vom 30 Juni 2017, BGBl. I, S.2097 https://www.gesetze-im-internet.de/bdsg_2018/BDSG.pdf (Erişim Tarihi: 2/1/2020).

2. Öffnungsklausel (Genişletme) Yetkisi

AGVKD kişisel verilerin korunmasını ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir. Bazı konularda ise üye devletlere *öffnungsklausel* yetkisi çerçevesinde kendi iç hukuklarında ayrıntılı ve spesifik kural koyma imkânı tanınmaktadır. Bu yetki üye devletlere bir yükümlülük yüklemeyip sadece takdir yetkisi tanıdığından buna istinaden düzenleme yapıp yapmamakta serbesttiler⁵⁹. Eğer herhangi bir düzenleme yapmazlarsa istihdam nedeniyle çalışanların verilerinin işlenmesine yönelik hüküm doğrudan iç hukuk kuralı olarak uygulanır. Düzenleme yapsalar da iç hukukun yanında AGVKD hükümleri de uygulanır. Ancak AGVKD 88. maddesi genel hükümler ve belirsiz kavramlara yer vermesi nedeniyle⁶⁰ üye devletlerin bu yetkiyi kullanması ve iç hukuklarında istihdam sebebiyle genel hükümleri ve belirsiz kavramları somutlaştırması uygulama birliği açısından kolaylık sağlayacaktır.

Üye devletler kişisel verilerin korunması amacıyla çıkardıkları kanunlarda yer alan hükümler, AGVKD’de yer alan temel ilkelere aykırı olamaz ve bu ilkelere sınırlandırma getiremez⁶¹. Ancak temel ilkelerin uygulanmasına yönelik farklı ve spesifik hükümlere yer verebilir. İç hukukta yapılan düzenlemelerin, Tüzüğün koruma seviyesinden daha az bir koruma öngörmesi mümkün değildir⁶². Buna karşılık doktrinde iç hukukta daha yüksek koruma seviyesi sağlayabileceği yönünde yaklaşım söz konusudur⁶³. Özellikle çalışanın istihdamla ilgili kişisel verilerinin korunmasında işverenin menfaatinden daha yüksek bir korunma sağlanabileceği konusunda görüşler bulunmaktadır⁶⁴. Buna karşılık doktrinde üye devletlerin *öffnungsklausel* ilkesi çerçevesinde ulusal kanunlarında koydukları kuralların, AGVKD’nin öngördüğü koruma seviyesinden daha fazla ya da daha az olamayacağı yönünde görüşler de bulunmaktadır⁶⁵.

⁵⁹ Körner, M. (2016). s. 1384.

⁶⁰ Benkert, D. (2017). s. 242.

⁶¹ Düwell, F.J. ve Brink, S. (2016). s. 665.

⁶² Ströbel, L., Böhm W.-T., Breunig C. ve Wybitul, T. (2018). s. 15.

⁶³ Düwell, F. J. ve Brink S. (2017). “Beschäftigtendatenschutz nach der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung: Viele Änderungen und wenig neues”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, s. 1082.

⁶⁴ Kort, M. (2017). “Der Beschäftigtendatenschutz gem. § 26 BDSG-neu. Ist die Ausfüllung der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO geglückt?” *Zeitschrift für Datenschutz*, s. 321 vd.

⁶⁵ Benkert, D. (2017). s. 242.

Kısacası AGVKD kişisel verilerin korunması konusunda asgari standartlar getirmiş, fazlasını ve spesifik konuları düzenlemeyi üye devletlerin takdirine bırakmıştır⁶⁶. Tüzük hangi düzenleme alanlarında ve konularda spesifik hüküm konulabileceğini de açık bir şekilde belirtmiştir. Ayrıca ulusal düzenlemelerin içerik olarak Tüzük'ün belirlediği temel ilkelere aykırı olamayacağını da ortaya koymaktadır. Üye devletler bu yetkiye dayanarak kendi iç mevzuatında verilerin işlenmesine ilişkin özel durumlar belirlerse bunun hukuka uygunluk şartlarını da tam olarak düzenlemesi gerekmektedir⁶⁷.

AGVKD, çalışanların kişisel verilerinin işlenmesine dair 88. madde hükmü de *öffnungsklausel* ilkesi kapsamında üye devletlere kendi iç hukuklarında spesifik hükümler koyma yetkisi tanımaktadır⁶⁸. Spesifiklikten kasıt, üye ülkelerin AGVKD'de vatandaşlar için getirilen temel ilkeler ve genel hükümler dışında istihdam ilişkisine dayalı olarak kişisel verilere ilişkin kural koyabilmesidir⁶⁹. Bu hükümler daha çok AGVKD'nin 88. maddesinin üye devletler tarafından çıkartılan hukuk kuralları yoluyla kendi iç hukukunda somutlaşmasıdır⁷⁰. Üye devletler istihdam nedeniyle kişisel verilerin korunmasına ilişkin ulusal mevzuatında hüküm koyarken 2. fıkrada yer alan ilgilinin insan onurunun, haklı menfaatlerinin ve temel haklarının korunması şeffaflığın, veri aktarımındaki güvenliğin ve işyerinde kayıt sistemleri ile izlenme konusunda yeterli derecede tedbiri içermelerini göz önünde bulundurmak zorundadır⁷¹. Avrupa Birliği'ne üye ülkelere arasında *öffnungsklausel* yetkisine dayanarak çalışanların istihdama ilişkin verilerini iç hukukta kanunla düzenleyen ilk ülke Almanya olmuştur⁷².

⁶⁶ Stamer, K./Kuhnke, M. (2018). s. 692-693, Rn. 6. Körner, M. (2019). "Beschäftigtendatenschutz in Betriebsvereinbarungen unter der Geltung der DS-GVO", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, s. 1390 vd.

⁶⁷ AGVKD'nin 10 kenar sayılı değerlendirme gerekçesi.

⁶⁸ Gola, P. (2019). s. 267-268 Rn. 1,4; Düwell, F.J. ve Brink, S. (2016). s.666; Stamer, K./Kuhnke M.(2018). s. 690, Rn. 3.

⁶⁹ Körner, M. (2016). s. 1383.

⁷⁰ Gola, P. (2019). § 26 *BDSG, Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigtendatenschutz*, in: Gola/Heckmann, *BDSG, Bundesdatenschutzgesetz, Kommentar*, München: C.H. Beck, s. 268, Rn. 4. Wybitul, (2017). s. 413.

⁷¹ Wybitul, T. (2017). s. 414. Öğretide de haklı olarak belirtildiği üzere; "bireyin kişisel verileri üzerindeki hakkının ortadan kaldırılması suretiyle, bireye istenildiği zaman ve istenildiği şekilde ulaşılabilecek basit bir veri objesi gibi davranmak ve insan onuru nedeniyle bireyin sahip olduğu öz değeri hiçe saymak insan onuru ile bağdaşmayacaktır." Açıklama ve insan onuru- kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı arasındaki ilişki için bkz. Şimşek, O. (2008). s. 131.

⁷² S tröbel, L., Böhm W.-T., Breunig C. ve Wybitul, T. (2018). s. 15.

3. Çalışanlarla İlgili Özel Düzenleme

AGVKD'nin çalışanlarla ilgili kişisel verilerin işlenmesini düzenleyen 88. maddesine göre:

“1. Üye devletler istihdam ilişkisi bağlamında çalışanın kişisel verilerinin işlenmesinde, haklarının ve özgürlüklerinin korunmasını güvence altına almak amacıyla, özellikle işe alım, iş sözleşmesinin ifası ve bunun yanında mevzuatla ya da toplu uzlaşmalarla belirlenmiş olan görevlerin ifası, işin yönetilmesi, planlanması ve organizasyonu, işyerindeki eşitlik ve çeşitliliği, iş sağlığı ve güvenliği, işverenin ya da müşterilerin malının korunması, ve istihdamdan ilişkisinden kaynaklanan bireysel ya da toplu hak ve menfaatlerden yararlanılması ve çalışma ilişkisini sona erdirilmesi amacıyla ilişkin olarak mevzuatla ya da toplu sözleşmelerle daha spesifik kurallar belirleyebilir.

2. Bu hükümler özellikle veri işleme faaliyetinin şeffaflığı, ortak bir ekonomik faaliyette bulunan işletmeler topluluğu veya bir işletmeler grubu içerisinde kişisel verilerin aktarılması ve işyerinin kayıt sistemleri ile izlenmesiyle (kontrol edilmesi) ilgili olarak, ilgili kişinin insan onurunun, haklı menfaatlerinin ve temel haklarının korunması için ölçülü ve özel tedbirleri içerir.

3. Her üye devlet 1. fıkra uyarınca çıkarttığı kanun hükümlerini 25 Mayıs 2018 tarihine kadar Komisyona bildirir ve (ayrıca) bu hükümlerde sonradan yapılacak değişiklikleri gecikmeksizin Komisyon'a bildirir.”

Madde düzenlemesi ve kullanılan kavramlara bakıldığında sanki özel hukuka tabi çalışanları kapsadığı gibi bir izlenim ortaya çıkmaktadır. Maddede *“ortak bir ekonomik faaliyette bulunan işletmeler topluluğu veya bir işletmeler grubu içerisinde kişisel verilerin aktarılması”* gibi hükümlere yer verilmektedir. Ancak AGVKD'nin 88. maddesi bir bütün olarak ele alındığında sadece özel hukuka tabi çalışanlara yönelik bir düzenleme içerdiği sonucuna varmak isabetli olmaz. İlgili madde özel hukuka tabi çalışanların yanında memurlar ve diğer kamu görevlilerini de kapsamaktadır.

AGVKD'nin 88. maddesi çalışanlarla ilgili kişisel verilerin işlenmesini, ancak istihdam ilişkisi bağlamında mümkün kılmaktadır⁷³. Bunun

⁷³ İşverenin, işçiyi gözetmek konusunda haklı nedenlerinin mevcut olabileceği gibi, işçinin

dışında, istihdam nedeniyle kişisel verilerin işlenmesinde temel ilkelere yer vermekle yetinmiş, üye devletler çalışanların kişisel verilerinin korunması amacıyla spesifik kurallar koymuştur⁷⁴. Ancak buna rağmen Almanya'da, kanun koyucunun daha kapsamlı ve ayrıntılı düzenleme yapma yetkisi bulunmasına rağmen bu yetkiyi kullanmadığı, maddenin birçok konuda yetersiz kaldığı ve AGVKD'deki belirsiz kavramları tatminkâr edecek şekilde somutlaştırmadığı için eleştirilmektedir⁷⁵. Ayrıca iş dünyasındaki dijital gelişmelere yeterince ayak uydurulmadığı, kanun koyucunun bu imkânı da savsakladığı belirtilmektedir⁷⁶.

4. Çalışanların Kişisel Verilerinin İşlenmesi Konusunda Toplu Uzlaşmalar ile Kural Koyma Yetkisi

AGVKD'nin m. 88/1 hükmünde çalışanların kişisel verilerinin işlenmesi konusunda üye devletlere, kanun ya da diğer mevzuatla kural koyma yetkisinin yanında toplu uzlaşmalar ile de kural belirleme yetkisi tanınmaktadır. Hükmün gerekçesinde de kanuni düzenlemeler dışında toplu uzlaşmalarla çalışanların kişisel verilerinin çalışma ilişkisi bağlamında işlenmesine yönelik spesifik kurallar getirilebileceği kısaca açıklanmaktadır⁷⁷.

Toplu Uzlaşmalar AB hukukunda özel bir anlam taşımaktadır. Üye devletlerde toplu uzlaşmalarla işveren ve çalışanlar arasında iş ilişkisine istinaden kurallar belirleyebilmektedir, Örneğin Almanya'da çalışanların haklarını korumak amacıyla özel hukuka tabi işyerlerinde işçi temsilciliği (Betriebsrat), kamu idarelerinde ise memur temsilciliği (Personalvertretung-Personalrat) bulunmaktadır. İşçi temsilcilikleri işçi adına işverenle toplu uzlaşma (Betriebsvereinbarung) yapma yetkisine sahiptir⁷⁸. Memur temsilcilikleri de memurlar adına idare ile toplu uzlaşma (Dienstvereinbarung) yapma yetkisine sahiptir⁷⁹. Alman

de işveren tarafından yapılan gözetime -haklı sebeplerle- karşı çıkması mümkün olduğu hususunda bkz. Dülger, M.V. (2019). s. 507- 508.

⁷⁴ Riesenhuber, S. (2019). § 26 BDSG, *Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, Wolff/Brink, Rn.1.

⁷⁵ Gräber, T. ve Nolden, C. (2018). § 26 BDSG, *Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses*, in: *Paal/Pauly, DS-GVO BDSG*, München: C.H. Beck, Rn. 2.

⁷⁶ Gola, P. (2019). s. 267, Rn 2.

⁷⁷ AGVKD'nin 155 kenar sayılı değerlendirme gerekçesi.

⁷⁸ Bundesbetriebsverfassungsgesetz 77. maddeye göre işçi temsilcili ile işveren uzlaşarak kabul ettiği yazılı kurallardır. Taraflarca imzalanır ve ilan edilerek yürürlüğe girer.

⁷⁹ Bundespersonalvertretungsgesetz 73. maddeye göre memur temsilciliği ve idarenin birlikte uzlaşarak kabul ettiği yazılı kurallardır. Taraflarca imzalanır ve ilan edilerek yürürlüğe girer.

hukukunda mülga Federal Veri Koruma Kanunu döneminde de toplu uzlaşmalar yoluyla çalışanların istihdam sebebiyle verilerinin işlenmesine yönelik hükümler getirilebilmesine imkân tanınmaktaydı. İstihdam sebebiyle verilerin işlenmesinde önemli bir yere sahip toplu uzlaşma⁸⁰ yapma yetkisi mevcut Kanun'un 26. maddesinde de tanınmaktadır.

İşçi temsilciliklerinin kişisel verilerin korunması konusunda görevinin, kanuna uygun hareket edilip edilmediğini kontrol ile sınırlı olduğu gerekçesiyle yaptığı toplu uzlaşmaların kanundan ayrı olarak kişisel verilerin işlenmesi konusunda başlı başına bir norm olarak kabul edilip edilemeyeceği hususunda yoğun tartışmalar olmuştur. Ağırlıklı olarak da kanuna aykırı olmamak kaydıyla getirilen hükümler mülga BDSG 4/1. fıkrası uyarınca “diğer hükümler” olarak kabul edilmiştir⁸¹. Toplu uzlaşmalar AB hukukuna, kanunlara, toplu sözleşmelere (tarifvertrag) aykırı olamaz, normlar hiyerarşisinde bunlardan sonra gelir. Almanya’da uygulamada, işverenin çalışanın istihdam nedeniyle kişisel verilerinin işlenmesi konusunda birçok alanı kapsayan çok sayıda işletme uzlaşmaları yapma yoluna gidilmiştir⁸².

Toplu uzlaşmalar ile kanun ve toplu sözleşmelere aykırı olmamak kaydıyla mesai saatleri, esnek çalışma saatleri, çalışma metotları, çalışanın korunması, haberleşme özgürlüğü kapsamında işyerinde internet, telefon, sosyal medya gibi imkânların hangi ölçüde kullanılabileceği gibi birçok konuda düzenleme yapmanın yanında istihdam bağlamında kişisel verilerin işlenmesine yönelik de hükümler konabilecektir⁸³. Bu hükümler hem çalışanları hem de işvereni bağlar. Toplu uzlaşmalarda istihdam nedeniyle kişisel verilerinin işlenmesine ilişkin hükümler özellikle kişisel verilerin hangi araçlarla ve hangi amaçla işlenebileceği konularını kapsayacaktır⁸⁴. Dolayısıyla toplu

⁸⁰ Klösel, D. ve Manhold, T. (2017). s. 1428.

⁸¹ Mülga BDSG 4/1. fıkrası kişisel verilerin işlenmesinin kanun ya da başka bir hükme dayanılarak yapılabileceğini düzenlemekteydi. Benzer hüküm yeni BDSG de bulunmaktadır. Körner, M. (2019). s. 1390 vd.

⁸² Klösel, D. ve Manhold, T. (2017). s. 1429. İstihdam sebebiyle kişisel verilerin korunmasına ilişkin Toplu uzlaşmalarda yer alması gereken temel hususlar için bkz. Körner, M. (2019). s. 1391 vd.

⁸³ Çalışanların kurum içi- kurum dışı haberleşmelerinin denetlenmesine ilişkin koşullar hakkında bkz. Birtek, F. (2012). s. 249 vd. Dülger, M.V. (2019). s. 486 vd.

⁸⁴ Brink, S. ve Joss, D. (2019). s.1396,1398. İşletmelerde istihdam sebebiyle kişisel verilen işlenmesine ilişkin toplu uzlaşmaların içeriği konusunda bkz. Körner, M. (2019). s.1391 vd., ayrıca bkz. Klösel, D. ve Manhold, T. (2017). “Die Zukunft der datenschutzrechtlichen Betriebsvereinbarung Mindestanforderungen und betriebliche Ermessensspielräume nach DSGVO und BDSG nF”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, s. 1429 vd.

uzlaşmalar ile AGVKD m. 88/2 hükmünde yer alan amaçlar yanında ve ayrıca üye ülkelerin kanunlarında belirtilen amaçlar dışında yeni amaçlar belirlenebilmektedir⁸⁵. Ancak bunu belirlerken serbest değildir. Yukarıda bahsedilen temel ilkelere uyulması zorunludur.

Toplu uzlaşmalar genelde işyerlerinde bulunan işçi ya da memur temsilcilikleri ile işveren arasında yapılmaktadır. Bunun yanında işçi, işveren ve kamu görevlileri sendikaları ile konfederasyonların yaptığı ve uzlaşmanın sağlandığı toplu sözleşmeler yoluyla da istihdam sebebiyle çalışanın kişisel verilerinin işlenmesine yönelik hükümler getirilebilir. Dolayısıyla toplu sözleşmelerle işe alınma, kanun veya toplu sözleşme ile belirtilen yükümlülüklerin yerine getirilmesi ve sözleşmenin uygulanmasını sağlamak amacıyla iş ilişkisi bağlamında kişisel verilerin işlenebilmesinde daha spesifik hükümler belirleyebilecektir⁸⁶. Ancak toplu uzlaşmalarla kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kural belirlerken AGVKD 88/2. fıkrada yer alan ilgili kişinin verilerinin korunmasına ilişkin tedbirlere de yer verilmesi zorunludur. Bu bağlamda ilgilinin insan onurunun, haklı menfaatlerinin ve temel haklarının korunması, şeffaflığın, veri aktarımındaki güvenliğin ve işyerinde kayıt sistemleri ile izlenip izlenmediği konusunda yeterli derecede tedbirleri içermelidir. Bu tedbirlerin meşru olması ve ölçülülük ilkesine uygun alınması da bir zorunluluktur⁸⁷. Bunun sağlanması için alınacak tedbirlerin kişisel verilerin işlenmesi ile veri sorumlusu ve verisi işlenecek çalışanın menfaat dengesini sağlayacak nitelikte olması önem arz eder⁸⁸. Bunun yanında kişisel verilerin korunmasıyla ilgili olarak toplu sözleşmelerde sağlanacak müşterek uzlaşmanın işyerinin menfaatleri ile çalışanın menfaatlerinin ölçülülük ilkesi çerçevesinde dengeli bir şekilde gerçekleştiğini yansıtmaları gerekmektedir⁸⁹. Kısaca uzlaşma metnine bakıldığında taraflar arası menfaat dengesinin, adalet terazisinde eşit olması gerekir. Ayrıca AGVKD'nin 88/2. maddesi gereğince toplu sözleşmelerde alınan tedbirlerin ve diğer önemli hususların kısaca açıklanması da

⁸⁵ Gräber, T. ve Nolden, C. (2018). Rn. 19.

⁸⁶ Stamer, K. ve Kuhnke, M.(2018). s. 695, Rn. 8.

⁸⁷ Klösel, D. ve Manhold, T. (2017). s. 1430.

⁸⁸ Wybitul, T. (2017). s. 414.

⁸⁹ Stamer, K. ve Kuhnke, M. (2018). s. 692, Rn. 6. Öğretide, işçinin kişisel verilerinin kaydedilmesi bakımından, işveren tarafından yapılacak gözetime ilişkin olarak yapılacak bilgilendirmenin "belli aralıklarla tekrarlanması gerektiği" öne sürülmektedir. Açıklama için bkz. Dülger, M.V. (2019). s. 510.

yerinde olacaktır. Diğer taraftan uzlaşma veya sözleşmede tedbirlere yer verilmesi de AGVKD’de yer alan hükümler öncelikle uygulanma kabiliyetine sahip olduğundan, bu alandaki boşluğu dolduracaktır.

III. AVRUPA GENEL VERİ KORUMA DÜZENLEMESİNDE MEMURLAR VE DİĞER KAMU GÖREVLİLERİNİN KİŞİSEL VERİLERİNİN KORUNMASI

Memurların kişisel verilerinin korunmasına ilişkin düzenlemeler AGVKD’de yer alsa da bu konuda üye ülkeler memurların kişisel verilerinin korunmasını veri koruma kanunları dışında özel hükümlerle korumaktadırlar. Örneğin Almanya’da memurların kişisel verileri ve özlük dosyalarında yer alan verilerin işlenmesi birbirinden ayrılmaktadır.

Alman Federal Memurlar Kanunu (Bundesbeamtenengesetz BBG) 106 vd. maddeleri memurların özlük dosyalarını düzenlemektedir. BBG’nin özlük dosyalarını düzenleyen maddeleri- AGVKD ile uyumlu hâle getirmek amacıyla-özellikle verilerin işlenmesi ve korunması için değiştirilmiş ve yeni maddeler eklenmiştir⁹⁰. BBG’nin Ekim 2019 tarihinde memurların verilerini özel olarak düzenlemesiyle birlikte bu hüküm öncelikli olarak uygulanmaya başlamıştır. Buna istinaden AGVKD ekseninde yenilenen Federal Veri Koruma Kanunu 26. maddede yer alan çalışanın kişisel verilerinin korunmasına ilişkin hükmün uygulama alanı da kısıtlanmıştır. Memurlar açısından BDSG, BBG 106 vd. maddelerin kapsamadığı kişisel veriler için uygulanabilir niteliktedir. Dolayısıyla memurun görevi ile ilişkili personel ya da diğer bir ifadeyle özlük dosyaları bağlamında memurun verileri BBG uyarınca korunmakta; buna karşın memurun görevinden ayrılan ve özlük dosyasında yer almayan yazışmalar, mailler, ödüller gibi (sachakte) kişisel verilerde BDSG uygulanma kabiliyetine sahiptir⁹¹.

Sonuç olarak AGVKD’nin üye ülkelerde memurların personel dosyalarına ilişkin verilerde iç hukukta özel hükümler varsa öncelikli uygulandığını, özel hüküm bulunmadığı durumlarda ise AGVKD ve

⁹⁰ Zweites Datenschutz-Anpassungs- und Umsetzungsgesetz EU (2. DSAnpUG-EU) G. v. 20.11.2019 BGBl. I S. 1626 (Nr. 41).

⁹¹ Aynı hükmü taşıyan eski BDSG 32. madde gerekçesinde, BBG 106 vd. madde kapsamına giren durumlarda BBG’nin, bunun dışında BDSG’nin uygulanacağını ifade etmektedir. Bu gerekçe yeni kanun içinde geçerlidir. Bundesdrucksache 16/13657, s.18. <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/136/1613657.pdf> (Erişim Tarihi: 26.01.2020). Gola, P. (2019). s. 270, Rn. 15.

ilgili veri koruma kanunlarının uygulanabileceğini söyleyebiliriz. Ayrıca özel düzenlemeler mevcut olsa da personel dosyalarında yer almayan kişisel verilerin korunmasında AGVKD ve ilgili veri koruma kanunu birlikte uygulanabilecektir. Burada memurların kişisel verilerinin korunması AGVKD bağlamında ele alındığından BDSG ve BBG yer alan düzenlemelerin ayrıntısına girilmeyecektir.

A. KİŞİSEL VERİ KAVRAMI VE HASSAS VERİLER

1. Kapsamı

AGVKD'nin 88. maddesi çalışanların kişisel verilerinin istihdam bağlamında korunmasını düzenlese de çalışan ile memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında ayrı bir veri tanımı bulunmamaktadır. AGVKD m. 4/1. Hükmünde yer alan kişisel veri tanımları bunlar için de geçerlidir. Fıkırdaki kişisel veri "*tanımlanmış veya tanımlanabilir bir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*" olarak tanımlanmaktadır⁹². Fıkranın devamında "*tanımlanmanın*" ve "*tanımlanabilirliğin*" ne anlama geldiği de açıklanmıştır. Tanımlanmış bir gerçek kişi özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrim içi tanımlayıcı ya da söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, ruhsal, ekonomik, kültürel veya toplumsal kimliğine özgü bir ya da daha fazla sayıda faktöre atıfta bulunularak doğrudan veya dolaylı olarak tanımlanabilen bir kişidir. Dolayısıyla bir kişiyi ima edebilecek veriler dahi kişisel veri olarak nitelendirilebilecektir. Buna karşılık anonim nitelikte olan ve bir memur ya da kamu görevlisi ile ilişkisi kurulamayan bilgi, kişisel veri kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Yukarıda verilen tanımlama doğrultusunda kişisel verileri tasnif ederek şu örnekleri verebiliriz⁹³. Bu örneklerin bir kısmı kişiyi doğrudan tanımlarken bir kısmı ise dolaylı tanımlanabilir verilerdir.

⁹² Avrupa Birliği Bakanlığı tarafından yapılan Tüzük çevirisinde aynı kavramlar kullanılmaktadır. (<https://www.kisiselverilerin korunmasi.org/wp-content/uploads/2017/09/GDPR-T%C3%BCrk%C3%A7e-%C3%87eviri-AB-Bakanl%C4%B1%C4%9F%C4%B1.pdf> (Erişim Tarihi: 9/2/2020), Avrupa Konseyi'nin 28 Ocak 1981 tarihli "Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması" na ilişkin 108 sayılı sözleşmesinin 2/a maddesinde benzer bir tanım bulunmaktadır. Türk KVKK m. 3/1- d bendinde de farklı kavramlar kullanılsa da tanımlar benzerlik taşımaktadır. Buna göre kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi kişisel veridir.

⁹³ Benzer şekilde Turan, M. (2019). *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 35.

- *Genel kişisel veriler*; isim, doğum tarihi ve yeri, yaş, resim, meslek, medeni hal, dini, siyasi ve dünyevi görüşü, ülke vatandaşlığı, sağlık verileri, aldığı cezalar, ikametgâh ya da yazışma adresi, e-mail adresi, telefon numarası, sosyal medya hesapları vs.
- *Fiziksel özelliklere ilişkin veriler*; cinsiyet, boy, kilo, deri, göz ve saç rengi, beden ve ayakkabı numarası, kıyafet numarası vs.
- *Kimliğe ilişkin numaralar*; kimlik numarası, pasaport numarası, sürücü belge numarası, vergi numarası, sağlık, işyeri, emeklilik ve memur sicil numaraları, öğrenci numarası, aday numarası vs.
- *Banka verileri*; hesap açılmasına ilişkin sözleşmeler, hesap numaraları, maaş hesabı, kredi numaraları, kart numaraları, hesap özetleri vs.
- *Online veriler*; IP adresi, VPN adresi vs.
- *Mülkiyete ilişkin veriler*; tapu bilgileri, araç bilgileri, araç plakaları vs.
- *Müşteri verileri*; siparişler, tercihler, iadeler vs.
- *Mesleki ve öğrencilik değerlendirmeleri*; başarı karneleri, sicil notları, disiplin bilgileri, görev değerlendirmeleri

Çeşitli konularda çok sayıda kişisel veri bulunduğundan burada sayılanlar dışında yeni tasnifler yaparak bu örnekler çoğaltılabilir.

Bunun yanında AGVKD kişisel verileri kategorize etmiş, 9/1.fıkıradaki hassas verilere yer vermiştir⁹⁴. Hassas veriler kişinin ırkı, etnik kökeni, siyasi görüşü, dini inancı, dünyevi görüşü, sendika üyeliği, genetik, sağlık ve biyometrik bilgileri, cinsel hayatı veya tercihi olarak sıralanmıştır⁹⁵. Bu verilerin işlenmesi kural olarak yasaklanmaktadır. Dolayısıyla hassas veriler ancak istisnai durumlarda işlenebilir⁹⁶.

AGVKD m. 9/2 hükmünde hassas kişisel verilerin işlenmesine

⁹⁴ Hassas veriler konusunda ayrıntılı olarak bkz. Kaya, C. (2011). "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIX, S.1-2, s. 317 vd. Hassas veriler öğretide, "özel türde veri" ve "hassas bilgi" olarak da tanımlanmaktadır. Tanımlamalar hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Türkmen, S. E. (2019). *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 23.

⁹⁵ BDSG kanun gerekçesinde çalışanın iş performansının değerlendirilmesine ilişkin veriler de hassas veriler kapsamında değerlendirilmektedir. Bundestag Druchs. 18/1325, s. 97, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/113/1811325.pdf>

⁹⁶ Kaya, C. (2011). s. 323.

ilişkin istisnalar listesine yer verilmektedir. Bu istisnalara göre hassas verilerin işlenebilmesi daha ağır şartlara tabi kılınmıştır. Veri sahibi veya başkasının hayati önem taşıyan menfaatlerinin korunmasının zorunlu olması ancak veri sahibinin bedensel veya hukuki bir engelden dolayı rıza veremeyecek bir durumda olması, kanuni hakların kullanılması, savunulması ya da mahkemelerin yargı faaliyeti açısından zorunlu olması durumunda hassas verilerin işlenmesine olanak tanımaktadır (AGVKD m. 9/2-c,f). Burada yer alan istisnalar, çalışanların kişisel verilerinin istihdam bağlamında işlenmesinde de uygulanır. Örneğin bir memurun hastalık izni kullanması ve izin süresinin belirlenmesi tıbbi raporu ibraz etmesine bağlı olduğundan kendisine kanunla tanınmış bu haktan faydalanabilmesi sağlık verilerinin işlenmesini gerektirmektedir.

Hassas verilerin işlenmesine ilişkin getirilen diğer bir istisna ise genel sağlığın korunmasına yönelik istisnadır⁹⁷. AGVKD'nin 9/2-j bendine göre; kamu yararı amacıyla kamu sağlığının korunması, sağlığa yönelik sınır aşan ciddi tehditlerin olması durumunda buna karşı korunmayı sağlamak amacıyla ya da sağlık hizmetlerinde, tıbbi ürün ve ilaçlarda yüksek kalite ve güvenlik standartlarını güvence altına almak için gerekli ise veriler işlenebilir⁹⁸.

Kamu sağlığının korunması amacıyla verilerinin işlenebilmesi, ilgili kişinin haklarını ve özgürlüklerini, ölçülü ve spesifik bir şekilde korumayı, özellikle de mesleki gizliliği öngören AB hukuku ya da üye devlet hukuku kapsamında mümkündür⁹⁹. Bu hüküm Covid-19 gibi pandemi dönemlerinde kamu sağlığını korumak amacıyla kişilere ait sağlık verilerinin işlenmesine cevaz vermektedir. Bunun yanında diğer ülkelere yapılan seyahatlerde, ilgili ülkenin seyahat eden kişiden Covid-19 testi istemesi ve bu sağlık verisini işlemesine de olanak sağlanmaktadır. Dolayısıyla memurların bulaşıcı bir hastalığa yakalanması durumunda

⁹⁷ Öğretide "koruyucu hekimlik" hizmetleri de hassas kişisel verilerin işlenmesine ilişkin istisnalar arasında sayılmaktadır. Açıklama için bkz. Türkmen, S.E. (2019). s. 176.

⁹⁸ Bununla birlikte AİHM uygulamasında, kamu yararının tespiti bakımından idarenin geniş bir takdir yetkisi bulursa da her somut olayda bu takdir yetkisinin kullanımının değerlendirilmesi ve kamu yararının gerektirdiği haller bakımından kişisel verilerin ancak "haklı bir sebebin bulunması halinde" açıklanamayacağı kabul edilmektedir. Açıklama için bkz. Aydın, S. E. (2015). *AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, İstanbul: On iki Levha Yayıncılık, s. 69.

⁹⁹ Bu sebeple Türk hukukunda, "sağlık hizmetleri ile finansmanın planlanması ve yönetimi" amacıyla hassas verilerin toplanması da istisnalar içerisinde sayılmaktadır. Açıklama için bkz. Türkmen, S.E. (2019), s. 181. E- Nabız sistemi hakkında tartışmalar için bkz. Yılmaz, S. S. (2017). *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık, s. 102 vd.

buna ilişkin sağlık bilgileri işlenebilmektedir. Bu gibi durumlarda ayrıca sağlık verisi işlenecek kişinin rızasına da ihtiyaç duyulmamaktadır. Burada önemli olan husus, sağlık verileri işlenecek olan ilgilinin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasına yönelik uygun, ölçülü ve özel hükümlerin mevcut olmasıdır¹⁰⁰.

2. Niteliği

AGVKD işlenecek kişisel verilerin nitelikleri konusunda düzenlemeye gitmiştir. AGVKD'nin m. 2/1. fıkrası tüzüğün kapsamını hüküm altına almaktadır. Buna göre tamamen ya da kısmen otomatik araçlarla işlenen kişisel verilerin yanında otomatik araçlar kullanılmadan bir dosya sistemine kaydedilmiş olan ya da kaydedilmesi gereken kişisel veriler Tüzük'ün uygulanma kapsamındadır¹⁰¹. Dosyalama sisteminin ne olduğu Tüzük'ün 4/6. fıkrasında “*merkezi olup olmamasına veya fonksiyonel ya da coğrafi bir bakış açısıyla tutulup tutulmadığına bakılmaksızın belli şartlar çerçevesinde erişime açık olan her türlü kişisel verinin sistematik bir şekilde toplandığı külliyat-koleksiyon*” olarak tanımlanmaktadır. Kısaca dosya sistemi; tarih, sayı alfabetik sıra, gibi birtakım kriterlere uyularak kişisel verilerin bir sistematik çerçevesinde toplanması olarak ifade edilebilir. Memurların özlük dosyaları bu tanıma uymaktadır. Ancak bu tanım geniş bir şekilde yorumlanmakta, dosya sisteminin kompleks ve kapsamlı olma zorunluluğu aranmamaktadır. Bu bağlamda iş başvurusunda bulunan adaylara ilişkin isim, yaş, cinsiyet, mezuniyeti ve not ortalaması, özgeçmişi, sigorta bilgileri, iş görüşmesine ya da görevin ifasına çerçevesinde yapılan karşılıklı konuşmaların ve diğer bilgilerin işveren tarafından bir kâğıda yazılması da bir dosya sistemi olarak kabul edilmektedir¹⁰². Hatta otomasyona tabi tutulmamış bir kişisel verinin korunmaya değer sayılabilmesi için mutlak surette bir dosya sisteminde

¹⁰⁰ Sağlık kişisel verilerinin açıklanmasının sınırları ve sağlık verilerinin gizliliğinin ihlali hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Yılmaz, S. S. (2017). s. 99 vd.

¹⁰¹ Aynı yönde bkz. Wybitul, T. (2017). 418. Kişisel verilerin bir veri kayıt sisteminin parçası olmadığı hallerde “*Tüzük/ Düzenleme*” kapsamında sayılamayacağı ancak TCK m. 136 hükmü kapsamında ceza hukuku yönünden korunduğu hususunda bkz. Kangal, Z. T. (2019). *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 57 vd. Çekin, M. S. (2019). *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 26. Dülger, M.V. (2019). s. 574 vd.

¹⁰² Riesenhuber, S. (2019). Rn. 39. Sözleşme görüşmelerinde veri paylaşımı ve verilerin toplanmasına/ işlenmesine ilişkin ayrıntılı tartışma için bkz. Taştan, F. G. (2017). *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 87 vd.

yer alma zorunluluğu bulunmadığı kabul edilmektedir¹⁰³. Bu bağlamda bir çalışan hakkında işverenin bireysel olarak bir kâğıt üzerinde tuttuğu bir not da kişisel veri bağlamında korunur.

Dolayısıyla bu genel kural, istihdam ilişkisi sebebiyle işlenen veriler için de geçerli olup bu verilerin otomatik araç kullanılmadan işlenmesi durumunda da bir dosya sistemine kaydetme zorunluluğu olmaksızın koruma kapsamında olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Memura ilişkin kişisel verinin otomasyona tabi tutulmadan işlenmesi verinin korunması bakımından yeterlidir. Aynı şekilde memurun hassas verilerinin de korunması için bir dosya sistemine kayıt zorunluluğu gerektirmemektedir.

Memurların iş yerlerinde, örneğin vergi daireleri, yükseköğretim kurumları, sağlık kurumları gibi yerde kayıt altında çalışması durumunda kaydedilen video görüntüleri ister sesli ister sessiz olsun kişisel veri kapsamındadır¹⁰⁴.

B. MEMURLARA AİT KİŞİSEL VERİLERİN İSTİHDAM NEDENİYLE İŞLENMESİ

Memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kişisel verilerinin işlenmesinde AGVKD’de yer alan temel ilkelere uyulması gerekmektedir. AGVKD’nin 6. maddesi hukuka uygun işlemeyi ayrı bir madde altında düzenlese de 5. madde uyarınca kişisel verilerin işlenmesine dair temel ilkelere uyulması ve ilgilinin rızası, hukuka uygunluğun sağlanması açısından önem taşımaktadır. Bunun yanında veri sorumlusunun 13. vd. maddelerinde yer alan temel ilkelere uyması, veri sahibi çalışana da bilgi edinme, aydınlatma gibi hakların tanınması hukuka uygunluğun sağlanmasında ve kişisel verilerin etkili korunmasında önem arz eder.

Hatta AGVKD’nin 25. maddesi, kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesini sağlamak amacıyla teknolojiyen istifade edilmesini gerektiğini hüküm altına almaktadır. Bilgi teknolojilerinin hızlı gelişimi, depolama aygıtlarının neredeyse sınırsız veri depolayabilmesi, kişilerle ilgili buradaki bilgilere her an ulaşılabilmesi ve bu verilerin çok hızlı bir şekilde yayılabilmesi veya aktarılması mümkün olduğundan kişisel bilgilerin temel ilkeler bağlamında işlenebilmesi ve/veya korunabilmesinin yanında, bilgi teknolojilerini de bunu sağlayacak şekilde dizayn

¹⁰³ EUGH, BeckRS 2018, 14563, Rn.52. Düwell, F.J. ve Brink, S. (2016). s. 667. Riesenhuber, S. (2019). Rn. 38.

¹⁰⁴ Şimşek, O. (2008). s. 169.

edilmesini zorunlu kılmaktadır. Yazılım ve donanımlar verilerin işlenmesini sınırlandıracak şekilde hazırlanabilir, böylece keyfi işlemlerin önüne geçilebilir.

1. AGVKD Uyarınca Memurların İstihdam Nedeniyle Kişisel Verilerinin İşlenme Amaçları

AGVKD'nin m. 88/1. hükmü, çalışanın istihdamla ilgili olarak kişisel verilerinin hangi amaçlarla işlenebileceğini düzenlemektedir. İşleme amaçlarına bakıldığında işe alma ve son verme dışındaki amaçların genel ve belirsiz içeriğe sahip oldukları görülmektedir. Üye ülkelerin toplu uzlaşmalarla veri işleme araç ve amaçlarını daha somut belirleme yetkisi de bulunmaktadır. AGVKD'ye göre kişisel verilerin işlenme amaçlarını şu şekilde sayabiliriz:

- İşe alma amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- İş sözleşmesinin ifası amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- Sözleşme, kanun veya toplu uzlaşma ile belirlenmiş görevin ifası amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- İşin yönetilmesi amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- İşin planlanması ve organizasyonu amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- İş yerindeki eşitlik ve çeşitliliği sağlamak amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- İş sağlığı ve güvenliği sağlamak amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- İşverenin ya da müşterilerin malının korunmasını sağlamak amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- Çalışma ilişkisinden (istihdamdan) kaynaklanan bireysel ya da toplu hak ve menfaatlardan yararlanılmasını sağlamak amacıyla kişisel verilerin işlenmesi,
- Çalışma ilişkisinin sona erdirilmesi amacıyla kişisel verilerin işlenmesi.

İstihdam ilişkisi bağlamında sayılan bu temel amaçların içeriği, üye devletler tarafından iç hukuklarında mevzuatla ya da toplu sözleşmelere eklenecek özel düzenlemeler yoluyla doldurulabilecektir¹⁰⁵.

¹⁰⁵ Düwell, F. J. ve Brink, S. (2016). s. 667.

AGVKD'nin m. 88/1 hükmü dışında, diğer maddelerde yer alan genel veri işleme amaçlarının da çalışanın verilerinin işlenmesi için uygulanabileceği kabul edilmektedir. AGVKD'nin 10. maddesi mahkûmiyet kararları ve ceza gerektiren suçlara ilişkin kişisel verilerin işlenmesini öngörmektedir. Buna göre mahkûmiyet kararları ve ceza gerektiren eylemleri veya bunlara bağlı güvenlik tedbirlerine ilişkin kişisel veriler, ancak resmi mercilerin denetimi altında ya da ilgili kişinin hakları ve özgürlüklerine uygun güvenceler tanıyan birlik veya üye devletlerin hukukunun izin verdiği ölçüde işlenebilir. AGVKD 10. madde çalışanlara ilişkin özel bir düzenleme getirmese de bu hüküm göz önünde bulundurularak üye devletlere istihdam ilişkisi bağlamında çalışanların suç eylemelerinin aydınlatılmasına yönelik verilerin işlenmesini belirleme yetkisi tanımaktadır.

AB'ye üye bazı ülkelerin kendi kanunlarında çalışanların istihdamı ilişkisine dayanarak kişisel verileri işleme maddesine 10. maddeyle bağlantılı hükümler getirmiştir¹⁰⁶. AGVKD'de yer alan amaçlar dışında çalışanların kişisel verilerinin işlenmesine müsaade edilmemekte ve üye ülkelere bu yönde yetki tanımamaktadır¹⁰⁷. Dolayısıyla üye ülkeler iç hukukta çalışanların kişisel verilerini başka amaçlarla işlenmesine imkân tanıyan hüküm koyamazlar. Koymuşlarsa da AGVKD'ye aykırılık taşıdığından iç hukuk kuralı yerine AGVKD'nin öncelikli ve doğrudan uygulanma kabiliyetine sahiptir.

İstihdam sebebiyle memurlara ilişkin kişisel verilerin idare tarafından işlenmesi, bir kadroya başvurması ile başlamakta; görevin sona ermesine kadar devam etmektedir. Bu bağlamda alınan eğitime ilişkin mezuniyet bilgileri, mesleğe giriş sınavı ile diğer sınavlara ilişkin not veya puan bilgileri, isim-soy isimi, ikametgâh adresi, iletişim numaraları, fotoğrafı, kimlik numarası, yaşı, medeni hâli, eş ve çocuklarına ilişkin bilgileri, mal beyanı ile tüm mal varlığına ilişkin bilgileri, araç plaka numaraları, sağlık raporu, öz geçmişi gibi bilgileri idare tarafından istenmekte ve işlenmektedir. Bunların yanında AGVKD'nin 9. maddesinde yer alan ve işlenmesi için daha ağır şartları bulunan ırk, etnik kökeni, siyasi görüşü, dinî inancı, dünyevi görüşü, sendika üyeliği, genetik, sağlık ve biyometrik bilgileri, cinsel hayata ilişkin hassas veriler de işlenebilmektedir. Kısacası

¹⁰⁶ Örneğin Almanya BDSG 26. maddeye suç eylemlerinin aydınlatılması amacıyla çalışanın kişisel verilerinin işlenmesini de eklemiştir.

¹⁰⁷ Wybitul, T. (2017). s. 415.

memurun neredeyse doğumundan görevin bitmesine ve hatta ölümüne kadar pek çok kişisel verisi işlenmektedir.

Hassas verilerin işlenmesindeki ağır şartlar kadar olmasa da kişilerin mahkûmiyete ilişkin verilerinin işlenmesinde de dikkat edilmesi gereken kurallar bulunmaktadır. Kişilerin işe alınmasında ya da iş ilişkisinin sona ermesinde bu veriler belirleyici olduğundan bu tür verilerin işlenmesi de önem arz eder. Dolayısıyla istihdam ilişkisi bağlamında çalışanlar hakkında mahkemelerce verilmiş cezalara ilişkin kararlar ve bununla bağlantılı güvenlik tedbirleri, sabıka kaydı gibi bilgiler, veri işlenmesine konu olmaktadır¹⁰⁸. Ancak bu tür verilerin işlenmesi AGVKD 10. maddesi uyarınca dar yorumlanmaktadır. İşlenmesi zorunlu olan bilgiler dahi, veri sorumlusu tarafından, bu zorunluluğun kesin bir şekilde ortaya konulmasıyla veri işlenmesine konu olabilir. Ayrıca kişinin güvence altına alınmış temel hak ve hürriyetlerinin ihlal edilmemesi gerekmektedir¹⁰⁹. Bu konuda kanuni düzenlemeler “*verinin işlenmesine ilişkin zorunluluğu*” kesin olarak belirlemelidir.

Kamu hizmetine girmede ve memurluk ya da kamu görevinden çıkartmada bu veriler kesin bir ölçüt ortaya koymaktadır. Örneğin; Türkiye’de kamu hizmetine girmede genel şartları hüküm altına alan DMK m. 48’e göre kasten işlenmiş bir suçtan dolayı bir yıl ya da daha fazla süreli mahkûmiyet almamak şarttır. İdareye bunu tespit edebilmesi için ceza mahkûmiyetine ilişkin sabıka kaydını işleme yetkisi kanunla açıkça tanınmaktadır. Aynı durum özel hukuka tabi işe alımlarda da geçerlidir. Örneğin; bir mevzuat hükmü kreşlerde olduğu gibi işverene daha önce ceza almamış bir kişiyi istihdam etme yükümlülüğü yüklemişse¹¹⁰, çalışanın sabıka kaydını kontrol etmek amacıyla bu tür verileri işleyebilmesinde zorunluluğun bulunduğu kesin olarak kabul edilir.

AGVKD m. 88/1 hükmü, çalışanların ve dolayısıyla memurların kişisel verilerinin istidam ilişkisi nedeniyle işlenebileceğini açıkça düzenlemektedir. Yukarıda ifade edildiği üzere, kişisel verilerin çalışma

¹⁰⁸ Gräber, T. ve Nolden, C. (2018).Rn. 18.

¹⁰⁹ a.g.e. Rn. 18.

¹¹⁰ Özel Kreş ve Gündüz Bakımevleri ile Özel Çocuk Kulüplerinin Kuruluş ve İşleyiş Esasları Hakkında Yönetmeliğin m. 20/2-ç hükmüne göre; alanında daha önce görev yapan kişilerin, idari ve adli ceza almadığını gösterir belgenin, ilk defa görev alacakların ise adli ceza almadığını gösterir belgenin ve Türkçe tercümesinin noter onaylı örneği istihdam edilecek kişiden istenir.

ilişkisi ile bağılı olarak memurların göreve başlaması, görevin ifası ve sona ermesi sürecinde karşımıza çıkmaktadır. Ancak bu verilerin işlenebilmesi için veri işleminin çalışma ilişkisine dayanması ve maddede belirtilen amaçları gerçekleştirmeye yönelik olması gerekmektedir. Verilere ihtiyaç duyulmadığında bunların silinmesi de gerekmektedir. Örneğin; bir kadroya başvuran memur eğer şartları sağlamamışsa veya göreve alınmamışsa istihdam ilişkisi kurulmadığı ve zorunluluğun ortadan kalkması sebebiyle idare bu adaya ilişkin verileri silmelidir. İdare tarafından, resen silinme/ imha etme işlemi yapılmaz ise adayın AGVKD'nin 17. madde uyarınca kişisel verilerinin silinmesini isteme hakkı bulunmaktadır.

Kişisel verilen hukuka uygun işlenmesinin şartları Tüzüğün 6. maddesinde düzenlenmektedir. Dolayısıyla bir memur hakkında istihdam sebebiyle kişisel verilerinin işlenebilmesi için 6/1. fıkranın a-f bentlerinde yer alan şartlardan en az birisinin mevcut olması gerekmektedir¹¹¹.

2. Memurların Teknolojik Yollarla Kontrol Edilmesine İlişkin Verilerin İşlenmesi

İşverenler çalışanlarını kontrol etmek amacıyla işyerlerini kamera ya da diğer işitsel veya görsel kayıt imkânları, retina veya parmak izi bilgilerini alma gibi sistemleri, bilgisayar ya da internete erişim şifreleri konmasında olduğu gibi teknolojinin getirdiği imkânları kullanmaktadır. Bu teknolojik sistemler, özel işyerlerinin yanında kamuda da yoğun bir şekilde kullanılmaktadır. Memur ve diğer kamu görevlilerinin görev yaptığı kurumlarda, memurların görev yaptığı odalar-bürolarda, eğitim kurumlarındaki dersliklerde, sesli kamera kayıt yapılması görsel ve işitsel kontrole örnek olarak verilebilir. Parmak izi ya da retina bilgileri alınarak işe giriş-çıkış saatlerinin kontrol edilmesi, çalışanın biyometrik verileri yoluyla denetime örnek verebiliriz¹¹². Bunun yanında erişim şifreleri ile bilgi teknoloji sistemlerine erişimle, çalışanın hangi işlemleri gerçekleştirdiğini, hangi süre ile çalıştığını kontrol etme imkânı da bulunmaktadır.

¹¹¹ Stamer, K. ve Kuhnke, M. (2018). s. 691, Rn. 4.

¹¹² Video gözetlemeleri bakımından "kamusal ulaşılabilir alan/ kamusal olarak ulaşılabilen alan" ayrımı ve işyeri gibi kamusal olarak ulaşılabilen alanlar bakımından da kişisel verilerin korunması gerektiği hususunda bkz. Şimşek, O. (2008). s. 161.

Söz konusu kayıtlar her ne kadar işyerinde gerçekleşse de kişisel veri niteliği taşımaktadır. Teknolojik yollarla kontrol yetkisi, işverenin emir (*direktionsrecht*) ve yönlendirme yetkisine dayanmakta ve işyerinin organizasyon yapısı sebebiyle gerekli ise kullanılabilir¹¹³. Böyle bir kayıt varsa bunun aleni yapılması, çalışanların bundan haberdar edilmesi gerekmektedir. Gizli kayıt anayasaya aykırılık teşkil ettiğinden kural olarak yasaktır. Ancak kişilerin ya da toplumun yaşam, sağlık, özgürlük haklarına, devletin varlığına ya da temellerine, insan varlığının temellerine dokunan somut bir tehlike olduğuna yönelik gerçek belirtiler varsa gizli kayıt yapılabilir¹¹⁴. Bu da tam ve genel kayda cevaz vermez, önleyici kontrol için yapılabilir. Bu tür verilerin işlenmesinde de ölçülülük ilkesi ve diğer temel ilkelere uyulması bir zorunluluktur¹¹⁵. Özellikle, parmak izi gibi biyometrik verilerin kaydı için özel bir haklılık sebebi gerekmektedir¹¹⁶.

C. İSTİHDAMLA İLGİLİ KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNİN ZORUNLU OLMASI VE ÖLÇÜLÜLÜK İLKESİNE RİAYET EDİLMESİ

Memur ve diğer kamu görevlilerinin istihdam amacıyla kişisel verilerinin işlenmesinin yukarıda saydığımız düzenlemede yer alan amaçların gerçekleştirilmesi için gerekli ve zorunlu olması gerekmektedir¹¹⁷. Zorunluluk, bir taraftan amaçların gerçekleştirilebilmesi amacıyla veri işleme yetkisinin kullanılabilmesi diğer taraftan hukuka uygunluğun sağlanmasında temel ölçüttür.¹¹⁸ Çalışanın kişisel verisinin işlenmesinin sadece iş ilişkisine dayanması yeterli değildir. “Zorunluluk” temel bir ilke olmanın yanında, aynı konuya ilişkin kişisel verilerin işlenmesinin meslekler bakımından bir ayırımın yapılmasını ve somut olaya göre değerlendirilmesini gerektirmektedir.

Ölçülülük ilkesi, Avrupa Adalet Divanı’nın üzerinde durduğu önemli

¹¹³ BAG, 19/02/2015 tarih ve 8 AZR 1007, 13 sayılı karar ZD, 2015, s. 380.

¹¹⁴ BVerfG, 19/02/200 tarih ve 1 BVR 370/07 sayılı karar http://www.bverfg.de/e/rs20080227_1bvr037007.html (Erişim Tarihi: 25.03.2020).

¹¹⁵ Danıştay, parmak izi tarama sistemi ile mesai takibi uygulamasını ölçülülük ilkesine aykırı görmektedir. Danıştay’a göre; “mesai kontrol sisteminin şekli ve içeriği dikkate alındığında, sözü edilen uygulama ile kurumca amaçlanan kamu yararı arasında orantılılık bulunmadığından bu uygulama, anayasal ilke olan ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.” D5. D, E. 2013/5730, K. 2013/9526, K.T.10/12/2013.

¹¹⁶ Gola, P. (2019). s. 311, Rn. 158.

¹¹⁷ Düwell, F. J. ve Brink, S. (2016). s.667; Wybitul, T. (2017). s. 419.

¹¹⁸ Gräber, T. ve Nolden, C. (2018). Rn. 13.

ilkelerden birisidir. Ölçülülük, genel olarak kişisel verilerin işlenmesinde olduğu gibi çalışanların kişisel verilerinin işlenmesinde de merkezde yer almaktadır. Dolayısıyla kişisel veriler işlenirken bu ilke bakımından değerlendirme yapılmalıdır. Avrupa Adalet Divanı, mülga 95/46/EG sayılı Kişisel Veriler Direktifi'nin yürürlükte bulunduğu dönemde verdiği kararlarda üye devletlerin, kişisel verilerin işlenmesinin toptan yapılmasını öngören ve menfaat değerlendirilmesine imkân tanımayan kural koyma yetkisinin olmadığını belirtmiştir¹¹⁹. Dolayısıyla çalışanların istihdam nedeniyle de olsa kişisel verileri, toptan ya da stok yapmak amacıyla işlenemez.

Veri işleme konusundaki “zorunluluk”, işveren ve çalışanın menfaat dengesi göz önünde bulundurularak tespit edilir¹²⁰. Bu yapılırken işverenin menfaatine karşılık, çalışanın kişilik hakkının, verilerinin işlenmesine hangi ölçüde izin verdiğinin tespiti gerekmektedir. Zorunluluk ilkesi, ölçülülük ilkesinin doğal ve zorunlu bir sonucu olduğundan ölçülülük ilkesiyle birlikte bir bütün olarak değerlendirilmesi gerekmektedir. Çalışanın kişisel verilerinin işlenmesinde ölçülülük ilkesi, genel olarak ilgili çalışanın verilerinin işlenmesi ile veri sorumlusunun veriyi işleme arasında menfaat dengesinin değerlendirilmesi sonucu ağır basan menfaate göre veri işlenmesine izin verilmesidir¹²¹. Kısacası bu menfaat dengesinde ancak çalışanın verisinin işlenmesi ağır basıyorsa kişisel verisinin işlenmesi mümkündür. Bu kapsamda, işe alınma aşamasında (işin niteliğine göre) talep edilen sağlık verilerinin ve iş ilişkisi kurulduktan sonra üçüncü kişilerin can ve beden bütünlüğü ile mal varlıklarını korumak için işçilerden talep edilen sağlık verilerinin (örneğin alkol, uyuşturucu testi veya psikolojik test vs.) işlenebilmesi zorunlu ve gerekli kabul edilebilir¹²².

Kişisel verilerin işlenmesinde zorunluluğun belirlenmesinde özel hukuka tabi çalışanlar ile kamu hukukuna tabi çalışanlar arasında fark bulunmaktadır. İşe alımda adayların bazı kişisel verileri iş istihdamı bağlamında zorunlu olarak toplanmakta ve işlenmektedir. Kişinin kimliğinin belirlenmesi ve onunla iletişimin kurulması için isim- soy ismi, adres ve e-mail adresi gereklidir. Adayın kimliği ise bilgileri teyit

¹¹⁹ EUGH ECLI: EU: C: 2006: 779=NJW 2016, s. 3582.

¹²⁰ Wybitul, Tim, NZA 2017, s. 415.

¹²¹ a.g.e., s. 414.

¹²² Çekin, M. S. (2019). s. 208- 210.

amacıyla kontrol edilebilir ancak işlenemez. Adayın telefon numarası özellikle cep telefonu numarası zorunlu olmayıp çalışanın rızaya dayalı verebileceği bir kişisel veridir. Her an ulaşılması gereken itfaiye, doktor, emniyet personeli gibi mesleklerde ise işverenin bu kişilere görev icabı telefon ve numara tahsis etmesi gerekmektedir¹²³. Kişinin medeni hâli ve çocuklarına ilişkin verileri özel hayatını ilgilendirir ve işlenmesini kanun emretmediği sürece iş ilişkisi bağlamında zorunlu veriler değildir. Bu veriler, vergi indirimi veya eş ve çocuk yardımı gibi sosyal haklardan faydalanma, bakmakla yükümlü olduğu kişiler ve benzeri durumlarda çalışanın kendi rızasıyla verilebilir¹²⁴. Memur ve diğer kamu görevlileri bu tür haklardan faydalanmak istemiyorsa kanuni bir yükümlülük olmadığı sürece kişisel verilerini vermeyebilir. Diğer taraftan kanunun memura, akrabalarına ilişkin kişisel verileri bildirme yükümlülüğünü yüklemesi durumunda bunun dar yoruma tabi tutulması, hatta AGVKD ile çelişecek bir yükümlülük ise uygulanmaması gerekmektedir. Örneğin Türk hukukunda DMK 28/son fıkrası ticaret ve diğer gelir getirici faaliyette bulunma yasağı kapsamında, memura yasaklanan faaliyetlerde bulunan eşini, reşit olmayan veya mahcur olan çocuklarını, 15 gün içinde bağlı oldukları kuruma bildirmekle yükümlü tutmaktadır. Bu hükmün istihdama yönelik zorunlu ve ölçülü olduğundan bahsetmek güçtür. Dolayısıyla yükümlülüğün kanunla öngörülmüş olması yanında, istihdamla ilişkili, zorunlu ve ölçülü olması gerekmektedir.

Bazı özel alanlarda kişisel verilerin ayrımcılığa sebebiyet vermeyecek şekilde işlenmesine özen göstermelidir. Ayrımcılık yasağını düzenleyen bütün kanunlarda, korunan değerler benzerlik taşımaktadır. Bu kanunlar; cinsiyet, ırk, renk, dil, din, inanç, mezhep, felsefi ve siyasi görüş, etnik köken, servet, doğum, medeni hâl, sağlık durumu, engellilik ve yaş temellerine dayalı ayrımcılığı yasaklamaktadır¹²⁵. Hatta bu konulardan bir kısmı veri koruma kanunlarında hassas veriler kapsamında yer almakta ve istisnalar dışında bu tür verilerin işlenmesi ilke olarak yasaklanmaktadır. Bir kişiden öz geçmiş istenmesi durumunda, öz geçmişte yer alan birçok konu ayrımcılık yasağına ilişkin değerleri

¹²³ Gola, P. (2019). s. 276, Rn. 34.

¹²⁴ a.g.e. s. 276, Rn. 34 vd.

¹²⁵ Türkiye İnsan Hakları ve Eşitlik Kurumu Kanunu, 3/2. Fıkrası; Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) (Alman Eşit Davranma (Muamele) Kanunu) 1. Madde. Korunan değerler birbirine benzese de bazı konularda farklılık var. Örneğin cinsel tercih (Sexuall Identität) Almanya da ayrımcılık yasağı konuları arasında sayılmış Türkiye'de ise sayılmamıştır.

içermektedir. Yaş, doğum tarihi, medeni hâli, cinsiyeti gibi. Aynı şekilde bir kişinin fotoğrafı da cinsiyet, yaş, ırk ve dinî inanca ilişkin veriler içermektedir.

Herkese aleni hâle getirilmiş verilerin işlenmesi kural olarak serbest olsa da bazı ilkelere uyulması gerekmektedir. Kişiler verilerini, internet, sosyal medya ya da başka bir şekilde herkese açık hâle getirmişse bunlara erişim de herkese açık hâle gelmektedir. İşveren işe alırken ya da iş ilişkisi devam ederken en basit yöntemle Google gibi arama motorlarından arayarak kişisel verilere ulaşabilmektedir. İşverenin istihdam bağlamında kişisel verileri bu şekilde toplaması ve işlemesi hususunda doktrinde farklı görüşler olsa da bu verilerin toplanmasında bir engel bulunmamaktadır¹²⁶. Ancak kişisel veriler herkese değil de WhatsApp örneğinde olduğu gibi belli bir gruba yönelik aleni hâle getirilmişse buradaki kişisel veriler toplanamaz ve işlenemez. Buna karşılık sosyal medyada meslekle ilgili gruplarda paylaşılan veriler, mesleğe ilişkin olduğundan işlenebilir¹²⁷. Eğer kişisel veriler sahibinin rızası dışında, 3. kişiler tarafından herkese açık sistemlere yüklenmişse bu veriler işveren tarafından işlenemez. Veri sahibinin rızası olmaksızın verilerinin yayılması suç olarak kabul edilmektedir¹²⁸. Ayrıca kişinin rızası bulunmamaktadır. Bundan ötürü işverenin bu tür verileri işlememesi, işlemişse de silmesi gerekmektedir.

D. KİŞİSEL VERİNİN İŞLENMESİNDE MEMURUN RIZASI

AGVKD m. 6/1-a hükmü uyarınca kişisel verinin işlenebilmesi için veri sahibinin rıza göstermesi, diğer bir ifadeyle izin vermesi gerekmektedir. Bu hüküm, memur ve diğer kamu görevlilerinin verilerinin belli amaç için işlenebilmesi için de geçerlidir. Memura, kişisel verisinin işleme amacının, ilgili veri sorumlusu tarafından açık ve anlaşılabilir bir şekilde bildirilmesi ve buna istinaden de rızasının istenmesi gerekmektedir.

Memurun rızasını özgür iradesi ile vermelidir. Rızası alınırken kendisi herhangi bir baskıya maruz bırakılmamalıdır¹²⁹. Memurun istihdam

¹²⁶ Kort, M. (2016). "Eignungsdiagnose von Bewerbern unter der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)" *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Beilage 2*, s. 65.

¹²⁷ Gola, P. (2019). s. 282, Rn. 61

¹²⁸ Kişisel verilerin hukuka aykırı yayılması AB'ye üye ülkelerde olduğu gibi Türk hukukunda da suç olarak düzenlenmektedir. TCK m. 136 hükmüne göre; "kişisel verileri, hukuka aykırı olarak bir başkasına veren, yayan veya ele geçiren kişi, iki yıldan dört yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır". Suç tipi hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Aydın, S. E. (2017). s. 123 vd.

¹²⁹ Stamer, K. ve Kuhnke, M. (2018). s. 697, Rn. 12.

ilişkinde bağı olarak kurumu ile olan bağı ve memura rıza göstermesi yönünde baskı yapabilmek ihtimali de göz önünde bulundurulduğunda rızanın hangi hal ve şartlarda verildiği, özgür irade ile verilip verilmediğinin tespitinde yol gösterici hatta belirleyici rol oynar¹³⁰. Burada özellikle rızanın verildiği tarih, işlenmesine rıza gösterilen amaçların sayısı, rıza gösterilen kişisel verilerin türleri ve kapsamı önemlidir. Dolayısıyla çalışanın somut durumda rıza verip vermeme yolunda tercih yapabilmesi, reddetmesi durumunda bundan zarar görmemesi gerekmektedir¹³¹. Memur, AGVKD m. 7/3 hükmü uyarınca her zaman rızasından dönme hakkında sahiptir. Bu durumda idare işlediği verileri silmek ya da anonimleştirmek zorundadır. Memurun sözlü rızası alınmadan işlenmesi ve sonradan rızasına başvurulduğunda rıza vermemesi durumunda işlenen kişisel verilerin AGVKD'nin 17. maddesinde yer alan "unutulma hakkı" bağlamında silinmesi gerekmektedir.

AGVKD, ilgilinin rızasını nasıl vereceği hususunda bir şekil şartı öngörmemektedir. Ancak m. 7/1 hükmüne göre veri sorumlusunun işlediği kişisel verinin rızaya dayandığını ispatlaması, diğer bir ifade ile belgelendirmesi gerekmektedir. Dolayısıyla ispat açısından rızanın yazılı alınması ve/veya verilmesi gerekmektedir¹³².

E. MEMURUN KİŞİSEL VERİLERİN RESEN İŞLENEBİLDİĞİ DURUMLAR

AGVKD'nin 6. maddesi, ilgilinin kişisel verisinin işlenmesinde rızanın temel şart olduğunu belirtmekle birlikte, buna birtakım istisnalar getirilmiştir. Söz konusu istisnalar şu şekilde sıralanabilir:

- Sözleşme taraflarından birinin verilerinin sözleşmenin ifası için işlenmesinin gerekli olması ya da sözleşme öncesi birtakım tedbirlerin alınması için talepte bulunan kişinin verilerinin işlenmesinin gerekli olması.
- Veri sorumlusunun görev alanına giren kanunla verilmiş bir görevin yerine getirmesi için veri işlenmesinin gerekli olması;

¹³⁰ Bundestag Druchs. 18/1325, s. 97, <https://dip21.bundestag.de/dip21/btd/18/113/1811325.pdf>(Erişim Tarihi: 20.04.2020). Gräber, T./Nolden, C. (2018). Rn. 26.

¹³¹ Gräber, T. ve Nolden, C. (2018). Rn. 30.

¹³² Alman Federal İş Mahkemesi'ne göre, kişisel verilerin istihdam sebebiyle işlenmesinden yazılı şekil şartına uyulması gerekmektedir. BAG, 11.12.2014 tarih ve 8 AZR 1010/13 sayılı karar, MDR 2015, s.1082.

veri sahibinin ya da başka bir gerçek kişinin hayati menfaatin korunması için veri işlemenin gerekli olması.

- Veri Sorumlusuna gördürülen ya da nakledilen kamu yararına ilişkin olan ya da kamu gücü kullanılması gerektiren bir görevin ifası için verinin işlenmesi gerekli olması.
- Verilerin işlenmesi, veri sorumlusu ya da 3. kişilerin haklı menfaatlerinin korunması için gerekmesi. Ancak kişisel verisi korunması gereken ilgili kişinin menfaatleri ile temel hak ve özgürlükleri daha ağır basıyorsa özellikle de ilgili kişi bir çocuk ise verileri işlenemez. Bu bend bir idare tarafından görev kapsamında yapılan veri işlenmesinde uygulanmaz.

Memurlar ya da diğer kamu görevlilerinin verileri yukarıda sayılan hallerde resen işlenebilecektir. Ancak AGVKD'nin 6. maddesi, üye ülkelere *öffnungsklausel* ilkesi çerçevesinde kişisel verilerin resen işlenmesi konusunda spesifik kurallar koyma yetkisi de tanımaktadır. Üye ülkeler kural koyarken 6. maddede yer alan (özellikle 6/1-c ve e) kurallara riayet etmelidir. Ayrıca hükümde yer alan belirsiz kavramlar, veri işlemenin gerekliliği ile verisi işlenecek ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri ile korunan menfaatlerin göz önünde bulundurularak somutlaştırılması gerekir. Memurlar ve diğer kamu görevlileri hakkında işlenecek verilerin çalışma ilişkisi ile sınırlı olmanın yanında veri işlemenin de gerekli olmasına ihtiyaç vardır¹³³. Dolayısıyla çalışma ya da istihdam ile ilgili ve gerekli olmayan kişisel verilerin işlenmesi AGVKD'nin 88. maddesi uyarınca hukuka aykırıdır.

Çalışanın verilerinin işlenmesi durumunda, AGVKD m. 7/3 hükmü uyarınca veri sorumlusu ilgili memura veri işlenmesinin hangi amaçla yapıldığını açıklamalıdır. Ayrıca buna karşı itiraz ve başvuru yollarını da göstermelidir.

F. KİŞİSEL VERİLERİN İŞLENMESİNDE UYULMASI GEREKEN TEMEL İLKELER

AGVKD'nin 5. maddesinde, kişisel verilerin işlenmesinde uyulacak temel ilkeler düzenlenmektedir. Dolayısıyla memurlar ve diğer kamu görevlilerinin kişisel verileri işlenirken de bu ilkelere uyulması zorunludur. Veri sorumlusu, kişisel verilerin 5. maddede yer alan temel

¹³³ Kişisel verilerin işlenmesi bakımından aranan "gereklilik" öğretide "ön kontrol ilkesi" olarak da adlandırılmaktadır. Açıklama için bkz. Şimşek, O. (2008). s. 97.

ilkelere uygun işlendiğine dikkate ederek işleyicileri denetlemelidir¹³⁴. Bu maddeye göre:

- Veriler hukuka, dürüstlük ve şeffaflık ilkesine uygun işlenmelidir.
- İlgili memur açısından anlaşılabilir şekilde işlenmesi gerekmektedir. Veriler belirlenmiş, açık ve meşru amaçlar için veri toplanıp işlenebilir. Veriler yukarıda belirtilen amaçlara uygun ve gerekli olduğu oranda, sınırlı bir şekilde işlenmesi gerekir. Bu ilkeyle verilerin işlenmesi minimize edilmektedir.
- Tutulacak verilerin doğruluğuna dikkat edilerek olabildiğince güncel olmasına dikkat edilmelidir. Ayrıca kişisel verilerin işleme amacıyla bağdaşmaması durumunda, gecikmeksizin silinmesi ya da düzeltilmesi gerekmektedir. Kişisel verilerin işleme amacının gerektirdiği süreyle sınırlı olarak saklanması öngörülmüştür.
- Kişisel verilerin güvenliğini sağlayacak şekilde 3. kişilere karşı gizli ilkesi kabul edilmiştir. Dolayısıyla kişisel verilere yetkisiz kişilerin erişiminin engellenmesinin yanında hukuka aykırı işlenmesinin önlenmesi için gerekli tedbirler alınması da zorunludur.
- Veri sorumlusu, sayılan bu temel ilkelerin uygulanmasından sorumludur. Dolayısıyla kişisel verilerin işlenmesinde temel ilkelere uygunluğu hesap verebilir şekilde sağlamak veri sorumlusunun görevidir.

G. İŞVERENİN BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

İstihdama dayalı verilerin işlenmesinden önce ve sonra birtakım yükümlülükleri vardır. AGVKD m. 7/3 hükmü uyarınca ilgili memura veri işlenmesinin hangi amaçla yapıldığını konusunda bilgi verilmeli ve memur aydınlatılmalıdır. Ayrıca rızanın iptal edilebileceği imkânının olduğunu bildirmeli ve bunun için öngörülen itiraz ve başvuru yollarını da göstermelidir.

H. VERİ SORUMLUSUNUN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Kişisel verilerin korunmasıyla ilgili görevler “*veri sorumlusu*”na aittir. Veri sorumlusu AGVKD m. 4/7 hükmünde tanımlanmaktadır. Buna göre kişisel verilerin işlenmesine ilişkin amaç ve yöntemleri, tek başına ya da başkalarıyla birlikte belirleyen gerçek veya tüzel kişi, kamu kurumu,

¹³⁴ AGVKD m. 24. Wybitul, T. (2017). s. 418.

kamu kuruluşu veya başka bir organ, veri sorumlusu olarak kişisel verilerin güvenliğinden sorumludur. Veri sorumlusu, veri işlenmesi ve korunmasında AGVKD ve ilgili ülke kanunun öngördüğü temel ilkelere uyulması amacıyla gerekli tedbirleri almakla yükümlüdür¹³⁵.

Kamu kurum ve kuruluşlarında memurlarla ilgili kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesinden de ilgili veri sorumlusu yükümlüdür. Veri sorumlusunun yükümlülükleri çeşitlilik arz etmektedir. Bir kısmı doğrudan veri sahibinin korunmasına amacıyla tedbir alma, bir kısmı teknolojik altyapıyı belirleme, bir kısmı ise veri ihlali durumunda veri sahibi ve ilgili makamları bildirme olarak karşımıza çıkmaktadır.

Kişisel verilerin, özel hayatın gizliliği, çalışma hayatı, din ve vicdan özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklere ilişkin olduğundan bunların korunması bakımından veri sorumlularının gerekli tedbirleri alması gerekmektedir. Veri sorumlularının, hangi verilerin işleneceği, işlenmede uyulacak usul, memurların bu konudaki hakları, verilerin gizliliği gibi birçok konuda yükümlükleri bulunmaktadır. Veri sorumlusu, özellikle AGVKD 5. madde uyarınca verilerin hukuka uygun işlenmesi sağlamak amacıyla gerekli tedbirleri almalıdır. Bunun yanında AGVKD'nin 12. maddesi uyarınca veri sahibinin haklarını kullanabilmesi için şeffaf bir şekilde bilgilendirilmesi, yöntemlerinin gösterilmesi ve bildirimde bulunulması, 13. madde uyarınca veri sahibinin kişisel verilerinin toplanmasında bilgi verme yükümlülüğü, 14. madde uyarınca kişisel verilerin veri sahibinden alınmadığı durumlarda bilgi verme yükümlülüğü, 15. madde uyarınca veri sahibinin bilgi alma hakkına istinaden bilgi verme yükümlülüğü, 17. madde uyarınca veri sahibinin unutulma hakkı kapsamında talep etmesi durumunda ilgili verileri silme yükümlülüğü önem arz etmektedir. Kısaca AGVKD da kişisel veri sahibi ilgilinin hakları bağlamında taleplerini yerine getirmek veri sorumlusu için bir yükümlülük olarak öngörüldüğünü söyleyebiliriz. Ayrıca AGVKD'nin 25. ve 32. maddeleri uyarınca kişisel verilerin teknolojik altyapı ile korunması ve bunu sağlamaya yönelik programlar kullanma, 30. madde uyarınca işlenen kişisel verilere ilişkin kayıt tutma, 33 ve 34. madde uyarınca veri ihlallerinin ilgili denetim makamına ve veri sahibine bildirilmesi gerekmektedir. Veri sorumlusunun yükümlülüklere uymaması durumunda AGVKD'nin 83. maddesi uyarınca para

¹³⁵ Benkert, D. (2017). s. 243.

cezası verilmekte ve ilgili ülke kanunu uyarınca cezai sorumluluğu bulunmaktadır.

İ. VERİ SAHİBİ MEMURUN HAKLARI

Kişisel verilerin korunması hususunda çalışanlar ve dolayısıyla memur ve değer kamu görevlileri için ayrı haklar düzenlenmemektedir. AGVKD'de veri sahipleri için tanınmış haklar, memurlar ve diğer kamu görevlileri için de geçerlidir. Bu hakların kullanılmasında özellikle veri sorumlusunun buna istinaden işlem gerçekleştirmesi için de süreler öngörülmüştür.

AGVKD'nin m. 12/3. fıkrası uyarınca veri sorumlusu veri sahibinin talebiyle ilgili olarak veri işlenmesine ilişkin bilgileri gecikmeksizin veri sahibine bildirir. Bu süre 1 ayı geçemez. Bu süre gerektiğinde özellikle talebin karışıklığı ve sayısı da göz önünde bulundurularak 2 aya kadar uzatılabilir. Bu durumda veri sorumlusu süre uzatımı ve sebeplerini veri sahibine bildirir. Bu maddede, talebin usulü konusunda da düzenleme yapılmıştır. Veri sahibi talebi elektronik yolla yapmış ve bilgilendirme konusunda başka bir şekilde talebi de yoksa mümkün olduğu sürece bilgilendirme elektronik yollarla yapılır. Bu hakların kullanılmasında sağlanan bilgiler ve yapılan bildirimlerden ücret talep edilemez.

1. Bilgi Edinme Hakkı

AGVKD'nin 15. maddesi veri sahibine, bilgi edinme hakkı tanımaktadır. Bu maddeye istinaden memurlar da kendileriyle ilgili kişisel verilerin işlenip işlenmediğini veri sorumlusuna başvurarak teyit ettirme imkânına sahiptir. Memurun kişisel verileri işleniyorsa buna istinaden bilgi edinme hakkı bağlamında işleme amacını, işlenen kişisel verilerin kategorisini, kişisel verilerin paylaşıldığı ya da paylaşılacağı yerleri, kişisel verilerin saklanacağı süre, kişisel verilerin düzeltilmesi, silinmesi, veri işlenmesini kısıtlama ya da itiraz hakkının olup olmadığını veri sorumlusundan öğrenme, denetim makamına şikâyetle bulunma hakkı hususunda bilgi edinme, kişisel verileri başka yerden elde edilmişse bu verilerin hangi kaynaktan elde edildiğini öğrenme hakkı bulunmaktadır.

Çalışanın bilgi edinme hakkının sınırları yargı içtihatları ile şekillenmektedir. Bu konuda Almanya'da Baden-Württemberg Eyalet İş Mahkemesi'nin işçinin bilgi edinme hakkının kapsamı konusunda dikkat çeken bir kararı bulunmaktadır¹³⁶. Mahkeme kişisel verilerin

¹³⁶ LAG Baden-Württemberg, 20.12.2018 tarih ve 17 Sa 11/18 sayılı karar. http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=27411 (Erişim tarihi: 19/12/2020).

korunmasında işçinin, kapsamlı bir bilgi edinme hakkının varlığını kabul etmekte işveren ve diğer çalışanların meşru menfaatleri etkilense bile, işçinin bilgi edinme hakkının daha ağır bastığını belirtmektedir. Söz konusu davaya konu olayda; önemli bir otomotiv üretim şirketinde işçi olarak çalışan davacı ile işveren arasında sorunların baş gösterdiği, işçi hakkında uyum soruşturması yürütüldüğü, işveren tarafından yapılan uyarıların akabinde işçinin performans düşüklüğü sebebiyle işine son verildiği görülmektedir. İşçi, işten çıkarılmaya karşı koruma sürecinde işverenden kendisiyle ilgili kaydedilen tüm verileri istemiş, işveren ise uyum soruşturmasında ifadesine başvuru diğer kişilerin verileri sebebiyle bu kişilerin haklı menfaatleri olduğu gerekçesiyle istemi reddetmiştir. İşçi buna istinaden dava açmıştır. Mahkeme ayrıntılı olarak ortaya koyduğu gerekçede özetle, işçinin kapsamlı bilgi edinme hakkı olduğunu, uyum soruşturması kapsamında elde edilen verilerinde bu kapsamda olduğunu, işçinin personel dosyasında yer almayan performans ve davranış verilerinin (dijital) kopyasının işçiye verilmesi gerektiğine bu konuda işçinin menfaatinin daha ağır bastığına hükmetmiştir. Bu karar her ne kadar özel hukuka tabi çalışanlar için verilmiş olsa da memurlar açısından da emsal olabilecek niteliktedir.

Ayrıca veri sahibinin verileri başka bir ülke ya da uluslararası kuruluşa aktarılmışsa 46. madde kapsamında aktarımla ilgili alınan güvenceler hakkında bilgilendirme hakkına sahiptir. Ayrıca işlenen kişisel verilerin kâğıt olarak ya da dijital bir kopyasını alma hakkı bulunmaktadır. Bu hakkı kullanırken diğer kişilerin hakları ve özgürlükleri ihlal edilmemelidir. Dolayısıyla bu tür bilgiler karartılarak/ maskelenerek verilmelidir.

2. Düzeltme Hakkı

Kişisel verileri yanlış işlenmiş memurlar, bunların düzeltilmesini AGVKD'nin 16. maddesi uyarınca veri sorumlusundan isteme hakkına sahiptir. Bunun yanında -işlenmesi gerekli olan- eksik kişisel verileri tamamlama hakkına da sahiptir.

3. Silme (Unutulma) Hakkı

AGVKD'nin 17. maddesi silme hakkını, diğer bir ifade ile unutulma hakkını düzenlemektedir¹³⁷. Buna göre veri sahibi veri sorumlusundan

¹³⁷ Anayasa Mahkemesi kamuya açık belgelerde kişilerin kimlik bilgilerine yer verilmesini Anayasa 17. madde bağlamında şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiğine karar vermekte ve kişinin unutulma hakkının olduğunu belirtmektedir. AYM. N.B.B., B. No: 2013/5653, 03.03.2016, §§ 33 vd.

kişisel verisini silmesini talep etme hakkı bulunmaktadır. Veri sorumlusu da silme için maddede sayılan şartlar gerçekleşmişse, gecikmeksizin bu verileri silme yükümlülüğü altındadır.

Maddeye göre kişisel verilerin toplanma ve işlenme amaçları bakımından zorunluluğun ortadan kalkması, veri sahibinin rızadan dönmesi ve resen işlenmesine ilişkin kanuni bir zorunluluğun bulunmaması, verilerinin işlenmesine yönelik veri sahibinin itirazının kabul edilmesi, kişisel verilerin yasa dışı işlenmiş olması, veri sorumlusunu tabi olduğu birlik ya da üye devlet hukukunun öngördüğü yasal bir yükümlülüğü yerine getirmek amacıyla kişisel verilerin silinmesinin zorunlu olması ve 8. madde uyarınca bilgi toplumu hizmetleri amacıyla toplanmış ise silme yükümlülüğü söz konusudur. Ancak burada belirtilen silme yükümlülüğünün de istisnaları bulunmaktadır. İstisnalar kapsamına girmesi durumunda veri sorumlusunun silme yükümlülüğü bulunmaz. Buna göre; verilerin işlenmesi ifade özgürlüğü ve bilgi edinme hakkı açısından zorunlu ise veri sorumlusunun tabi olduğu birlik ya da üye devlet hukukunun öngördüğü kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesi ya da kamu yararına gerçekleştirilen bir görevin yerine getirilmesi veya veri sorumlusunun kamu gücü kullanmayı gerektiren bir yetkisinin kullanılması için veri işleme zorunluysa, kamu yararı gerekçesiyle kamu sağlığı için zorunluysa, kamu yararı amacıyla arşivlenmesi, bilimsel amaçlar, tarihsel ya da istatistikî amaçlar için zorunluysa, kanuni hakların ileri sürülmesi, kullanılması ya da savunulması için veri işleme zorunluysa veri sorumlusunun silme hakkı bulunmamaktadır.

4. Veri İşlemesini Sınırlandırma Hakkı

AGVKD ilgiliye veri sorumlusundan veri işlemesini sınırlandırmasını isteme hakkı da tanınmaktadır. 18. madde veri işlemesini sınırlandırma hakkının hangi şartlarda kullanılabileceğini hüküm altına almaktadır. Buna göre; kişisel verilerin doğruluğu konusunda veri sahibinin itirazı üzerine veri sorumlusunun kişisel verilerin doğruluğunu kontrol etmesini sağlayan süre boyunca, veri işlemenin hukuka aykırı olduğu hâlde veri sahibinin kişisel verilerinin silinmesini istememesi bunun yerine kişisel verilerinin kullanılmasının kısıtlanmasını istemesi, veri sorumlusunun işleme amaçlarına doğrultusunda kişisel verilere ihtiyaç duymaması ancak veri sahibinin kanuni haklarını ileri sürmesi, kullanması ya da

savunması için bu verilere ihtiyaç duyması, veri sahibinin verilerinin işlenmesine 21/1. fıkrası uyarınca itiraz etmesinden sonra veri sorumlusunun haklı gerekçelerinin veri sahibinin haklı gerekçelerinden ağır basıp basmadığı tespit edilene kadar verilerin işlenmesi veri sahibinin talebiyle veri sorumlusu tarafından sınırlandırılır. Bu şekilde veri işlenmesi sınırlandıktan sonra şartların oluşmasıyla kısıtlama kaldırılır. Kişisel veri sahibi kısıtlama kaldırılmadan önce veri sorumlusu tarafından bilgilendirilir.

Verilerin işlenmesi söz konusu şartların oluşması ile sınırlandırılmış olsa da veri sahibinin rıza göstermesi, kanuni hakların ileri sürülmesi, kullanılması ya da savunulması için zorunlu ise veya diğer gerçek ya da tüzel kişilerin haklarının korunması veya birliğin veya üye devletin önemli bir kamu yararı gerekçesiyle işlenebilir.

6. İtiraz Hakkı

Kişisel verinin işlenmesine itiraz, veri sahibinin en doğal hakkıdır. AGVKD'nin 21. maddesinde üç fıkra hâlinde düzenlemekte ve itiraz hakkının kapsamı belirlenmektedir. Memur ve diğer kamu görevlileri de bu hükme dayanarak itiraz hakkını kullanabilir. Bunlardan ilki AGVKD'nin 6. maddesiyle bağlantılı olarak resen işlenebilen kişisel verilerden; kamu yararına olan bir görevin yerine getirilmesi için zorunlu olarak işlenen veriler ya da kamu gücü kullanılması gerektiren bir görevin ifası gereği zorunlu olarak işlenen veriler için veri sahibi itiraz hakkını kullanabilmesidir. Ayrıca veri sorumlusunun ya da 3. kişilerin haklı menfaatlerinin korunmasında kişisel veri sahibinin menfaatleri ile temel hak ve özgürlüklerinden daha ağır bastığı hâllerde işlenen veriler için de veri sahibinin itiraz hakkı bulunmaktadır. İlgili kişi bir çocuk ise istisnalar dışında kişisel verileri işlenemez.

İtiraz üzerine veri sorumlusu ilgili verileri işlenmesini durdurur. Ancak bunun istisnasına da hükümde yer verilmektedir. Buna göre veri sorumlusu kişisel verilerin işlenmesinde veri sahibinin hak ve özgürlüklerinden daha ağır basan korunması gereken zorlayıcı meşru sebeplerin varlığını ispatlaması ya da kanuni hakların ileri sürülmesi, kullanılması veya savunulmasına hizmet ediyorsa veri işlenmesine devam edilir.

Diğer bir itiraz hakkı, kişisel verilerin doğrudan pazarlama amacıyla işlenmesi durumunda söz konusudur. Veri sahibinin pazarlama

amaçlarına yönelik veri işlenmesine itiraz etmesi durumunda, kişisel veriler artık bu amaçlarla işlenemez.

7. Diğer Haklar

Kişisel veri sahibinin yukarıda sayılan haklar yanında AGVKD'de verilerini taşıma hakkı, gerekçesinde belirtilmekle birlikte maddede açıkça düzenlenmese de dinlenilme hakkı¹³⁸ gibi haklar tanınmaktadır.

IV. SONUÇ

AB hukukunda kişisel verilerin korunmasında reformlar devam etmekte ve daha etkili koruma mekanizmaları geliştirilmektedir. AGVKD dışında özel alanlara ilişkin daha spesifik düzenlemeler de yapılmaktadır. Çalışanlarla ilgili bu yönde tartışmalar olsa da henüz bir özel düzenleme bulunmamaktadır. Buna karşın AGVKD, çalışanların istihdam sebebiyle kişisel verilerinin işlenmesini 88. maddeyle özel olarak korumaktadır. Bu madde çalışanların verilerinin korunması için somut hükümler getirmemekte daha çok temel ilkelere yer vermektedir. Üye ülkelerin *Öffnungsklausel* yetkisi bağlamında kendi veri koruma kanunlarında ve ilgili mevzuatlarında daha spesifik kurallar koyma imkânı bulunmaktadır.

AB, birlik kapsamında verilerin korunmasında uyumu sağlamak amacıyla daha önceki direktiften farklı olarak normlar hiyerarşisinde daha üstte yer alan Tüzük ile düzenlemeyi uygun bulmuştur. Tüzük'ün tüm üye ülkeler açısından bağlayıcı olması nedeniyle üye devletlerin iç hukukunda doğrudan uygulanma kabiliyetine sahiptir. AGVKD üye ülkelerin kişisel veriler konusunda kendi mevzuatı ile çatışması durumunda öncelikli uygulanma kabiliyetine sahiptir. AGVKD ayrıca topu uzlaşmalar yoluyla da verilerin işlenmesine yönelik yeni amaçlar belirleme yetkisi tanımaktadır.

AGVKD çalışanların istihdam nedeniyle verilerinin işlenmesinde özel ya da kamu çalışanları için bir ayrımı yapmamaktadır. Maddede kullanılan kavramlar ağırlıklı olarak özel hukuka ilişkin olsa da memurlar ve diğer kamu görevlilerini de kapsamına aldığı kabul edilmektedir. Zaten üye devletler kendi veri koruma kanunlarında AGVKD 88. maddeye ilişkin getirdikleri hükümlerde bunların da çalışan kapsamını girdiğini açıkça düzenlemektedir. Üye ülkelerin bir kısmı Tüzüğe istinaden veri koruma

¹³⁸ AGVKD 129 kenar numaralı gerekçesi. Gola, P. (2019). s. 274, Rn. 30.

kanunlarını yenilerken, verilerin korunması konusunda memurlar ve diğer kamu görevlilerine ilişkin mevzuatını da tüzükle uyumlu hale getirmiştir. Özellikle Almanya memurlar ve diğer kamu görevlilerinin özlük dosyalarında yer alan veriler ile diğer kişisel verileri arasında bir ayırım yapmaktadır. Bu bağlamda örneğin memurların görevle ilgili verilerini Memurlar Kanunu kapsamında korumakta, personel- özlük dosyalarında yer alan memur verilerinin işlenmesi ve aktarılmasını bu kanuna göre yapmaktadır. Memurların görevle ilgili olmayan kişisel verilerinin korunmasında ise AGVKD ve kendi veri koruma kanunları uygulanmaktadır. Dolayısıyla üye devletler, kendi memur kanunlarında memur verilerini koruyorsa öncelikli bu kanunun uygulandığını, kanun kapsamı dışında kalan memurların kişisel verileri için AGVKD ve kendi veri koruma kanunları uyguladığını söyleyebiliriz.

AGVKD'ye göre istihdam nedeniyle kişisel verilerin işlenebilmesi için istihdama ilişkin olmasının yanında veri işlemenin zorunluluk taşıması gerekmektedir. Tüzük, istihdama ilişkin verilerin korunmasında çalışanlar için ayrıca haklar düzenlememiştir. Bu nedenle kişisel veri sahibine tanınan genel haklar memurlar için de geçerlidir. Bu bağlamda kişisel verilerin işlenmesinde sahibinin rızası önemli yer tutsa da kanuni zorunluluk ve AGVKD'de sayılan hâllerde veri sorumlusu tarafından resen işlenebilmektedir. Kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesinde veri sorumlularına önemli yükümlülükler yüklemektedir. Bunlara uyulmadığı takdirde para cezaları ve ilgili ülke mevzuatı çerçevesinde cezai müeyyideler öngörülmüştür.

AB'ye üye ülkeler uzun süreden beridir kendi kişisel veri koruma kanunlarına ve bu konuda tecrübeye sahip olmanın yanında AB düzenlemeleri alanında yapılan reformlar ile kişisel verilerin korunması hakkını gün geçtikçe güçlendirmektedir. Bunu sadece genel konuları düzenlemeyle sınırlandırmamakta birçok alana ilişkin spesifik kurallar getirerek sağlamaya çalışmaktadır. AGVKD ile genel bir koruma sağlanırken özel alanlara ilişkin reformlar devam etmektedir. Türk hukuku açısından bakıldığında ise eski 1995 tarihli direktif döneminde yürürlüğe giren 6698 sayılı Kanun'un birçok konuda yetersiz kaldığı görülmektedir. Borçlar Kanunu 419. maddede özel hukuka tabi çalışanların istihdam sebebiyle kişisel verilerinin korunmasına ilişkin özel bir hüküm bulunsa da memurlar ve diğer kamu görevlileri açısından açık bir hükmün bulunmaması bir eksikliklerdir. Çalışanların istihdama

ilişkin verilerinin korunmasının ayrı bir kanunla düzenlenmesi bir zorunluluktur. Bu yapıdana kadar en azından memur ve diğer kamu görevlilerinin kişisel verilerinin korunmasının KVKK ya da DMK ile açıkça güvence altına alınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ATAK, Songül (2010). Avrupa Konseyinin Kişisel Veriler Açısından Sağladığı Temel Güvenceler, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 87, ss. 90-120.
- AYDIN, Sedat Erdem (2015). *AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- BENKERT, Daniel (2017). “Neuer Anlauf des Gesetzgebers beim Beschäftigtendatenschutz”, *Neue Juristische Wochenschrift-Spezial*, ss. 242-243.
- BİRTEK, Fatih (2012). *Haberleşmenin Gizliliğini İhlal Suçları*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- BRINK, Stefan ve JOSS, Daniel (2019). “Datenschutzrechtliche Verantwortlichkeit der betrieblichen und behördlichen Beschäftigtenvertretungen”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ss. 1395-1399.
- BRUNS, Alexander (1997). *Informationsanspruch Gegen Medien*, Tübingen: Mohr Siebeck.
- ÇEKİN, Mesut Serdar (2019). *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DÜLGER, Murat Volkan (2019). *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DUWELL, Franz Josef ve BRINK, Stefan (2016). “Die EU Datenschutz-Grundverordnung und der Beschäftigtendatenschutz”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ss. 665-668.
- DUWELL, Franz Josef ve Brink Stefan (2017). “Beschäftigtendatenschutz nach der Umsetzung der Datenschutz-Grundverordnung: Viele Änderungen und wenig neues”, *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ss. 1081-1085.
- GOLA, Peter (2019). § 26 BDSG, *Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigtendatenschutz*, in: Gola/Heckmann, *BDSG, Bundesdatenschutzgesetz Kommentar*, München: C.H. Beck.
- GRÄBER, Tobias ve NOLDEN, Christine (2018). *BDSG § 26, Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses*, in: Paal/Pauly, *DS-GVO BDSG*, München: C.H. Beck.
- KANGAL, Zeynel T. (2019). *Kişisel Verilerin Ceza ve Kabahatler Hukukunda Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.

- KAYA, Cemil (2011). "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXIX, S.1-2, ss. 317-334.
- KLÖSEL, Daniel ve MANHOLD, Tilo (2017), "Die Zukunft der datenschutzrechtlichen Betriebsvereinbarung Mindestanforderungen und betriebliche Ermessensspielräume nach DS-GVO und BDSG nF", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ss. 1428-1433.
- KORT, Michael (2017). "Der Beschäftigtendatenschutz gem. § 26 BDSG-neu. Ist die Ausfüllung der Öffnungsklausel des Art. 88 DS-GVO geglückt?", *Zeitschrift für Datenschutz*, ss. 319-324.
- KORT, Michael (2016). "Eignungsdiagnose von Bewerbern unter der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO)", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht -Beilage 2*, ss.62-71.
- KÖRNER, Marita (2019). "Beschäftigtendatenschutz in Betriebsvereinbarungen unter der Geltung der DS-GVO", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ss.1389-1395.
- KÖRNER, Marita (2016). "Die Datenschutz-Grundverordnung und nationale Regelungsmöglichkeiten für Beschäftigtendatenschutz", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ss.1383-1386.
- KÜHLING, Jürgen/SEIDEL Christian/SIVRIDIS, Anastasios (2008). *Datenschutzrecht*, Frankfurt am Main: Verlag Recht und Wirtschaft.
- LANGHANKE, Carmen (2018). *Daten als Leistung, Eine Rechtsvergleichende Untersuchung zu Deutschland*, München: Mohr Siebeck.
- ÖZDEMİR, Hayrunnisa (2009). *Elektronik Haberleşme Alanında Kişisel Verilerin Özel hukuk Hükümlerine Göre Korunması*, Ankara: Seçkin Yayınevi.
- RIESENHUBER, Sabine (2019). § 26 BDSG, *Datenverarbeitung für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, Wolff/Brink.
- STAMER, Katrin ve KUHNKE Michael (2018). *Datenverarbeitung im Beschäftigtenkontext*, in: *DSGVO BDSG Kommentar*, Hrsg. Plath, Köln: Dr. Otto Schmitt Verlag.
- STRÖBEL, Lukas; BÖHM, Wolf-Tassilo; BREUNIG, Christina ve WYBITUL, Tim (2018). Beschäftigtendatenschutz und Compliance: Compliance-Kontrollen und Interne Ermittlungen nach der EU-Datenschutz-Grundverordnung und dem neuen Bundesdatenschutzgesetz", *Corporate Compliance Zeitschrift*, ss. 14-20.

- ŞİMŞEK, Oğuz (2008). *Anayasa Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- TAEGER, Jürgen (2017). *Datenschutzrecht*, Oldenburg.
- TAŞTAN, Furkan Güven (2017). *Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- TURAN, Metin (2019). *Karşılaştırmalı Hukukta Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.
- TÜRKMEN, Sevgi Eraslan (2019). *Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenmesinde Açık Rızanın Aranmadığı Haller*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- WEBER, Rolf H. ve SOMMERHALDER Markus (2007). *Das Recht der Personenbezogenen Information*, Genf: Schulthess Juristische Medien.
- WYBITUL, Tim (2017). "Der neue Beschäftigtendatenschutz nach § 26 BDSG und Art- 88 DSGVO", *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*, ss. 413-419.
- YILMAZ, Sabire Sanem (2017). *Tıp Alanında Kişisel Verilerin Açıklanması Suçu*, Ankara: Seçkin Yayıncılık.



Anayasa Mahkemesinin
Bireysel Başvurunun Kabulünün 8. Yıldönümü
Nedeniyle Düzenlenen
“İnternet Çağında Temel Hak ve Özgürlüklerin
Korunması”
konulu sempozyumda Sunulan Bildiriler

BİREYSEL BAŞVURUNUN KABULÜNÜN 8. YILDÖNÖMÜ
“İnternet Çağında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması”
KONULU SEMPOZYUM PROGRAMI

11.00-12.00

I. Oturum:

İnternete Erişim ve İfade Özgürlüğü

Oturum Başkanı : Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ
Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı

“Temel Hakların Korunması Bağlamında İnternet Aktörlerinin Sorumlulukları”

11.00-11.20

: Bahadır Aziz SAKİN
Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu İnternet Daire Başkanı (BTK)

“İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi”

11.20-11.40

: Dr. Mehmet Bedii KAYA
İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

“İnternete Erişimin Engellenmesi Uygulaması Hakkında Anayasa Mahkemesi İçtihadı”

11.40-12.00

: Ceren Sedef EREN
Anayasa Mahkemesi Raportörü

12.00-12.30

: Soru ve Cevap

12.30-14.00

: Ara

14.00-15.00

II. Oturum:

İnternet ve Kişisel Verilerin Korunması

Oturum Başkanı : Doç. Dr. Selami DEMİRKOL
Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Üyesi

“Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve Uygulaması”

14.00-14.20

Prof. Dr. Faruk BİLİR
Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanı (KVKK)

“Veri Temelli Ekonomi Çağında Bir Temel Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”

14.20-14.40

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN
Türk Alman Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkına İlişkin Anayasal Güvence ve İlkeler”

14.40-15.00

Özgür DUMAN
Anayasa Mahkemesi Raportörü

“15.00-15.30

: Soru ve Cevap

15.30-16.00

: Kapanış Konuşması
Kadir ÖZKAYA
Anayasa Mahkemesi Başkanvekili

16.00-16.15

Plaket Takdimi

ANAYASA MAHKEMESİ BAŞKANI ZÜHTÜ ARSLAN'IN BİREYSEL BAŞVURUNUN KABULÜNÜN 8. YILI SEMPOZYUMU AÇIŞ KONUŞMASI

Saygıdeğer Konuklar,

Değerli Mesai Arkadaşlarım,

Öncelikle sizleri en içten duygularıyla, saygıyla selamlıyorum.

Bilindiği üzere temel hak ve özgürlükleri koruma arayışı insanlığın tarihi kadar eskidir. İlk yazılı edebî eser olarak bilinen *Gilgamiş Destanı* bir yandan ölümsüzlük arayışını diğer yandan da insanın güçle imtihanını anlatır. Günümüzden yaklaşık beş bin yıl önce tabletlere yazılan bu destan, Mezopotamya topraklarında yaşanan olayları efsaneleştirmiştir.

Destana konu olaylar bugünkü Bağdat ve Basra arasında yer alan Uruk şehrinde geçer. Destana göre Uruk halkı kendilerine eziyet eden Kral Gilgamiş'tan şikâyetçidir. Gilgamiş'a eş, onun kadar güçlü ve onu dengeleyecek birinin ortaya çıkması gerektiği söylenir. Destanda bu çözüm "*Hep birbirleriyle kapışsınlar da Uruk (halkı) rahat etsin!*" diye ifade edilir¹.

Nihayet Gilgamiş'ı dengeleyecek, onun kadar güçlü Enkidu adında biri yaratılır. Ancak bir süre sonra Enkidu, Gilgamiş'la birlikte hareket etmeye başlar. Böylece bir anlamda bugünkü ifadesiyle devlet erkleri arasında denge ve denetim sistemi kurma girişimi başarısızlıkla sonuçlanmıştır².

Temel hak ve özgürlükleri korumak için gücün dengelenmesi ve denetlenmesi arayışı Gilgamiş'tan sonra da devam etmiştir. Bu aynı zamanda toplum hâlinde yaşayan insanın hak ve özgürlüklerini güvenceye alma arayışıdır.

İşte anayasa yargısı bu arayışın ürünü olarak ortaya çıkmıştır. Bugün neredeyse tüm demokratik ülkelerde temel hak ve hürriyetleri korumak için yasama ve yürütmenin işlemlerini denetleyen, gerektiğinde bunları iptal eden yüksek mahkemeler vardır.

1 *Gilgamiş Destanı*, 10. Basım, Çev. S. Maden, (İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2019), s. 5.

2 Daron Acemoğlu ve James A. Robinson, *Dar Koridor: Devletler, Toplumlar ve Özgürlüğün Geleceği*, Çev. Y. Taşkın, (İstanbul: Doğan Kitap, 2020), s. 14–15.

Esasen güvenliği sağlayarak temel hak ve özgürlükleri korumak bir bütün olarak devletin varlık sebebidir. Nitekim Sultan Abdülaziz'in 10 Mayıs 1868 tarihli meşhur nutku bu hakikatin ifadesiyle başlar. Bugünkü Yargıtay ve Danıştayın da kuruluş belgesi sayılan bu nutkun ilk cümlesinde “*bir hükûmetin vazîfesi(nin) her bir ahvalde ahalisinin hukuku hürriyetini muhafaza*” etmek olduğu belirtilir.

Sultan Abdülaziz aynı nutkunda “*hükûmeti şer’iye ve kanuniyenin hükûmeti icraiyyeden tefriki esası vazedilmiştir*” demek suretiyle yasama, yürütme ve yargının ayrılması düşüncesinin işaretlerini vermiştir³. Bugünkü anayasa mahkemeleri de anayasal demokrasilerin vazgeçilmez unsuru hâline gelen kuvvetler ayrılığının bir gereği olarak ortaya çıkmıştır.

Değerli Konuklar,

Kuvvetler ayrılığının bir yansıması da güvenlik özgürlük ilişkisinde karşımıza çıkar. Güvenlik, bireylerin ve toplumun huzur içinde var olmasının ön şartıdır. Güvenliğin olmadığı yerde hak ve özgürlüklerin kullanılması imkânsızdır. Güvenliği sağlamak da devletin, bilhassa da yürütme erkinin asli görevlerinden biridir.

Diğer yandan güvenlik amaç değil araçtır. Daha özgür, eşitlikçi ve adil bir toplumsal düzenin aracıdır. Güvenlik sağlanırken temel hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarını incelemek ve denetlemek de en başta yargının, özellikle de anayasa mahkemelerinin asli görevlerindedir. Dolayısıyla özgürlük ve güvenlik arasında hassas bir ilişkinin olduğunu, bunlardan birini sağlayıp diğerini hiçe saymanın düşünülemeyeceğini kabul etmek durumundayız.

Güvenlik ve özgürlük değerlerini bir arada yaşatacak, onları günlük hayata yansıtacak olan da kuşkusuz hukuktur. Dolayısıyla hukuk, bu değerlerin düşmanı değil varlık şartıdır. Hukukun olmadığı yerde ne güvenlik ne de özgürlük olabilir.

Temel hak ve özgürlüklerin korunduğu ve kamu gücü kullananların hukukla bağlı olduğu devlet hukuk devletidir. Anayasa Mahkemesinin görevi de Anayasa'nın 2. maddesinde güvenceye alınan demokratik hukuk devletin tüm kural ve kurumlarıyla işleyişine katkı yapmaktır.

3 *Tasviri Efkâr*, No: 584, 18 Muharrem 1285 (1868).

Esasen temel hak ve hürriyetlerin korunması yasama, yürütme ve yargının ortak hedefidir. Bu nedenle devlet organlarına düşen, Anayasa'nın Başlangıç kısmında ifadesini bulduğu şekliyle iş bölümü ve iş birliği çerçevesinde demokratik hukuk devletini güvenlik, özgürlük ve adalet temelinde geleceğe taşımaktır.

Değerli Misafirler,

Sekiz yıl önce bugün uygulamaya geçen bireysel başvuru, Anayasa Mahkemesinin temel hak ve özgürlükleri koruma görevini daha da belirgin hâle getirmiştir. Mahkememiz yaşam hakkından toplantı ve gösteri yürüyüşü hakkına, adil yargılanma hakkından ifade özgürlüğüne kadar bireysel başvuru kapsamındaki anayasal hak ve özgürlüklere ilişkin standartları belirlemiştir.

Bireysel başvuru sayesinde artık hakları ihlal edilen kişilere yönelik olağan kanun yolları tüketildikten sonra devreye giren yeni ve etkili bir hak arama yolu ihdas edilmiştir. Bireysel başvurunun bir amacı da hak ihlali iddialarının uluslararası yargı organlarına taşınmadan ülke sınırları içerisinde incelenmesini sağlamaktır. Sekiz yıllık tecrübenin ardından bu amacın çok büyük oranda gerçekleştiğini memnuniyetle ifade etmek isterim.

Anayasa Mahkemesi, her geçen gün artan iş yüküne ve tüm olumsuzluklara rağmen bireysel başvurunun etkili bir hak arama yolu olarak kullanılmasını sağlamıştır. Bu vesileyle fedakârca çalışan başkan vekillerimize, üyelerimize, raportörlerimize ve tüm mensuplarımıza teşekkür ediyorum.

Bu noktada bazı istatistikleri sizlerle paylaşmak istiyorum. 23 Eylül 2012 tarihinden bugüne Mahkemeye yaklaşık 285 bin başvuru yapılmış, bunun 243 bin kadarı sonuçlandırılmıştır. Başka bir ifadeyle bireysel başvurunun başladığı tarihten bu yana yapılan başvuruların yüzde 85,5'i karara bağlanmıştır.

Şu anda Anayasa Mahkemesinin önünde 42 bin civarında başvuru bulunmaktadır. Mahkememiz incelediği başvurularda 10 binden fazla ihlal kararı vermiştir. İhlal kararlarının temel hak ve özgürlüklere dağılımına bakıldığında ilk üç sırada adil yargılanma hakkı (%54), mülkiyet hakkı (%26,7) ve ifade özgürlüğü (%5,7) olduğunu görüyoruz.

Değerli Konuklar,

Bu verilerden anlaşılacağı üzere Anayasa Mahkemesinin ihlal bulduğu başvurular arasında ifade özgürlüğü şikâyetlerinin önemli bir yeri vardır. Bugünkü sempozyumun konularından biri *internet ve ifade özgürlüğü* olduğundan bunun üzerinde biraz durmak istiyorum.

İnsan, düşünen ve düşündüğünü açıklayan bir varlıktır. Bu anlamda ifadeyi engelleme, insanın temel özelliğini inkâr etme anlamına gelir.

Düşünce ve onu açıklama özgürlüğü; bu topraklarda toplumsal, siyasal ve hukuksal tartışmaların değişmez konusu olmuştur. Rahmetli Cemil Meriç bu mesele üzerinde çok durmuştur. Kendisiyle yapılan bir mülakatta düşünceyi hor gören bir ülkede yaşadığımızla ilgili meşhur sözü hatırlatılınca “*Evet. En kötü yanımız müsamahakâr olamayışımız.*” der⁴.

Cemil Meriç’in kullandığı “müsamaha” kelimesi “hoşgörü”den daha kapsamlıdır. Etimolojik kökenine bakıldığında müsamaha; görmezlikten gelme, göz yumma, cömertçe verme ve bağışlama demektir. Bu anlamda farklı düşünceye karşı müsamaha göstermek, fikre cömert ve bağışlayıcı davranmayı gerektirmektedir.

Gerçekten de ifade edilene katılmak zorunda değiliz ama katlanmak zorundayız. Söyleneni hoş bulmayabiliriz ama söyleyeni hoş görmek ve ona cömertçe tahammül göstermek durumundayız.

İfade özgürlüğünün alanı geniştir. Özellikle bu özgürlükte esas olan, serbestlik; istisna olan, sınırlamadır. Bu bağlamda kural olarak şiddet ve terörü teşvik, nefret söylemi, tehdit ve hakaret dışında her türlü ifadenin hukuk düzenince korunması gerekir.

Burada ifade özgürlüğünü sınırlama nedenlerinin başında gelen terör üzerinde kısaca durmak gerekir. Terörün ifade özgürlüğünün önündeki en büyük tehditlerden biri olduğu herkesin malumudur. Zira terör ve terörizmin amacı, temel hak ve özgürlüklerin güvenceye alındığı demokratik hukuk devletini paralyze etmektir.

Bu anlamda suçla ve terörle mücadele, sadece bireysel ve toplumsal hayatın vazgeçilmezi olan güvenliği sağlamak için değil aynı zamanda

4 *Türkiye Kültür ve Sanat Yılı 1986*, Röp. Hüsamettin Aslan, (Ankara: Türkiye Yazarlar Birliği Yayınları), ss. 586-594.

başta yaşam hakkı ve ifade özgürlüğü olmak üzere tüm temel hak ve hürriyetleri korumak için de zorunludur.

Bununla birlikte bu mücadelenin hukuk içinde sürdürülmesi de anayasal bir zorunluluktur. Buna uyulup uyulmadığını denetleme görevi yargıya, özellikle de anayasa mahkemelerine aittir.

Terörle mücadele tarihinde demokratik devletlerin zaman zaman düştükleri bir tuzak vardır. Bazen hukuku bir kenara bırakarak ya da bir süre askıya alarak mücadele etme zorunluluğundan bahsedilir. Aslında bu tam da teröristlerin istediği şeydir. Hukuku ayak bağı olarak gören bir anlayış ve uygulamanın verilen haklı mücadeleye gölge düşürebileceği ve uzun vadede ağır maliyetlere yol açabileceği bilinmektedir.

Değerli Katılımcılar,

Saygıdeğer Konuklar,

Bu ilkeler, içinde yaşadığımız internet çağında çok daha önemli hâle gelmiştir. Bilindiği üzere bireysel ve toplumsal yaşamda radikal değişikliklere yol açan internet, temel hak ve özgürlükler bakımından fırsatları ve riskleri bir arada sunmaktadır.

İnternet sayesinde olup bitenleri öğrenmek için artık ana haber bültenlerini ya da ertesi gün çıkacak gazeteleri beklemek zorunda değiliz. Aynı şekilde düşüncelerimizi paylaşmak için bir gazetede köşe yazarı olmak da gerekmiyor. İnternet herkese görüşlerini açıklamak için kolay, ucuz ve erişilebilir bir ortam sağlıyor.

Siyasi alanda da internet önemli bir işlev görüyor. Devlet başkanları en önemli mesajlarını sosyal medya üzerinden vermekte, ortaya çıkan yönetim modellerini ifade etmek için “twitokrasi” gibi kavramlar icat edilmektedir.

Sunduğu fırsatların yanında internet bir taraftan terör, kumar ve çocuk istismarı gibi suçların işlenmesine, diğer yandan da başta özel hayata saygı hakkı olmak üzere birçok temel hak ve özgürlüğün ihlaline zemin hazırlayabilmektedir.

Bu noktada bireylerin hak ve özgürlükleri karşı karşıya gelebilmektedir. Özellikle ifade özgürlüğü ile kişilerin şeref ve itibarının korunması hakkı arasında bir gerilim ortaya çıkabilmektedir. Anayasa Mahkemesine göre

“Temel hak ve özgürlüklerin çatışması durumunda özgürlüklerden birinin diğerine tercih edilmesi değil, özgürlükler arasında makul bir denge kurularak her ikisinin de gerektiği ölçüde korunduğu bir yolun benimsenmesi gerekmektedir”⁵.

İnternetin bu çok yönlü boyutu -hem fırsatları hem de ciddi riskleri sunuyor olması- bir yandan onun hukuki olarak düzenlenmesini kaçınılmaz kılmakta, diğer yandan ele avuca sığmayan doğası nedeniyle bu düzenlemeyi zorlaştırmaktadır.

Anayasa Mahkemesi gerek norm denetiminde gerekse bireysel başvuruda, internet yoluyla kullanılan temel hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaları Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen kriterleri uygulayarak denetlemektedir.

Anayasal denetimde öncelikle bu sınırlamaların açık, anlaşılır ve öngörülebilir bir kanuni dayanağının olup olmadığına bakılıyor. Birçok ihlal kararı kanunilik şartı sağlanmadığı için verilmiştir. Eğer kanunilik şartı sağlanmışsa bu kez sınırlamanın başkalarının haklarını korumak gibi meşru bir amacının olup olmadığına bakılıyor.

Meşru amaç şartı da yerine getirilmişse sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ölçütü yönünden incelenmektedir. Bu ölçüt bağlamında sınırlama “zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı” karşılamaya yönelik olmalıdır. Son olarak 13. madde gereğince sınırlamanın elverişlilik, gereklilik ve orantılılık alt ilkelerini ihtiva eden ölçülülük ilkesine uygunluğu ele alınmaktadır. Gözetilen amaç bakımından elverişli, gerekli veya orantılı olmayan bir sınırlama ölçülülük ilkesine aykırılık teşkil etmektedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan bu ölçütlerden herhangi birine aykırılık bulunması durumunda norm denetiminde iptale, bireysel başvuruda ise ihlale karar verilmektedir.

Değerli Misafirler,

Söylemeye bile gerek yok ki ifade özgürlüğünün olmadığı yerde demokrasi de yoktur. İfade özgürlüğü ise çoğu kez eleştiri özgürlüğüdür. Bu anlamda eleştiri demokrasinin alametifarikasıdır.

İnsanlığın tecrübesi, eleştiriye engellemeye yönelik çabaların da beyhude olduğunu göstermiştir. Bunu en iyi anlatanlardan biri

5 AYM, E.2014/101, K.2017/142, 28/9/2017, § 49

Sokrates'tir. Sakıncalı düşüncelerinden ve bunlarla gençliği ifsat etmekten dolayı ölüm cezasına mahkûm edilen Sokrates, cezası açıklanınca şöyle der: “Başkalarının sizi eleştirmesini engellemek yerine, mümkün olduğunca daha iyi biri olmaya çalışmalısınız⁶.”

Sokrates'in uyarısı yargı kurumları için de geçerlidir. Daha önce birçok kez ifade ettiğim gibi yargı kararlarının eleştirilmesi de ifade özgürlüğü kapsamındadır. Yargı kararları, özellikle Anayasa Mahkemesi kararları kutsal metinler değildir. Eleştirilebilir, dahası eleştirilmelidir. Bundan en fazla kurumsal olarak kararları eleştirilen yargı kurumu faydalanır. Nitekim Anayasa Mahkemesi bu amaçla yıllardır kararlarımızın tartışıldığı ve eleştirildiği sempozyumlar düzenlemekte, sunulan bildirimleri *Anayasa Yargısı* dergisinde yayımlamaktadır. Bugünkü sempozyumun amacı da aynı şekilde kararlarımız konusunda katılımcıların bize ayna tutmalarını sağlamaktır.

Bununla birlikte yargı kararlarına yönelik eleştirilerin faydalı olabilmesi için asgari iki hususun önemli olduğunu düşünüyorum.

Birincisi herhangi bir metni eleştirmek için öncelikle onu okuyup anlamak gerekir. Bu, yargı kararları için de geçerlidir. Daha kararın gerekçesi bile yayımlanmadan tamamen varsayımlar üzerinden yapılan veya yayımlandıktan sonra okunmadan yöneltilen eleştiriler kamuoyunu yanlış bilgilendirme ve yönlendirme sonucunu doğurmaktadır. Kararlara yönelik bazı eleştirilerden görüyoruz ki kararlarımız okunmadan, bazen de okunduğu hâlde yeterince anlaşılmadan eleştirilmektedir. Hâlbuki sağlıklı bir eleştiri, okumayı ve okunanı doğru anlamayı gerektirmektedir. Aksi takdirde kararda söylenmeyenler, söylenmiş gibi gösterilebilmektedir.

İkinci olarak eleştirinin eleştirilenler bakımından etkili ve faydalı olabilmesi büyük ölçüde kullanılan üsluba bağlıdır. Çoğu kez “nasıl” söylediğiniz, “ne” söylediğinizin önüne geçer. Hiç şüphesiz üslup ya da ifade tarzı da ifade özgürlüğünün güvencesi altındadır. Elbette herkes dilediği üslubu tercih etmekte serbesttir. Ancak yargı kararından ziyade kararı verenlere odaklanan ve eleştiri ötesine geçen ifadelerin fayda getirmeyeceği zira eleştiriye mecrasından uzaklaştıracağı açıktır.

6 Platon, *Sokrates'in Savunması*, Çev. A. Çokona, 22. Baskı, (İstanbul: İş Bankası Yayınları, 2020), s. 60.

Esasen kullandığımız dil, kimliğimizi ve kişiliğimizi yansıtır. Mesnevi’de Mevlâna der ki:

*“İnsan, dilinin altında gizlidir. Bu dil, canın kapısına perdedir.
Bir rüzgâr perdeyi savurunca, evin içindeki sır bize âşikar olur”⁷.*

İfadeye ve tarzına yönelik tüm bu söylenenlerin internet ortamında yapılan açıklamalar, paylaşımlar ve kullanılan dil bakımından öncelikle ve özellikle geçerli olduğunu da vurgulamak isterim.

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, Anayasa’nın ve kanunların kendisine verdiği görev ve yetkiler kapsamında, Türkiye Cumhuriyeti’nin temel hak ve özgürlükleri güvenceye alan demokratik hukuk devleti niteliğini korumaya çalışıyor. Görevini en iyi şekilde yerine getirmek için de çaba gösteriyor.

Bu vesileyle buradan kamuoyuna bir çağrıda bulunmak istiyorum. Anayasa Mahkemesine katkı yapmak istiyorsanız lütfen kararlarımızı eleştirin. Eleştirileri gerçekten dikkate alıyor ve değerlendiriyoruz.

Saygıdeğer Konuklar,

Bu sempozyumun başarılı ve verimli geçmesini temenni ediyorum. Toplantıya katkı yapacak olan değerli yüksek mahkeme üyelerimize, hocalarımıza ve tüm katılımcılara şükranlarımı sunuyorum.

Anayasa Mahkemesi kararlarının tartışıldığı yeni toplantılarda buluşabilmek ümidiyle hepinize sağlık ve afiyet diliyorum.

7 Mevlânâ Celâleddin-i Rûmî, *Mesnevî-i Ma’nevî*, İkinci Defter, 842-843, Çev. D. Örs ve H. Kırılangoç, (İstanbul: Türkiye Yazma Eserler Kurumu Yayınları, 2015), s.206.

Birinci Oturum

Oturum Başkanı

Doç. Dr. İbrahim ŞAHBAZ

Yargıtay 4. Ceza Dairesi Başkanı

Konuşmacılar

Bahadır Aziz SAKİN

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
İnternet Daire Başkanı (BTK)

Dr. Mehmet Bedii KAYA

İstanbul Bilgi Üniversitesi Bilişim ve Teknoloji Hukuku
Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Ceren Sedef EREN

Anayasa Mahkemesi Raportörü



TEMEL HAKLARIN KORUNMASI BAĞLAMINDA İNTERNET AKTÖRLERİNİN SORUMLULUKLARI

Bahadır Aziz SAKİN*

ÖZET

Gelişen teknolojiler, ticaretten eğitim ve sanata, haberleşmeden sağlığa hayatın bütün alanlarında kaçınılmaz değişikliklere yol açmıştır. Nitekim bundan 20 yıl evvel hayal bile edilemeyen olgular şu an insanlığın gerçekliği hâline gelmiştir. Ancak, teknoloji ve internetin yaygınlaşması ile birlikte pozitif etkilerin yanında bir kısım negatif sonuçların da doğması söz konusu olmuştur. Siber korsanlık, veri hırsızlığı, telif hakları ihlalleri, çocukların cinsel istismarı gibi suçların internet ortamında işlenmesi karşısında birçok ülke gerçek hayatta suç olanın sanal alanda da suç olması ilkesinden hareketle kendi yasal düzenlemesini yapmaktadır. Amerika Birleşik Devletleri'nden Avrupa Birliği'ne Çin'den Avustralya'ya tüm ülkeler kendi dinamiklerini göz önünde bulundurarak internet ortamına ilişkin çeşitli adımlar atmaktadır. Türkiye de 2007 yılından beri 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlar Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun aracılığıyla internet ortamında yapılan yayınları düzenlemektedir. Bu çalışma, anılan Kanun'da tanımlanan internet aktörlerinin sorumlulukları üzerinden özgürlük ve güvenlik perspektifinden temel hakların korunmasını ele alacaktır.

Anahtar Kelimeler: İnternet, Kanun, Veri, Sosyal, İçerik

* Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu – İnternet Dairesi Başkanı

RESPONSIBILITIES INCUMBENT ON THE INTERNET ACTORS IN THE CONTEXT OF PROTECTION OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

Developing technologies have led to inevitable changes in all areas of life, from trade to education and arts, from communication to health. In fact, phenomena that could not be imagined 20 years ago have now become the reality of humanity. However, with the spread of technology and the internet, some negative consequences have emerged, as well as positive effects. In the face of crimes such as cyber piracy, data theft, copyright violations and sexual abuse of children being committed via internet, many countries make their own legal regulations based on the principle that what constitutes a crime in real life is also a crime in the virtual field. All countries including but not limited to the United States of America, the European Union countries, China and Australia have been taking various steps regarding the internet medium, considering their own dynamics. Turkey, since 2007, has been regulating the publications made available on the internet through the Law no. 5651 on the Regulation of Publications on the Internet and Prevention of Crimes Committed through Such Publications, as well. This study will deal with the protection of fundamental rights from the perspective of freedom and security on the basis of the responsibilities of internet actors defined in the aforementioned Law.

Keywords: Internet, Law, Data, Social, Content

GİRİŞ

İnternet teknolojileri, yeni bir çağın kapısını aralamıştır. Pandemi süreci, bir yandan internet kullanım kotalarını zorlarken diğer yandan internetin önemini de artırmıştır. Sosyal medya sitelerindeki beğeni butonları ve izlenme süreleri gibi veriler, bir havuzda toplanarak o ülkenin genel eğilimlerini anlamlı bir sonuca bağlamaktadır. Karşımızda, internet üzerinden kontrol edilen köle bilgisayarların ve sanal kişiliklerin oluşturulduğu bir dünya bulunmaktadır. Olumlu-olumsuz propaganda araçlarının tamamı internet alanında, özellikle de sosyal medyada kendine yer bulmaktadır. Yazılım, yani elektrona matematiksel bir dil öğretilerek kodlanan algoritmalar, aynı anda hayatın kodlarını da değiştirmeye devam etmektedir. Bu alanda geliştirilen sosyal medya yazılımları, giderek bireyselleşen insanın yalnızlığına teknolojik bir dokunuş gerçekleştirerek üzerlerindeki ilgiyi gittikçe arttırmaktadır.

Milattan önce (MÖ) 6. yüzyılda Lidyalılar, Hermos Vadisi (Manisa-Salihli) içinde yer alan ve Bozdağlar'dan gelen Paktolos Çayı (Sart Çayı) üzerindeki kayaları oyup, içine pösteki sererek bu altın tuzakları ile derelerden gelen altınları tutmayı başarmış, ilk altın parayı basmış ve büyük bir zenginliğe kavuşmuşlardı¹. Günümüzde ise geliştirilen algoritmalarla altın değerindeki veriler bir yerlerde toplanmakta ve bu veriler reklam pastasındaki paydaları değiştirmekte, tüketici eğilimlerinde, ticarete ve hatta siyasette kullanılarak rekabetin sınırlarını zorlamaktadır. İnsanlık tarihi her ne kadar avcılık ve toplayıcılık dönemini geride bırakmış olsa da çağımızda sanal altın çukurlarında, yeni bir formda veri toplayıcılığı olarak karşımıza çıkmış bulunmaktadır. Küresel olarak toplanan ve depolanan bu veriler, insanlığın geleceğini belirlemekte giderek daha çok önem kazanmaktadır.

İnternet kullanımının çoğalmasıyla birlikte bilgi sınırlarını kimsenin tahayyül edemeyeceği büyüklükte bir kuantuma (miktar) evrilmekte ve sınırsız bir çarpanla çoğalmaktadır. İyilik-kötülüğe ilişkin insanın bu düalist yönü, internet dünyasındaki kullanıcı eğilimlerine de yansımaktadır.

Muğla'nın Yatağan ilçesinde 2009 yılında yapılan kazılarda, Dünya

¹ Yükçü, S. ve Atağan, G. (2014). "Anadolu'da İlk Paranın Ayar ve Alaşımı", *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S. 7, s. 34.

tarihinin ilk imza mührü keşfedilmişti². Keşfedilen bu ilk basılı imza örneği bugün elektronik imzaya, Sümerlerin kil tabletleri ise çocuklarımızın elindeki tabletlere dönüşmüşse de insanlığın temel hakların korunması bağlamındaki tarihsel mücadelesi hiç değişmemiştir.

İnternet ortamı başta ifade hürriyeti ve haberleşme özgürlüğü olmak üzere birçok temel hak ve hürriyetin kullanılması için eşsiz bir alanı ifade etmektedir³. Mülkiyet hakları nasıl kazanımlarımızı korumakta ise ifade özgürlüğü de ilerlemeyi ve demokrasimizi korumaktadır. Gelecek, insanların ancak kendilerini rahat ve özgürce ifade edebildikleri ortamlarda inşa edilebilir.

İnsanlık, tarihî süreç ilerledikçe yeni hak kategorileriyle karşılaşmaktadır. Örneğin, İnsan Hakları Evrensel Beyanname'si'nden⁴ (İHEB) 2 yıl sonra, 1950 tarihinde İtalya'nın başkenti Roma'da imzalanan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi⁵ (AİHS), tarihî süreç içerisinde gösterdiği gelişimler nedeniyle protokol ilaveleri ile sürekli bir ilerleme ve gelişim sürdürmektedir. Örneğin, AİHS'nin imzalanmasından 13 yıl sonra "İnsan Hakları ve Ana Hürriyetlerin Korunmasına Dair Sözleşme'ye Ek ve bu Sözleşme ile İlk Ek Protokol Kapsamında Bulunanlardan Başka Diğer Bazı Hak ve Özgürlükleri Tanıyan 4 Numaralı Protokol"⁶ ile "*borç dolayısıyla özgürlükten yoksun bırakılma yasağı*" kabul edilmiştir. AİHS, bundan daha sonraki süreçlerde de protokol ilaveleri ile gelişimini sürdürmeye devam etmiş ve etmektedir. Görüldüğü üzere insan hakları alanı, ilerleme sağlandıkça gelişen ve çeşitlenen bir zemin olarak karşımıza çıkmaktadır. Tıpkı diğer hak ve özgürlüklerde olduğu gibi ifade özgürlüğünün alanı da içtihatlarla sürekli genişlemekte, buna bağlı olarak internet de bu paydadaki alanını giderek büyütülmektedir.

² Bkz. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tarihteki-ilk-imza-bulundu12300382w>. <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tarihteki-ilk-imza-bulundu-12300382> (Erişim tarihi: 23/11/2020).

³ Şen, A. F. ve Şen, Y. F. (2015). "Sosyal Medya İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Üzerine Bir Değerlendirme", *Gazi Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, s.125-126.

⁴ Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun 10/12/1948 tarih ve 217 A (III) sayılı Kararıyla ilan edilmiştir. 6/4/1949 tarih ve 9119 Sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Resmî Gazete ile yayımlanmıştır.

⁵ İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme 4/11/1950 tarihinde Roma'da kabul edilmiştir. Türkiye Cumhuriyeti 10/3/1954 tarih ve 6366 sayılı Onay Kanunu ile Sözleşme'nin onaylanmasını uygun bulmuş ve Onay Kanunu 19/3/1954 tarih ve 8662 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

⁶ Türkiye Cumhuriyeti, anılan 4 numaralı Protokolü 19/10/1992 tarihinde imzalamış ve Protokol, 21990 sayı ve 14/7/1994 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

I. İNTERNET ORTAMINA İLİŞKİN BİR KISIM VERİ

Konumuz internet olduğundan fotoğrafın daha iyi görülebilmesi adına bir kısım verilerin paylaşılması, konunun önemini daha iyi ifade edecektir. İnternet kullanımı her geçen gün artmaktadır. Buna ilişkin olarak;

Dünya üzerinde 4,57 milyar, Türkiye’de 77,4 milyon internet kullanıcısı mevcuttur⁷. Sosyal ağlar bakımından elde edilen sonuçlara göre Dünya üzerinde 3,96 milyar, Türkiye’de ise 52 milyondan fazla kişi sosyal ağları aktif olarak kullanmaktadır⁸.

Türkiye’de en çok kullanıcısı olan sosyal medya platformunu yaklaşık olarak 38 milyon kişi kullanmaktadır⁹.

Yaş grupları üzerinden yapılan bir araştırmaya göre, 13 ve üzeri yaş grubundaki sosyal medya kullanıcılarının nüfusa göre oranının dünya ortalaması %65, Türkiye ortalaması ise %79’dur¹⁰.

Dünya üzerinde, tek bir sosyal ağa 60 saniye içerisinde 13 milyon giriş yapıldığı, tek bir video izleme platformunda 4,7 milyon video izlendiği ifade edilmektedir¹¹.

Gerek internet gerekse de sosyal medya kullanımındaki bu artışlar ile birlikte maalesef kötüye kullanımın miktarı da her geçen gün artmaktadır. Tercihini pozitif içeriklerden yana kullananların sayısı, olumsuz içeriklerden yana kullananların sayısının karşısında azalmakta ve kötüye kullanım giderek yaygınlaşmaktadır.

II. BİLGİ TEKNOLOJİLERİ VE İLETİŞİM KURUMUNUN ZARARLI İÇERİKLERLE MÜCADELESİ

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu (BTK) tarafından zararlı içerikler ile mücadele kapsamında belirli hizmet ve faaliyetler yürütülmektedir. Kurumumuzun zararlı içerikler konusunda yapmış olduğu hizmetlerden bir kısmı şu şekildedir:

⁷ Bkz. <https://wearesocial.com/blog/2020/10/social-media-users-pass-the-4-billion-mark-as-global-adoption-soars> (Erişim tarihi: 23/11/2020).

⁸ Bkz. <https://wearesocial.com/blog/2020/07/more-than-half-of-the-people-on-earth-now-use-social-media> (60 numaralı slayt) (Erişim tarihi: 23/11/2020).

⁹ Bkz. <https://wearesocial.com/blog/2020/07/more-than-half-of-the-people-on-earth-now-use-social-media> (82 Numaralı slayt) (Erişim tarihi: 23/11/2020).

¹⁰ Bkz. <https://wearesocial.com/blog/2020/07/more-than-half-of-the-people-on-earth-now-use-social-media> (63 numaralı slayt) (Erişim tarihi: 23/11/2020).

¹¹ Bkz. <https://wearesocial.com/blog/2020/07/more-than-half-of-the-people-on-earth-now-use-social-media> (Erişim tarihi: 23/11/2020).

Kurumumuz, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un 8'inci maddesinin birinci fıkrasında yer alan "kumar oynanması için yer ve imkân sağlama (TCK m. 228), uyuşturucu veya uyarıcı madde kullanılmasını kolaylaştırma (TCK m. 190), intihara yönlendirme (TCK m. 84)" gibi her biri TCK'da karşılığı olan 9 ayrı suç ve 5816 sayılı Atatürk Aleyhine İşlenen Suçlar Hakkında Kanun'da yer alan suç gibi özel kanunlarda yer alan bir kısım suçlar hakkında ihbar almakta ve bu suçlarla mücadele etmektedir. BTK tarafından verilen erişimin engellenmesi kararları ağırlıklı olarak çocukların cinsel istismarı, müstehcenlik, fuhuş ve kumar suçlarına ilişkin olup Ağustos 2020 itibarıyla bugüne kadar tedbir uygulanan bu suçlar, toplam engelleme oranları içinde %99,62'lik bir orana tekabül etmektedir¹².

BTK, çocukların cinsel istismarına karşı mücadele eden Uluslararası İnternet İhbarlar Merkezleri Birliği (INHOPE) üyesidir. Birlik üyeleri arasında başta ABD, Avustralya ve Avrupa Birliği (AB) ülkeleri olmak üzere 42 ülke bulunmakta olup birliğin bu ülkelerde faaliyet gösteren 46 ihbar merkezi bulunmaktadır¹³.

BTK'nın ücretsiz bir hizmeti olan güvenli internet hizmetinden (GİH: Güvenli Çocuk ve Güvenli Aile Hizmeti) yaklaşık 7,3 milyon abone faydalanmakta olup, çocuklarımız ve gençlerimiz internet üzerinden gelebilecek zararlı içerik ve etkilerden korunmaktadır¹⁴. BTK, İnternet Daire Başkanlığımız bünyesinde faaliyet gösteren "Güvenli İnternet Merkezimiz" interaktif ve dijital ortamdaki faaliyetleriyle yüzbinlerce gencimize internetin güvenli ve bilinçli kullanımı konusunda hizmet vermektedir.

BTK aynı zamanda bir regülasyon kurumu olarak diğer kurumların internet alanındaki regülatif çalışmalara da destek vermektedir. Kurumumuz bünyesinde gösterilen örnek faaliyetler dışında yürütülen başkaca faaliyetler de mevcuttur. Kurumumuz düzenleyici Kurum olarak internete yönelik düzenlemeler de yapmaktadır. İnternete özgü düzenlemeler yapan tek ülke Türkiye de değildir. Amerika'dan Avrupa'ya, Brezilya'dan Hindistan'a kadar dünyanın her yerinde internet ortamına

¹² Bkz. <https://www.guvenliweb.org.tr/dosya/brEi5.pdf> (Erişim tarihi: 23/11/2020).

¹³ Bkz. <https://www.inhope.org/EN/the-facts> (Erişim tarihi: 23/11/2020).

¹⁴ Bkz. <https://internet.btk.gov.tr/guvenli-internet-hizmeti> (Erişim tarihi: 23/11/2020).

yönelik spesifik düzenlemeler yapılmaktadır¹⁵. İnternet ortamının düzenlenmemesi ve herkesin istediği gibi hareket edebileceği bir ortam olduğunu iddia eden devletler bile zaman içerisinde bu düşüncenin oldukça yanlış ve zaman zaman telafisi mümkün olmayan sonuçlar doğurduğunu görmüştür. Ülkemizde, internetin düzenlendiği temel kanun olan 5651 sayılı Kanun 2007 yılında yürürlüğe girmiştir. Teknolojideki değişimler ve uygulamada karşılaşılan sorunlar göz önünde bulundurularak 5651 sayılı Kanun'da zamanla çeşitli değişiklikler yapılmış ve en son olarak da 29/7/2020 tarihinde 7253 sayılı Kanun ile değişiklikler yapılmıştır. 7253 sayılı Kanun¹⁶ ile yapılan değişiklikler aşağıda ayrıca ifade edilmeye çalışılacaktır.

A. İÇERİĞİN ÇIKARILMASI

5651 sayılı Kanun'un 9'uncu maddesi ile koruma altına alınan kişilik hakları, bağımsız ve hür bir birey olarak insan varlığının önemli bir parçasıdır¹⁷. Kişiyi yaşadığı toplumda soyutlanmaya itecek, küçük düşürecek, haysiyet cellatlığı içeren her türlü saldırı, kişilik haklarına yönelik ihlal ve müdahale kapsamındadır. 5651 sayılı Kanun'un, 7253 sayılı Kanun ile değiştirilmeden önceki hâlinde sadece "erişim engellenmesi" kararı verilmesi mümkünken 7253 sayılı Kanun'un 5'inci maddesiyle 5651 sayılı Kanun'un 9'uncu madde uygulaması genişletilerek hâkimin "içeriğin çıkarılması" kararını da verebilmesi şeklinde değişiklik yapılmıştır. Barındırılan içeriğin, "HTTPS"¹⁸ protokolü ile şifreli yayınlar olmasından dolayı teknik olarak engellenememesi nedeniyle yayını devam ettirenlere karşı bugüne kadar hâkimlik kararından netice alamayan mağdurlar,

¹⁵ Özellikle internette işlenen suçlar yönünden düzenleme faaliyetlerine ihtiyaç duyulduğu bilinmektedir. Örneğin, çocukların cinsel istismarı suçuna tüm devletler hassasiyetle yaklaşmaktadır (KAYA, B. (2009). "Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi", İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, s. 52 vd.).

¹⁶ 29/7/2020 tarihinde kabul edilen 7253 sayılı "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun" 31202 sayı ve 31/7/2020 tarihli Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

¹⁷ 5651 sayılı Kanun'un "İçeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi" başlıklı 9'uncu maddesinin ilk fıkrasına göre "İnternet ortamında yapılan yayım içeriği nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşlar, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebileceği gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğin çıkarılmasını vefveya erişimin engellenmesini de isteyebilir."

¹⁸ "HTTPS" protokolü ve teknik sorunlar hakkında bkz. aşağıda. "III. HUKUKİ VE TEKNİK SORUNLAR".

yapılan bu düzenleme ile korunmuş olmaktadır. Ne var ki içerik çıkarmaya yönelik gerçek sonuçların, ancak şifreli protokollerle yayın yapanların içerik çıkarma yükümlülüğünü yerine getirmeleri hâlinde elde edilebileceği bilinmelidir.

B. ÖZEL TEBLİGAT DÜZENLEMESİ

7253 sayılı Kanun'un 2'nci maddesiyle değiştirilen 5651 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre, yurt dışında bulunan internet aktörlerine tebligatta yaşanan sorunların önüne geçilebilmesi amacıyla günümüz global dünya yapısına ve internet ortamının dinamizmine uygun olarak özel elektronik tebliğ usulü getirilmiştir¹⁹.

C. SOSYAL MEDYA DÜZENLEMESİ

7253 sayılı Kanun, toplumda “*Sosyal Medya Yasası*” olarak anılır olmuştur²⁰. Gerçekten de 7253 sayılı Kanun ile 5651 sayılı Kanun'da yapılan düzenlemeler, sosyal medya düzenlemelerine ilişkin detaylı hükümler getirmiştir. Yapılan bu değişikliklerle sosyal medyaya diğer birçok ülkede olduğu gibi temsilci belirleme ve vatandaşlarımızdan gelen taleplerin karşılanması noktasında yükümlülükler getirilmiştir²¹.

Sosyal medyanın sahte hesaplar üzerinden kendini gizleme imkânı vermesi nedeniyle vatandaşlarımız bu ağlar üzerinden tacize, iftiraya, itibar suikastlarına uğramakta ancak ülkemizde sosyal ağlara başvuracakları hiçbir muhatap bulamamaktadırlar. Siber zorbalığa uğradıklarından dolayı birçok gencimiz psikolojik sorunlar yaşamakta, içerikleri şikâyet etmelerine karşı içeriklerin çıkartılmaması nedeniyle intihara sürüklenme olayları ile de karşılaşmakta, sosyal ağlar üzerinden fikrî ve sınai hakları zedelenen binlerce girişimci ve sanatçı bu haklarını koruma noktasında çözümsüz kalmaktadırlar.

Sosyal ağ düzenlemesiyle sosyal ağlara, vatandaşların kişilik hakları ve özel hayata ilişkin başvurularına 48 saat içinde geri dönüş yapmaları

¹⁹ 5651 sayılı Kanun'un 3'üncü maddesinin beşinci fıkrasına göre “*Bu Kanun kapsamında verilen idari para cezaları, muhatabın yurt dışında bulunması hâlinde Kurum tarafından doğrudan muhataba üçüncü fıkradaki usulle de bildirilebilir. Bu bildirim 11/2/1959 tarihli ve 7201 sayılı Tebliğat Kanunu'na göre yapılan tebligat hükmündedir. Bu bildirim yapıldığı tarihi izleyen beşinci günün sonunda tebligat yapılmış sayılır.*”

²⁰ Bkz. <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/sosyal-medyada-yeni-donem-basladi/1991916> (Erişim tarihi: 23/11/2020).

²¹ Sosyal ağ sağlayıcıları ve temsilcilerine yönelik yükümlülükler hakkında bkz. 5651 sayılı Kanun, ek madde 4.

kuralı getirilerek mağduriyetlere karşı hızlı aksiyon alınması amaçlanmış, sosyal ağların mağdurlar için dijital bir nekropol²² haline gelmesine mâni olunmaya çalışılmıştır.

7253 sayılı Kanun ile getirilen düzenlemelerin temelinde, mağdur vatandaşlarımızla sosyal ağlar arasında nitelikli bir ilişki kurulmaya zorlama, buna rağmen vatandaşlarımızla kaliteli bir ilişki kurma konusunda bir adım atılmazsa karşılıklılığı sağlamak üzere eşgüdümsel olarak en son aşama olan beşinci aşamada yayın kalitesini azaltma şeklinde bir yaptırım formülasyonu söz konusudur²³. Buna karşılık, sosyal ağ sağlayıcı tarafından temsilci bulundurmama nedeniyle erişimin tamamen engellenmesi söz konusu değildir.

Türkiye Büyük Millet Meclisi (TBMM) tarafından kabul edilen bu düzenlemedeki gerekçeler incelendiğinde, öncelikle ortada ötelenmeyecek bir sorun olduğu gerçeğinden yola çıkıldığı görülmektedir. Bu son düzenlemeyi, “sorunu yok” sayarak görmezden gelmek, “bırakınız yapsınlar, bırakınız geçsinler” mantığıyla kendi hâline bırakmak yerine, millet iradesi adına bir çözüm arayışı bulma olarak değerlendiriyor, çözümün taraflarından birinin bu konuda bir adım atmaya yanaşmaması karşısında, onu adım atmaya zorlamaktan başka bir niyetle değerlendirmenin son derece yanlış olduğuna inanıyoruz.

Nitekim 5651 sayılı Kanun’da yapılan değişiklik incelendiğinde, 31 Temmuz 2020 tarihinde Resmî Gazete’de yayınlanan 7253 sayılı Kanun’un, sosyal ağlara ilişkin temsilci bulundurma yükümlülüğü konusundaki yürürlük maddesinin yayın tarihi olan 31 Temmuz’dan sonraya, 1 Ekim 2020 tarihine ötelemiş olması ve temsilci bulundurma için 1 Ekim sonrasına ek bir aylık süre verilmesi; vatandaş başvurularının cevaplandırma yükümlülüğününün 1 Ocak 2021 tarihinde; raporlama yükümlülüğününün ise Haziran 2021 tarihinde yürürlüğe girmesi gibi hususların tamamı, Meclis iradesinin bu ağları tasfiye etme amacı gütmeyeceğinin, muhataplık için iyi niyetli bir süre fırsatı verme hedefini amaçladığının açık karineleridir. Kanunun yapılış tekniği ayrıntılı incelendiğinde beş aşamalı bir yaptırım düzeninin olmasında da bu hedef açıkça görülmekte, amacın ifade özgürlüğününün en önemli alanlarından biri olan bu yayınlara herhangi bir

²² Nekropol, arkeolojik şehirlerde mezarlıkların ve toplu mezar yerlerinin bulunduğu bölgeye verilen isimdir (<https://tr.wikipedia.org/wiki/Nekropol> (Erişim tarihi: 23/11/2020)).

²³ Bkz. 7253 sayılı Kanun’un 6’ncı maddesiyle 5651 sayılı Kanun’a eklenen ek 4’üncü madde.

kısıtlama getirme değil bugüne kadar oluşan zafiyetleri ortadan kaldırmak olduğu anlaşılmaktadır.

Yapılan yasal düzenlemeler neticesinde, kapsama giren sosyal ağ sağlayıcıların ülkemizde temsilci bulunduracaklarına inanıyoruz. Ancak Kanun'un uygulanması gereği aksi olur da birtakım yaptırımlar doğacaksa bu ağların Meclisin verdiği bu süre fırsatlarını neden değerlendirmeye almadıkları, Almanya ve diğer dünya ülkelerinde bu düzenlemelere uymalarına rağmen Türkiye'de neden düzenlemeye uymadıkları sorularının cevaplandırılması gerektiğini şimdiden belirtmek isteriz.

III. HUKUKİ VE TEKNİK SORUNLAR

Sosyal ağların tamamı "HTTPS" olarak bilinen kriptolu (şifreli) yayın yapmaktadır. Kriptolu (şifreli) yayınlarda, sayfa bazlı engelleme yapmak teknik olarak mümkün değildir. Bundan dolayı yasadışı içeriklerin çıkarılması, ilgili sosyal ağ sağlayıcıların tamamen kendi inisiyatiflerine kalmaktadır.

Burada son derece problemlili ve tartışmalı bir alanla karşı karşıya kalıyoruz. Bir yanda ağır kişilik hakları ihlaline uğramış ve uğramakta olan bir birey, öte yanda ihlalin gerçekleştiği platform ve vatandaşın hâkimden koruma tedbirlerinin uygulanması istemi; yani Devlet... Kriptolu yayın nedeniyle içeriğin teknik olarak sayfa bazlı engellenememesi durumlarında zaman zaman son çare prensibinin uygulanması neticesinde genel erişim engelleme kararları nedeniyle tartışmaların yaşandığını görüyoruz²⁴. Şimdiye kadar verilen kararlarda, yukarıda üç unsur olarak sayılan bileşenlerden vatandaş mağduriyeti üzerinde durulmamış olması, platformların sorumlulukları tartışmasına girilmemesi hususunu karar vericilerin dikkatine sunmak gerekir. Şifreli yayın yapan internet aktörlerinin teknik olarak erişimin engellenememesi nedeniyle yükümlülüklerini yerine getirmeme tutumu hukuka saygı tutumu ile yer değiştirmeli ve verilecek kararlarda bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi bir tür kusur sorumluluğu olarak değerlendirmeye alınmalıdır.

Uygulamalarda orantılılık ilkesi elbette korunmalıdır. Ne var ki bu ilkenin korunmasında, ihlal bildirimleri ve hâkimlik kararları gereğince sosyal ağ platformlarının mağduriyetleri bir an önce giderme yükümlülüğü de gözden kaçırılmamalıdır. Kararlarda, içeriği çıkarmakla

²⁴ "Wikipedia"ni erişime engellenmesi örneğinde olduğu gibi.

yükümlü olan ticari şirketlere kanuni yükümlülükleri hatırlatılmalıdır. Bu yükümlülüğün tavsiye niteliğinde dahi olsa kararlarda yer almasının yapıcı bir öneri olduğu kanaatindeyiz. Bu bağlamda, bu metni değerlendirecek sayın araştırmacılara ve hukuki karar vericilere sosyal ağların teknik olarak yer sağlayıcı kabul edildiklerini ve bu kapsamda yer sağlayıcıların sorumluluklarına ilişkin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) 16/6/2015 tarihli “*Delfi AS/Estonya*”²⁵ kararının emsal olarak incelenmesinde fayda gördüğümüzü ifade etmek isteriz.

İnternet alanında orantılılığın korunması ancak doğru bir muhataplık, karşılıklı iş birliği ve hukuki kararlara saygı ile mümkündür. Muhataplık ilişkisi kurmayan, iş birliğine yanaşmayan, hukuki kararları yok sayan bir kısım sosyal ağ platformlarının yükümlülüklerine ilişkin herhangi bir değerlendirme yapılmadan verilen kararlar, emsal birikimleri nedeniyle bu negatif durumun gittikçe pervasızlık boyutuna dönüşmesine sebep olmakta, mağduriyet yaşayan vatandaşlarımızı ağır ve derin bir sahipsizlik duygusuna itmektedir. Öte yandan geçen yıllarda ortaya çıkan ve çok ciddi veri ihlalleri nedeniyle gündeme gelen bir kısım sosyal ağlar, ülkemiz vatandaşlarının ne kadar veri ihlaline uğradıklarına ilişkin sorularımıza cevap verememiştir. İhlal edilen verilerin siyasi manipülasyonlarda kullanılmasının demokratik kazanımlarımıza zarar vereceği açıktır ve maalesef elimizde bu konuda bir veri yoktur çünkü bir muhatabımız bulunmamaktadır.

Burada ifade edilmesi gereken bir diğer husus, insanlığın ortak sorunu olan terör konusunda bir kısım sosyal medya aktörlerinin çifte standart uygulamalarıdır. Bu türlü çifte standartların ülkemiz açısından kabulü mümkün değildir. Hâkimlik kararlarının kendilerine bildirimine rağmen terör içeriklerinin yayınlanmaya devam edilmesinin bir tür ifade özgürlüğü olarak değerlendirilmeyeceği son derece açıktır.

AİHS’in 10’uncu maddesinin ikinci fıkrasında, ifade özgürlüğünün istisnaları belirtilmiştir. Bu istisna kapsamındaki içeriklerin konu edildiği yaklaşık 1600 hâkimlik kararı, ülkemizde hizmet veren bir kısım sosyal ağlar tarafından uygulanmamıştır. Terör unsurlarının sabotaj, saldırı gibi yayınları nedeniyle verilmiş olan bu hâkimlik kararlarının ısrarla uygulanmamasının şirket politikalarının hangi yönüyle telif edildiği ise bizce meçhuldür.

²⁵ Bkz. *Delfi AS/Estonya*, B. No: 64569/09, 16/6/2015.

Bununla birlikte, istisnai de olsa sosyal ağlar tarafından uygulanan hâkimlik kararları da olmakla birlikte, sosyal ağlar tarafından kısa sürede aksiyon alınmadığı için yasadışı içerikler internet ortamının çarpan etkisiyle hızla yayılabilmekte ve beklenen fayda gerçekleşmemektedir. Buradaki temel zafiyet sebebinin sağlıklı bir iletişimin olmayışı, temsilci bulundurulmayışı olduğunu da dikkatlerinize sunmak isteriz.

Burada ifade edilmesi gereken son husus, insan hakları ve ifade özgürlüğü konusunda özellikle batı ülkelerindeki ilerlemeye paralel olarak sosyal ağların bu ülkelerdeki iş birliği mekanizmalarında da ilerlemelerin olduğu gerçeğidir. Sosyal ağlar, temsilci bulundurdukları ülkelerde ifade özgürlüğü bağlamında gelen hukuki kararlara ve özellikle kişilik hakları konusundaki vatandaş taleplerine uyduklarından buralarda sorun büyük ölçüde çözümlenmektedir. Buna karşılık, aynı sosyal ağlar bire bir benzer ihlallere karşı Türkiye’de muhatap bulundurmamışlarından aynı kısa sürelerde veya hiç sonuç alınmamaktadır. Dolayısıyla AİHM kararları yerel davalarda emsal alınırken karar bütünü içinde bu ağların Türkiye’de iş birliği mekanizmalarının bulunmadığı hususunun göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Bu nedenle AİHM içtihatlarına metinsel olarak uygun kararlar sorunları çözmede yetersiz kalmaktadır. AİHM içtihatlarını kararlara emsal alırken ilgili aktörlerin ülkemizdeki iş birliği mekanizmalarının ne seviyede olduğu da nazara alınmalıdır.

SONUÇ

Sonuç olarak internet, hızlı ve değişken yapısı nedeniyle özel hayat ve kişilik haklarının yanı sıra millî güvenlik anlamında da sonuçlar doğurmakta, sosyal medya üzerinden gelişecek kitlesel hareketler, manipülatif etki alanlarının çabuk sonuç vermesi, bilgi kirliliği ve provokasyonların sanal ortamda yer bulmasıyla kamusal anlamda ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Küresel anlamda ülkelerin ortak bir hukuki düzenlemelerinin bulunmayışı, ülkelerin siyasal olaylara bakışlarının farklı olması özellikle terör örgütlerinin büyük bir boşluk bulmasına ve örgütlerin eleman kazanmasına sebep olmakta, sosyal medya aktörlerinin özdenetim mekanizmalarındaki zaafılar terör propagandasının yaygınlaşmasına neden olabilmektedir. İnternet trafiğinin hızla “HTTPS” trafiğine dönüşmesi de dikkate alındığında, internet aktörlerinden içerik ve yer sağlayıcıların temel hakların korunması bağlamında birincil derecede sorumlu olduklarının bir kez daha vurgulanması gereği hasıl olmuştur.

Bugüne kadar devam eden ve muhataplığın olmadığı sentetik bir ilişki biçimiyle yürütölmeye çalışılan “iş birliğimsi” süreç sürdürülebilir değildir. Yapılan son düzenleme de bunun sürgit devam etmeyeceğini ortaya koymuştur.

5651 sayılı yasa, internetin dinamizmi karşısında değişimleriyle birlikte sürekli yenilenerek vatandaşlarımızı zararlı etkilere karşı korumaktadır. Son değişikliklerle bu koruma alanında önemli bir adım atılmıştır. Sürekli yenilenme ihtiyacı duyulan bu alanda oluşabilecek sorunların, yerinde düzenlemelerin yanı sıra internet aktörlerince ülkesel kast sistemleri oluşturulmadan, vatandaşlık farkı gözetmeden, eşit, şeffaf, hızlı ve doğrusal bir ilişki biçimi kurmalarıyla çözülebileceğine inanıyoruz.

KAYNAKÇA

YÜKÇÜ, Süleyman; **ATAĞAN**, Gülşah (2014). Anadolu'da İlk Paranın Ayar ve Alaşımı, *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, S.7, s.28-48.

ŞEN, A. Fulya; **ŞEN**, Y. Furkan (2015). Sosyal Medya İletişim Hakkı ve İfade Özgürlüğü Üzerine Bir Değerlendirme, *Gazi Üniversitesi İdari ve İktisadi Bilimler Fakültesi Dergisi*, C. 17, S. 2, s.122-136.

KAYA, M. Bedii (2009). Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta İnternet Erişiminin Engellenmesi, *İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi*.

ELEKTRONİK AĞ ADRESLERİ*

- <https://www.hurriyet.com.tr/gundem/tarihteki-ilk-imza-bulundu-12300382>
- <https://www.aa.com.tr/tr/bilim-teknoloji/sosyal-medyada-yeni-donem-basladi/1991916>
- <https://tr.wikipedia.org/wiki/Nekropol>
- <https://wearesocial.com/blog/2020/10/social-media-users-pass-the-4-billion-mark-as-global-adoption-soars>
- <https://www.guvenliweb.org.tr/dosya/brEi5.pdf>
- <https://www.inhope.org/EN/the-facts>
- <https://internet.btk.gov.tr/guvenli-internet-hizmeti>

(*) Bu bölümde yer alan elektronik ağ adreslerinin tamamının güncelliği 25/11/2020 tarihinde tekrar erişilmek suretiyle teyit edilmiştir.

**İNSAN HAKLARI EKSENİNDE İNTERNETİN KONTROLÜ VE
HUKUKİ SORUMLULUK REJİMİ**

*The Control of the Internet and Legal Liability Rules in the Context of
Human Rights*

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii KAYA*

* Yazar sunumunu makale olarak dergimize göndermiş olup, sunum hakemli makaleler kısmında ss. 159-204 arasında yayınlanmıştır



İNTERNETE ERİŞİMİN ENGELLENMESİ UYGULAMASI HAKKINDA ANAYASA MAHKEMESİ İÇTİHADİ

Ceren Sedef EREN*

ÖZET

Anayasa Mahkemesinin, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan bireysel başvurularda en çok karşılaştığı sorunlardan biri internete erişimin engellenmesi uygulamaları ile ilgilidir. İfade özgürlüğünün karşısında özellikle şeref ve itibarın korunması hakkı olmak üzere başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ya da kamu düzeni ve milli güvenlik gibi değerlerin bulunduğu ve adil bir denge kurulması gereken bu uyuşmazlıklar, internetin kullanım alanlarının da genişlemesiyle ifade özgürlüğü kapsamında önemli başlıklardan biri haline gelmiştir. Bu çalışmada da Anayasa Mahkemesinin internete erişimin engellenmesi uygulamalarıyla ilgili uyuşmazlıklarda adil bir denge kurulmasına ilişkin içtihadı özet olarak sunulmuştur.

TURKISH CONSTITUTIONAL COURT'S CASE-LAW ON ACCESS- BLOCKING TO INTERNET

ABSTRACT

One of the most common problems that the Constitutional Court faces in the individual applications involving the alleged violations of the freedom of expression is regarding the procedure on blocking access to internet. These kinds of conflicts that necessitate to strike a fair balance between the freedom of expression and protecting others' rights - especially the right to protection of honour and reputation – or maintenance of public order and national security, have become a significant issue in the context of freedom of expression, also due to the expanded use of the internet. Accordingly, in this study, a brief overview is provided concerning the case-law of the Constitutional Court on the procedure on blocking access to internet.

* Anayasa Mahkemesi Raportörü

İçinde bulunduğumuz dijital çağda, bir yandan internet gibi gelişmeler sayesinde her türlü bilgiye ulaşım geçtiğimiz yüzyıllarla kıyas kabul etmeyecek bir hıza ve kapasiteye ulaşmış, bir yandan da bu nedenle hukukla düzenlenmesi ve çözümlenmesi gereken çok boyutlu bir teknolojik alan ortaya çıkmıştır. Tabii bu durum, adil bir düzen sağlayabilmeleri ve çıkan uyuşmazlıkları hakkaniyete uygun bir biçimde çözebilmeleri için kural koyucular ve uygulayıcılar yönünden, bu alana fonksiyonlarını yerine getirebilecekleri kadar hâkim olma ve teknolojik gelişmeleri takip etme yükümlülüğü şeklindeki zorlukları da beraberinde getirmiştir. Bu bağlamda bugün sizlere Anayasal hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğine karar verme temel işleviyle öngörülen ve 8. yıldönümünde bulunduğumuz bireysel başvuru yolunda, internete erişim ve ifade özgürlüğüyle ilgili Anayasa Mahkemesi içtihadının özet olarak bir görünümünü sunmaya çalışacağım.

Gerek hız gerek hacim yönünden geleneksel medya ve basın kuruluşlarından çok daha ileride ve ulusal sınırları aşan bir bilgi paylaşma kapasitesi bulunması, diğer kitle iletişim araçlarından farklı olarak bilgi verme işlevinin yalnızca maliyetini karşılayabilen ve uzmanlaşmış çevrelerce üstlenilmesini gerektirmemesi, ayrıca değişim ve gelişiminin çok süratli olması nedenleriyle internet alanının hukuk tarafından düzenlenmesi oldukça güç bir iştir. Bu konuda ulusal hukukumuzda ilgili esas mevzuat 4/5/2007 tarihli ve 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'dur. İfade özgürlüğü bağlamında bireysel başvuru yolunda uygulamasından en çok şikâyet edilen hükümler de anılan Kanun'un erişimin engellenmesine ilişkin 8/A ve 9. maddeleri olmaktadır.

Anayasa Mahkemesinin internete erişimin engellenmesinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiği şikâyeti kapsamında esastan incelediği ilk kararlar, "*Twitter*" ve "*Youtube*" isimli sosyal medya platformlarına erişimin tamamen engellenmesiyle ilgili *Yaman Akdeniz ve diğerleri* (B. No: 2014/3986, 2/4/2014) kararı ile *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* [GK] (B. No: 2014/4705, 29/5/2014) kararıdır. *Yaman Akdeniz ve diğerleri* kararında, belli içeriklerin siteden kaldırılmasına dair yargı kararları "*Twitter*" sitesinin yurtdışındaki merkezine gönderilmiş olmasına rağmen söz konusu site yöneticilerinin bu konuda hiçbir adım atmadıkları belirtilerek olayın gerçekleştiği zamanda yetkili

idari kurum olan Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından siteye erişimin tamamen engellenmesinin ifade özgürlüğünü ihlal edip etmediği incelenmiştir. *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri* kararında ise Atatürk'e hakaret niteliğindeki içeriklerin kaldırılmasına dair yargı kararları gerekçe gösterilerek yine Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı tarafından 5651 sayılı Kanun'un 8. maddesi uyarınca *Youtube* sitesine erişimin tümüyle engellenmesi ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir. Başvuru konusu olayların gerçekleştiği dönem, henüz idareye belli şartlar dahilinde bir internet sitesine tamamen erişimi engelleme yetkisi veren 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi yürürlüğe girmemiştir. Bu nedenle bu kararlarda Anayasa Mahkemesinin incelemesi, başvuru konusu müdahalelerin Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen kanunilik şartını karşılamadığı değerlendirmesiyle sınırlı kalmıştır. Nitekim derece mahkemelerinin kararlarında yalnızca sakıncalı olduğu değerlendirilen içeriklere erişimin engellenmesine hükmedilmiş ve Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı doğrudan kendisi internet sitelerine erişimi tümüyle engellemiş olmasına rağmen o dönem 5651 sayılı Kanun'da ya da başka bir mevzuatta anılan kuruma bu yetkiyi veren bir kural da öngörülmemiştir (*Yaman Akdeniz ve diğerleri*, §§ 46-49; *Youtube Llc Corporation Service Company ve diğerleri*, §§ 62-64).

Anayasa Mahkemesi daha sonra *Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş. [GK]* (B. No: 2013/2623, 11/11/2015) kararında, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca kişilik haklarına saldırıda bulunduğu gerekçesiyle bir internet haber sitesinde yer alan habere erişimin engellenmesine dair yargı kararının basın özgürlüğünü ihlal edip etmediğini incelemiştir. Söz konusu haberde sermayesi halka açık bir şirketin hisse fiyatlarındaki azalmaların şüpheli olduğu ifade edilmiş ve bu konuda bazı değerlendirmeler yapılmıştır. Basın özgürlüğü ile başkalarının kişilik hakları arasında kurulması gereken dengeye ilişkin olarak kabul ettiği ilkeleri dikkate alan Mahkeme sonuç olarak hisseleri halka arz edilmiş olan şirket ile aracılık hizmetleri yapan diğer bir şirkete ilişkin iddia ve değerlendirmelerin toplumu yakından ilgilendiren ve kamu yararı bulunan ticari ifadeler olduğuna ve bu nedenle başvuru konusu erişim engelleme kararının demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olmadığına karar vermiştir (*Medya Gündem Dijital Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 42-64).

Anayasa Mahkemesinin, 5651 sayılı Kanun'da internet içeriklerine erişimin engellenmesine dair öngörülen sistemi bir bütün olarak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirdiği ilk karar ise *Ali Kıdık* (B. No: 2014/5552, 26/10/2017) kararıdır. Anılan kararda başvuru, sahibi olduğu internet haber sitesinde dönemin Türk Hava Kurumu başkanı hakkında beş ayrı yazı yayımlamıştır. Yazılarda genel olarak kurumun kötü yönetildiği, kurumu zarara uğratabilecek politikalar izlendiği ve bazı kişilere haksız kazanç sağlandığı, ayrıca kadroların kurum başkanına yakın kişiler tarafından doldurulduğu iddialarına yer verilmiştir. Kurum başkanının, kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla talep etmesi üzerine hakkındaki yazılara erişim 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca mahkeme kararıyla engellenmiştir (*Ali Kıdık*, §§ 9-19). Anayasa Mahkemesi bu kararda, daha önce ifade ve basın özgürlüğüne dair kabul ettiği ilkeler yanında 5651 Sayılı Kanun'un 9. maddesine dayanan erişimin engellenmesi usulü hakkında bazı tespitlerde bulunmuştur.

- 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca internet ortamında yapılan yayın nedeniyle kişilik haklarının ihlal edildiğini iddia eden gerçek ve tüzel kişiler içerik sağlayıcısına, buna ulaşamamaları hâlinde yer sağlayıcısına başvurarak uyarı yöntemi ile içeriğin yayından çıkarılmasını isteyebilecekleri gibi doğrudan sulh ceza hâkimine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini de talep edebilmektedir. Bu talebi alan hâkim, yirmi dört saat içinde talep hakkında duruşma yapmaksızın bir karar vermek zorundadır. Anayasa Mahkemesi öncelikle, internet ortamında işlenen suçlarla mücadelenin daha etkin yapılması, ayrıca özel hayatın ve kişilik haklarının hızlı ve etkili bir şekilde korunması ihtiyacı nedeniyle genel dava veya savcılığa şikâyet usulü yanında öngörülmüş özel ve hızlı bir yol olan 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesi uyarınca erişimin engellenmesi kararının bir koruma tedbiri niteliğinde bulunduğu açık olduğunu kabul etmiştir (*Ali Kıdık*, §§ 55,56).
- Mahkeme daha sonra, uygulandığı an itibarıyla henüz hakkında hüküm verilmemiş kişilerin temel bir hakkını sınırlayan ve hukuka uygun olup olmadığının tespiti ancak tesis edilecek bir hükümde tedbirin dayandığı olgu ve hukuki kanaatin yerinde olduğunun ortaya konması ile mümkün olan koruma tedbiri şeklindeki erişim engelleme kararı ardından bir soruşturma açılıp açılmayacağını belirsiz olduğunu belirtmiş, soruşturma açılmadığı takdirde erişim

engelleme tedbirinin internet kullanıcılarını söz konusu içeriğe belirsiz bir süreyle ulaştırmaktan alıkoymağını ifade etmiştir (*Ali Kıdık*, §§ 57, 58).

- Bu sistemde sulh ceza hâkiminin yalnızca talep sahibinin sunduğu evrak üzerinden inceleme yapması nedeniyle ilgili yayın organı ve sorumlular yapılan başvurudan haberdar olamamaktadır. Ayrıca aleyhlerine erişimin engellenmesi talep edilen ilgililer duruşma açılmayacağı için çekişmeli davalardaki gibi duruşmada hazır bulunamamakta, hâkim de kararını yirmi dört saat içinde vermek zorunda olduğu için karşı tarafa tebligatta bulunup diyeceklerini yazılı olarak sunmasını karşı taraftan isteyememektedir. Sonuç olarak Mahkeme, çekişmesiz bir yargı yolu olduğundan karardan olumsuz etkilenecek olan tarafın silahların eşitliği ilkesinden faydalanamadığını, talepte bulunanın iddialarına karşı delil sunmak da dâhil olmak üzere savunmalarını ortaya koymak için makul ve kabul edilebilir olanaklara sahip olmadığını belirtmiştir (*Ali Kıdık*, §§ 60, 61).

5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen yola ilişkin anılan tespitleri yapan Anayasa Mahkemesi, bu nedenlerle internet yayınına erişimin engellenmesi tedbirinin haklılığının ancak bir görünüşte haklılık veya *ilk bakışta (prima facie) haklılık* olarak nitelendirilebileceğini kabul etmiştir. *İlk bakışta haklılık* ilkesi uyarınca bu usulün ancak bir kimsenin mahrem görüntülerinin yayımlanması gibi internet yayınınun kişilik haklarını apaçık bir şekilde ihlal ettiğinin daha ilk bakışta anlaşıldığı istisnai durumlarda işletilebileceğini de eklemiştir (*Ali Kıdık*, § 62).

Mahkeme, ilk bakışta haklılık ilkesinin işletilemediği durumlarda şeref ve itibara yapılan müdahalelerle ilgili başvurulabilecek diğer hukuki yollara ilişkin bir değerlendirme de yapmıştır. Özel hukuk davaları yoluyla müdahalenin önlenmesi, durdurulması, müdahalenin hukuka aykırılığının saptanması, mahkemenin alacağı kararın veya cevap ve düzeltme metninin yayımlanması ya da üçüncü kişilere bildirilmesi istenebileceği gibi maddi veya manevi tazminat davaları açılabilirliği ve gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde zararın önlenmesi için gereken tedbirlere karar verilmesinin talep edilebileceğini belirtmiştir. Bunun dışında suç oluşturduğu düşünülen içeriklerle ilgili Cumhuriyet Savcılıklarına şikâyet yolunun kullanılabilirliğini de ifade etmiştir.

Öte yandan ilk bakışta haklılık ilkesi uyarınca verilmiş kararlar normal bir dava için maddi anlamda kesin hüküm teşkil edemeyeceğinden 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesine göre ortada ilk bakışta ihlal bulunmadığı gerekçesiyle istediği korumayı elde edemeyen kişilerin de kişilik haklarının korunması için anılan yollara başvurmalarının her hâlde mümkün olduğu belirlenmiştir (*Ali Kıdık*, §§ 64-67).

Mahkeme sonuç olarak *Ali Kıdık* kararında, 5651 sayılı Kanun'un 9. maddesinde öngörülen koruma tedbiri niteliğindeki yol hakkında yaptığı tespitler doğrultusunda somut olayda bu yolun kullanılmasını gerektirecek şartların oluşmadığını belirtmiştir. Nitekim başvuru konusu yazıların toplumun başlılarıyla yaşatılan ve kamuya hizmet eden bir kurumla ilgili olduğu, dolayısıyla kamu menfaatine ilişkin bulunduğu ve bilgilendirme değerinin çok yüksek olduğunda bir kuşku bulunmadığını ifade eden Mahkeme, buna karşılık söz konusu haber nedeniyle şeref ve itibara hukuka aykırı olarak yapıldığına karar verilen müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmadan gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacının derece mahkemesince ortaya konamadığına ve bu nedenle başvuru konusunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Ali Kıdık*, §§ 68-89).

Anayasa Mahkemesi aynı şekilde C.K. ([GK], B. No: 2014/19685, 15/3/2018) kararında da kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasıyla hakkındaki bazı haberlere erişimin engellenmesi talebi reddedilen başvuru konusunun şeref ve itibarın korunması hakkının ihlal edildiği şikâyetini, *başvuru yollarının tüketilmemesi* nedeniyle kabul edilemez bulmuştur. Başvuru konusu içeriklerde kamuoyunca tanınmış bir kişilik olan başvuru konusunun eşinin aşırı dozda uyuşturucudan öldüğü ve tanınmış bir mankenin başvuru konusunun asistanıyla ilişkisi bulunduğu gibi bazı haberler yer almıştır (C.K., §§ 8-14). Başvuru konusunun 2014 yılında erişimin engellenmesi talebinde bulunduğu haberlerin 2004 yılına ait olduğunu ve haberlerdeki kişisel verilerin amacı dışında kullanıldığına dair bir şikâyet bulunmadığı hususlarını dikkate alan Mahkeme, şeref ve itibara yapılan müdahalenin çekişmeli bir yargılama yapılmadan gecikmeksizin ve süratle bertaraf edilmesi ihtiyacının ortaya konulamadığını, ayrıca haber içeriklerinin incelenmesinden erişimin engellenmesi tedbirinin uygulanmasını gerektirecek ağırlıkta bir durum da bulunmadığını değerlendirmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, anılan kararda erişim engellemesi dışındaki diğer ceza veya hukuk yollarının daha yüksek

başarı şansı sunabilecek, kullanılabilir ve etkili başvuru yolları olduğunu ifade etmiştir (C.K., §§ 38-44).

İnternette denetlenmesi ve engellenmesi en zor fakat elzem olan hususlardan biri de terör örgütlerinin faaliyetleri ve terör örgütleri lehine yapılan paylaşımlardır. Küresel düzeyde internet kullanımının yaygınlaşması ile terör örgütleri başta eleman temini, iletişim ve propaganda olmak üzere her türlü faaliyetlerini internet üzerinden yürütmeye başlamıştır. Bunun yanında eylemlerini basında yer bulacak şekilde gerçekleştiren terör örgütleri, bu yolla bir yandan taraftarlarına güçlerini göstererek üyelerinin moral ve motivasyon ihtiyacını gidermekte, bir yandan da halk arasına korku salmaktadır. İnternet temelli teknolojilerin bilginin çok hızlı yayılmasını sağlamasıyla da herhangi bir yerde gerçekleştirilen terör saldırısından dakikalar içerisinde tüm dünya haberdar olabilmekte ve eylemin etkisi bir anda büyüebilmektedir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 56, 57).

Bu doğrultuda özellikle terörizm gibi kamu güvenliği, düzeni ve sağlığı şeklindeki meşru amaçlar yönünden yaratılan ciddi tehlikelerin hızlı ve etkili bir şekilde engellenebilmesi amacıyla 2015 yılında 5651 sayılı Kanun'a, *Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde içeriğin çıkarılması ve/veya erişimin engellenmesi*" kenar başlıklı 8/A maddesi eklenmiş ve yürürlüğe girmiştir. Anılan maddeye göre yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebeplerine bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde ilgili kurumların talebi üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu Başkanı tarafından, internet ortamında yer alan yayınlara ilgili olarak içeriğe erişimin engellenmesi kararı verilebilecektir. İdari tedbir niteliğindeki bu kararın Başkan tarafından yirmi dört saat içinde sulh ceza hâkiminin onayına sunulacağı, hâkimin de kararını kırk sekiz saat içinde açıklaması gerektiği, aksi hâlde kararın kendiliğinden kalkacağı belirtilmiştir.

Anayasa Mahkemesi *Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.* [GK] (B. No: 2015/18936, 22/5/2019) kararında, 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesinde öngörülen yola ilişkin olarak bazı tespitlerde bulunmuştur. Bu konuda gerek anılan hükmün idari tedbir niteliğini ve karar verilme şeklini gerek karar alındıktan sonra soruşturma açılıp açılmayacağı hususunun belirsizliğini dikkate alan Mahkeme, 5651 sayılı

Kanun'un 8/A maddesinde öngörülen erişim engellemesi tedbirinin haklılığının da 9. madde gibi ancak bir görünüşte haklılık veya *ilk bakışta (prima facie)* haklılık olarak nitelendirilebileceğini, bu nedenle yetkili makamlardan, bu yolun gecikmesinde sakınca bulunan hâllere özgü olarak kullanılması gereken istisnai bir yol olduğu bilinciyle hareket ederek hassasiyetle karar vermelerinin beklendiğini kabul etmiştir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 63-72). Bu doğrultuda Mahkeme, 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca yargı mercileri ile kamu gücünü kullanan diğer organların gerekçelerinin ilgili ve yeterli sayılabilmesi için kararlarda bulunması gereken ve başvuruların koşullarına göre değişebilecek bazı unsurları belirlemiştir. Buna göre;

- İnternet içeriğine erişimin engellenmesi kararı verilebilmesi için gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığı idari ve/veya yargısal makamlar tarafından ortaya konulmalı ve bu durumun yaşam hakkı ile kişilerin can ve mal güvenliğinin korunması, millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi veya genel sağlığın korunması sebepleriyle arasındaki ilişki tam olarak gösterilmelidir.
- Söz konusu içeriğin terör örgütleriyle veya terör faaliyetlerinin meşru gösterilmesiyle bir ilişkisi varsa ifade özgürlüğü ile demokratik toplumun terör örgütlerinin faaliyetlerine karşı kendini korumaya ilişkin meşru hakkı arasında bir denge kurulmalıdır.

Zikredilen dengelemenin yapılabilmesi için ise bireylerin veya genel olarak toplum ile devletin ciddi ve yakın bir şiddet tehlikesi altında bırakılıp bırakılmadığının, yayın tarihinde ülkenin bir kısmında veya tamamında yaşanan çatışmaların yoğunluğu ile ülkedeki tansiyonun yükseklik derecesi ve tedbirin ifade özgürlüğüne en az müdahale eden, başvurulabilecek en son çare niteliğinde bulunup bulunmadığının da dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiği belirtilmiştir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, § 74).

Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş. başvurusuna konu olayda, başvuru sahibinin sahibi olduğu internet haber sitesinde yayımlanan bir habere erişim, anılan Kanun'un 8/A maddesi uyarınca engellenmiştir. Söz konusu haber, terör operasyonları sırasında öldürülen bir teröristin 28 kurşun sıkkıldığı iddia edilen cansız bedeninin güvenlik güçlerince zırhlı araç arkasında sürüklendiğine ilişkindir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık*

Ticaret A.Ş., §§ 13, 14). Anayasa Mahkemesi öncelikle terör olaylarına ilişkin tansiyonun yüksek olduğu bir ortamda iç karışıklıklara mahal vermemek ve şiddet olaylarının ülkeye yayılmasını önlemek amacıyla devletin internete müdahale etmesi ve konuyla ilgili yapılan haberlerin, paylaşımların ve görüntülerin yayımlanmasına sınırlama getirmesinin anlaşılabilir bir durum olduğunu ifade etmiştir. Buna rağmen söz konusu olayın haber değeri bulunduğu tartışmasız olduğunu ve böyle bir meseleye ilişkin habere erişimin engellenmesinin, kamunun bilgi alma ve bilgiye erişme hakkını elinden alacağını, bu durumun ise olayın kamusal tartışmaya açılmasını, bilinç oluşmasını ve kamunun takibini önleyeceğini; ayrıca ilgili makamların sorumlular hakkında etkili soruşturma yürütüp yürütmediği ve uygun bir yaptırım uygulanıp uygulanmadığı konusunda kamuoyu denetiminin kalkmasına neden olacağını belirtmiştir. Başvuru konusu yayının içeriği ile sınırlama sebebi arasındaki ilişki ortaya konulmadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığının da *ilk bakışta haklılık* ilkesi uyarınca gösterilemediğini, ayrıca daha sonra bir soruşturma açılıp açılmadığının belirsiz olması nedeniyle tedbirin sürekli hâle gelme riski barındırdığını değerlendiren Mahkeme, nihai olarak söz konusu habere erişimin engellenmesi nedeniyle başvuru konusunun ifade ve basın özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Birgün İletişim ve Yayıncılık Ticaret A.Ş.*, §§ 76-88).

Son olarak Mahkemenin *Wikimedia Foundation Inc. ve diğerleri (Wikipedia)* [GK] (B. No: 2017/22355, 26/12/2019) kararından da bahsetmek gerekir. Bilindiği gibi *Wikipedia* internet sitesine erişim, 2017 yılının ortalarında tümüyle engellenmiş ve 3 yıla yakın bir süre site erişime tamamen kapalı kalmıştır. Söz konusu siteye erişimin engellenmesinin nedeni Türkiye Cumhuriyeti devletinin Suriye'deki iç savaşta muhalif güçleri desteklediği, DEAŞ gibi terör örgütlerine askerî ve lojistik yardım sağladığı, ayrıca DEAŞ terör örgütüyle petrol ticareti yaptığı gibi bazı iddiaları barındıran iki içeriktir. Başbakanlık Güvenlik İşleri Genel Müdürlüğünün söz konusu iki içeriğin yayından kaldırılması talebi üzerine Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu tarafından 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesi uyarınca *Wikipedia* internet sitesine erişim tamamen engellenmiştir. Anılan Kurum, 8/A maddesinin (3) numaralı fıkrasında öngörülen yetki uyarınca sakıncalı olduğu değerlendirilen içeriklere URL bazlı engelleme teknik olarak mümkün olmaması

ve verilen sürede site sahibi tarafından ilgili içeriklerin kaldırılmaması nedenleriyle tümüyle engelleme yoluna başvurulduğunu belirtmiştir. Söz konusu kurum tarafından alınan karar, sulh ceza hâkimliği tarafından öngörülen sürede onaylanmıştır (*Wikipedia*, §§ 56, 57).

Anayasa Mahkemesi ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla yapılan başvuruya ilişkin olarak verdiği söz konusu kararda da ifade özgürlüğü ile 5651 sayılı Kanun'un 8/A maddesine ilişkin olarak daha önce kabul ettiği ilkeleri uygulamıştır. Mahkeme, başvuru konusu müdahalelerin "*millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması*" kapsamında verildiği ifade edilmişse de yetkili otoritelerce bu amaçlarla müdahale etmeyi haklı kılacak somut herhangi bir gerekçe gösterilmediğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca başvurucularca ilgili karara yapılan itirazların "*Devletin itibarının zedelenmiş olması*" gibi, hangi sebeplerle "*millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması*" kapsamında ele alındığı anlaşılamayan bir gerekçeyle reddedildiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla Mahkeme, yetkili mercilerce erişimin engellenmesi kararına konu içerikler ile sınırlama sebepleri arasındaki ilişki ortaya konulmadığı gibi gecikmesinde sakınca bulunan bir durumun varlığının da ilk bakışta haklılık ilkesi çerçevesinde gösterilemediğini kabul etmiştir (*Wikipedia*, §§ 82, 88).

Bunun yanında Mahkeme, erişim engelleme kararının ardından bağımsız ve gönüllü Wikipedia editörleri tarafından sakınca oluşturduğu değerlendirilen içeriklerin büyük ölçüde değiştirildiğini ve subjektif ifadeler ile şüpheli atıflardan arındırıldığını, ayrıca sakıncalı olduğu belirtilen görüşlerin aksi yönde görüş ve açıklamalara yer verildiğini de dikkate almıştır. Yetkili otoriteler tarafından sitenin sürekli güncellenme özelliğinin göz önüne alınmadığını belirten Mahkeme, müdahalenin yalnızca başvurucuları değil sitenin tüm kullanıcılarını etkilemesi nedeniyle başvuru konusu içeriklerin Türkiye'deki *Wikipedia* kullanıcıları arasında tartışmaya açılmasına engel olduğunu ve aktif *Wikipedia* editörlerinin anılan içeriklere katkı sunma, bu içeriklerde düzenleme ve değişiklik yapabilme imkânlarının da ellerinden alındığını ifade etmiştir (*Wikipedia*, §§ 91, 93).

Son olarak ilgili içerikleri yükleyen kişilerin kimliğini tespit etmenin zorluğu nedeniyle bir soruşturma açmak anlamsız olarak görülse dahi makale içeriklerinde yer alan ve tartışmalı olduğu

değerlendirilen ifadelerin esas sahipleri bilindiği hâlde bu kişiler hakkında da bir ceza soruşturması yoluna başvurulmamış olmasının ilgili içeriklerin *Wikipedia* sitesine erişimin tamamen kapatılmasını haklı kılacak kadar vahim nitelikte bulunmadığını gösterdiği, ayrıca sorumlularla ilgili soruşturma açılıp açılmayacağı hususunun belirsizliği nedeniyle müdahalenin sürekli hâle dönüştüğü kabul edilmiştir. Bahsedilen tüm hususlar birlikte değerlendirildiğinde Anayasa Mahkemesi, başvuruya konu internet sitesine erişimin engellenmesi şeklindeki kısıtlamanın zorlayıcı bir nedene dayandığının ilgili ve yeterli bir gerekçe ile gösterilemediği sonucuna varmış ve başvurucuların ifade özgürlüklerinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Wikipedia*, §§ 94, 97).

Sonuç olarak Anayasa Mahkemesi, basın rolü de dâhil olmak üzere her türlü bilginin paylaşımında içinde bulunduğumuz zamanın en önemli aracı hâline dönüşen internet konusunda, ifade özgürlüğü kapsamında yetkili otoritelerce oldukça hassas bir denge kurulması gerektiğini kabul etmiştir. Bu bağlamda ilgili mercilerden, internet içeriklerine erişimin engellenmesine dair 8/A ve 9. maddelerde öngörülen usullerin birer koruma tedbiri olduğunun bilinciyle, bu usullerin işletilme hızı ve şekillerine paralel olarak yalnızca ilk bakışta haklılık ilkesinin geçerli olduğu durumlarda başvurulması ve orantılı bir müdahale gerçekleştirilmesi beklenmektedir. İlk bakışta haklılık teorisinin önceden sınırlarını çizmek mümkün olmasa da Anayasa Mahkemesinin kararlarında belirttiği üzere mahrem görüntülerin paylaşılması ve yakın şiddet tehlikesi doğurabilecek terör lehine paylaşımların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür. Bununla birlikte elbette bu konuda da her somut olayın koşulları ayrı olarak değerlendirilmeli ve en önemlisi yetkili mercilerce içeriğe erişimin engellenmesine dair kararlarda, Anayasa Mahkemesinin kabul ettiği ilkeler dikkate alınarak güdülen meşru amaçlar ve sakıncalı olduğu değerlendirilen içeriklerin ilişkisi, yine Anayasa Mahkemesi tarafından belirlendiği şekilde ortaya konulmalıdır.

BİRİNCİ OTURUM : Soru-Cevap

- Mücahit Aydın

Bedii hocamıza iki sorum olacak. Öncelikle Amerika'da ve Avrupa'da düzenlemelerden ve içtihatlardan bahsetti. Bunlar aşağı yukarı Amerika'yı, Avrupa takip etti, sonra onu biz takip ediyoruz. İçtihatlar da aynı şekilde ve aşağı yukarı benzer (Anayasa Mahkemesi'nin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları). Benim merak ettiğim bu konudaki uluslararası regülasyon ne durumda, böyle bir çalışma var mı? Çünkü işte bu cyber sovereignty (siber egemenlik) çok önemli. Ülkeler kendi sanal egemenlikleri doğrultusunda mı hareket ediyor? En son örneğini gördük, mesela Amerika Birleşik Devletleri'nde bile Trump herhangi bir ciddi gerekçesi olmadan National security gerekçesiyle tiktok'u yasakladı veya işte yasaklayacağını ilan etti belirli bir süre içerisinde. Bu durum nedir uluslararası regülasyonunda ciddi bir adım atılıyor mu ya da böyle bir umut var mı?

İkinci sorum da Twitter örneğinden hareketle hatta sanıyorum sizin tweetlerinizde de geçmişti bir hesabı askıya alması Twitter'ın. Yine Trump'ın mesela içeriğini kısıtladığını falan hatırlıyorum Amerika'da. Burada tabii hep kamu otoritelerinin internet içeriğini erişiminin kısıtlanması üzerinden yürüyor içtihatlar veya genel olarak ilkeler. Peki bu sosyal medya devasa şirketlerin kendi kuralları çerçevesinde attığı adımların veya ifade özgürlüğüne getirdikleri kısıtlamalar hakkında bir içtihat var mı? Teşekkür ederim.

- Mehmet Bedii KAYA

Öncelikle bu konuda Avrupa Konseyi siber suçlar sözleşmesi var. Avrupa konseyi siber suçlar sözleşmesine sadece Avrupa Konseyi Devletleri ceza hukukunda bir standardizasyonu için getirmiş sözleşme ve burada tabii Avustralya Amerika daha birçok ülke de taraf ama mesela Avrupa'da işte İrlanda taraf değil vs. Ortak paydayı bulmak uluslararası hukukta çok zor ve bunlar -bahsettiğim düzenlediği suçlar- bilişim sistemine girme veriyi bozma telifle ilgili suçlar, çocuk pornografisi gibi suçlar yani orada bile şeyi yakalamak gerçekten çok zor. Mesela çocuk pornografisinde bile çocuk tanımı ülkeden ülkeye değişebiliyor veya mesela bizim ceza kanunumuza girdi sanal çocuk pornografisi. Kimi ülkelerde ifade özgürlüğü olmayan suç yani gerçek bir çocuk yok

dolayısıyla bir suç oluşmamıştır şeklinde ifade özgürlüğünün uzantısıdır şeklinde bir tartışma var. Şimdi tabi siber suç sözleşmesi reform çalışmaları başladı ama bu alanda 10 yıl sonra bir neticeye varıyor ve vardığımız netice geldiğiniz nokta da şöyle bir şey oluyor; o teknoloji değişiyor bilişim hukuku anabilim dalında bazen bir şey tartışma oluyor eskilen hatırlar. Leyla hocam bazen söyler; hani hatırlar mısın böyle yapardık hocam diyorum eski dediğiniz 6 ay önce 1 yıl önce yani hakikaten teknoloji çok hızlı bir şekilde değişiyor. Peki biz niye bu kuralları mevcut kuralları muhafaza etmeliyiz. Her hukukçu gibi fakültede bir deniz hukuku hayali bende kurdum hatta Deniz hukuku yapan bir büroda staj yaptım (yasal stajımı orada yaptım). O staj sırasında öğrendiğim bir şey vardı; Bir gemi var gemi denizde yanıyor yandığı zaman o gemiyi kurtaracak bir avarya süreci oluşacaksa o gemi değeri kadar bir tazminat alabilir bir bedel talep edebilir. Şimdi şey tartışılıyor çok dikkatimi çekmişti niye böyle bir kural var yanan bir gemiye müdahale etmek için teşvik etmelisiniz aktörleri. Özel bir kural getiriyorsunuz. Klasik kurallarınızdan farklı bir şekilde şimdi platform ekonomisi dediğimiz şey de öyle bir şey. Platformlar dünyaları ve ekonomileri dönüştürüyor, biz şu ana kadar tabi hep Amerika eksenli düşünüyoruz ama mesela şu an Türkiye oyun şirketleri milyon dolarlar milyar dolarlar seviyesinde satılmaya başladı. Yani şimdi şu ana kadar getirdiğimiz kurallar müteakabiliyet kapsamında bizim için uygulanacak olursa bizim şu an gerçekten de sıçrama yapan bir alanımız var. Sonra biz belki kuralları gözden geçirme durumunda kalabiliriz burada toplumsal dönüşüm açısından.

İkinci soruya gelecek olursak, peki bu platformlar başıboş mu o kalacaklar? Şimdi tabi bu konu biraz kanunlar ihtilafı kurallarını da beraberinde getiriyor aslında. Kanunlar ihtilafı kuralında da sorumluluk rejimine ilişkin bir ipucu var. Bir yandan da Birleşmiş Milletlerin bir insan haklarına ilişkin şirketlerin insan haklarına saygı göstermesine ilişkin bir çalışması, bir raporu var. İnsan hakları komiserliğinin tam şu an adı aklıma gelmiyor orada da yine belirli standartları takip edilmesi gerekiyor. Avrupa Konseyinin tüm düzenlemelerinde de yine aslında ben artı eksi diye sunuma koyduğum zaman şunu belirtmek istiyorum; hani burada bir sorumsuzluk var ama bu koşullu bir sorumsuzluk. Ama tabii bunun dengesini iyi sağlamak gerekiyor. Çünkü günün sonunda burada ifade özgürlüğüne ilişkin özellikle dengeyi gerçekten gerekçeli bir şekilde ortaya koyamazsak burada ciddi bir sorun var ve bir yandan da

tabi bireysel başvuruyu tartışıyoruz çok kıymetli bir karar var. Kıymetli meslektaşım çok güzel bir sunum yaptı, izah etti ama o kararlarda mesela 3 yıl 5 yıl içerisinde kararlar alıyor yani hani Badel harab'ül Basra gibi böyle içerik değeri niteliği ortadan kalktığı zaman. Bu yüzden şu tartışılmaya başlanıyor, internet hukukunun ayrıştırılması ve internete ilişkin özgün kurallar itiraz mekanizmalarının da yine ayrıştırılması ve hatta burada özel arabuluculuk sistemleri içeriklerle ilgili mediation süreçleri geliştirilmesi gerekiyor. Yani burada bir karar noktasındayız: ya bu platformların faydalarından sunmuş olduğu kararlardan faydalanıyoruz bir artı eksi değerlendirme yapmak gerekiyor ama o ekonomi insan hakları perspektifinde çok ciddi tartışmalar var. Onları da böyle paylaşmak istedim teşekkür ediyorum.

Turgay Yerlikaya

Mehmet Bedii Hoca benim zaten takip ettiğim bir isim oldukça istifade ediyorum, sunum için de teşekkürler. Şimdi mesele Twitter'da da zaten kısa kısa bahsediyorsunuz bu özgürlük güvenlik dikotomisi içerisinde belki de tarihte hiç tanık olmadığımız kadar bu dikotomi ivmesini arttırıyor. Şimdi hukuk dilinden baktığımızda bu özgürlük meselesi daha fazla ön plana çıkartılıyor ama güvenlik meselesi çok temel bir sorunsal günümüzde. Şimdi TikTok ve WeChat Trump bir başkanlık kararnamesi ile yasakladı ulusal güvenlik birinci gerekçe ama en önemli gerekçe de ekonomik gerekçe. Yani ticaret savaşlarında süren bu Çin ile mücadele ve korumacı tren şimdi Anayasa Mahkemesi'nde Wikipedia kararı var. Bu kararlara baktığımızda mesela Wikipedia aynı içeriği Amerika Birleşik Devletleri'nde üretse nasıl bir şeyle karşılaşır? Ben bir denge olmadığı kanaatindeyim. Bu denge Türkiye'nin hukuku açısından baktığımızda belki aleyhine işlemez ama bir devlet olarak uluslararası sistem içerisinde çok ciddi aleyhine işlediği kanaatindeyim. Siz ne düşünüyorsunuz? Şimdi bir yandan başkanlık kararnamesi ile bu iş kurtarılıyor diğer yandan da hem eliniz dijital olarak güçlü değil. Türkiye açısından baktığımızda hem de bu ekonomik ve siyasi savaşlar içerisinde çok ciddi bir kazanımınız yok yani bir dijital alanınız yok Çin gibi ya da Rusya gibi manipülasyon yapabilecek bir şeyimiz yok, manevra alanınız yok. Bunlarla nasıl mücadele edecek yani Facebook'tan bir içerik talebinde bulunuyorsunuz bu yıl sonunda raporlanıyor, Freedom House diyor ki işte Türkiye bu kadar talepte bulunduğu dolayısıyla ifade özgürlüğü ve basın özgürlüğü açısından bir sorun teşkil ediyor ne dersiniz teşekkür ederim.

- Mehmet Bedii KAYA

Burada tabi güvenlik gözlüğü takarsak çok farklı bir yorum yapabiliriz. Burada ifade özgürlüğü gözlüğü takarsak tabi yine farklı neticeler çıkabilir ama benim sunumumun özeti şuydu; burada teknik parametre yok. Yani bir de burada internetin aslında bir kırılma noktası var. Bir yerleşme mi gerçekleşiyor fragmantasyon mu gerçekleşiyor şimdi fragmante olacak İnternet diye çok ciddi aslında akademik çalışmalar ve bunu destekleyen amprik veriler de var. Aslında internet gün geçtikçe adacıkları bölünüyor ve bu adacıklar da devletler kendi hizmet sağlayıcılarını destekleyerek bunların önünü açarak bunları regüle ederek yani hukukta bazen bu savaşta bir araç olarak kullanılıyor. Ben bunu inkâr etmiyorum. Hani burada hukuk toplumun içinde doğan bir bilim ama burada konuyu hani Amerikan ifade özgürlüğü konusundaki doktrin biliyorsunuz çok geniş bir doktrin. Yani az önceki sorunuzda Amerika'da yayınlansaydı neticesi ne olurdu hani Amerikan hukukunda eğitim almadım ama sadece temel şu ana kadarki yurtdışına almış olduğum eğitim ve okumalarım neticesinde aslında orada bir sorun teşkil etmeyebilir de. Şimdi sorunun tek bir yanıtı yok şu an şirketler el değiştiriyor. Şu an TikTok ciddi bir örnek. İlk defa aslında sosyal medya açısından ciddi bir kırılma var. El değiştirme var ama burada yine "contents king" yani içeriğin varsa kralınsın. Bu platformlar aslında hepsi birer ekonomi haline geliyor konu kişisel verileri de ilgilendiriyor çocukların korunmasını da ilgilendiriyor daha denge sağlanabilmiş değil. Ben ideal dünyada bir OECD'nin burada yine diğer kişisel veriler de olduğu gibi ilk 1980'de nasıl önce olduysa bu bağlamda ideal denge için yol haritası çizeceğine, Birleşmiş Milletlerden ziyade daha iyimserim. Şunu da kabul etmek lazım, yani bundan belki beş on yıl sonra şuan ki konuştuğumuz internet değil farklı farklı internetlerin birbirleriyle araba bağlantı yapmasını da konuşuyor olacağız. Çünkü donanım belli bir şeyi empoze ediyor yazılım empoze ediyor dolayısıyla genel bir yanıt vermek doğru değil ama şu var internete ilişkin kararınızı şöyle verecek, şöyle bitirmek istiyorum. Ben interneti çok aktif kullanıyorum, akademik amaçlarla kullanıyorum, bireysel gelişimim için kullanıyorum, ailem çocuklarım çok aktif bir şekilde kullanıyor ve bilinçli kullanmaya çalışıyoruz. Bizim için internet ikame edilebilir bir teknoloji değil. Başka bir alternatif yok ama interneti çok dar haber okumak için veya müzik için sadece kullanıyorsanız yani bunun bir alternatifi vardır. Sizin yorumunuz çok farklı olacaktır dolayısıyla biz ara nesil de doğduk bizden sonra gelen

nesil tamamen teknoloji içerisinde doğuyor. Bu yüzden yine Cengiz ve diğerleri kararına atıf yapacağım, Akdeniz Türkiye kararından farklı kılan şeydi; platformun ikame edilebilirliği üzerine o karar inşa edildi ama tabii güvenlik her zaman her şeyi değiştirir. Güvenlik doktrinine yine de bir pay bırakıyorum kusura bakmayın çok uzattım.

Örnek vereyim intikam pornosu konusu çok gelir gündemimize. Amerika'da her eyaletten bu içeriği kaldırabilirsiniz ama mesela Los Angeles'ta kaldıramazsınız. Orada sanat özgürlüğü kapsamında o ifadeyi koruyabiliyor. Amerika içerisinde de çok homojen değil. Bu yüzden biz internet hukuku kaynaklarını sayarken klasik enstrümanları sayarız, hukuk enstrümanlarını ama bir yandan da platformların kurallarını beraberinde sayarız. Platformların kuralları da aslında bir ergo omnes oluşması için temel standartları belirliyor. Örneğin uyar kaldır internetin en temel yönetim kurallarından biri haline geldi. Sürç-i lisan olduysa affoluna diyorum.

- Bahadır Aziz SAKİN

Hocamızın son ifadesine bir katkıda bulunmak istiyorum. Birtakım raporlar yayınlanıyor orada birtakım sıralamalar falan söz konusu. Bunların tamamının spekülatif bir zeminde olduğunu paylaşmak istiyorum. Bunu çok rahat söylüyorum, şundan dolayı söylüyorum. Şimdi Dünyada erişim engelleme sayıları devletler tarafından hiçbir zaman resmi bir şekilde açıklanmıyor. Avrupalı heyetler de geliyorlar bizlere de sorular soruyorlar. Şimdi karşılıklı mütekabiliyet diye bir şey var, sizin ülkeniz bunu açıklıyor mu? Yok, öbür tarafa dönüyorum sizler açıklıyor musunuz? Yok, e dolayısıyla hiçbir ülkenin açıklamadığı bir şey de bizden bu konularda rakamlar isteniyor. Fakat daha vahim olan bir şey var mesela demin bir sivil toplum kuruluşunun adı geçti. Şimdi bu açıklanan raporlar rakamsal anlamda bizden sadır olmadığı için hiçbir şekilde resmi geçerliliği olmayan hiçbir şekilde ciddiye alınmaması gereken spekülatif rakamlardır. Bununla birlikte burada gözden kaçan bence birazda kasti olan bir husus var, bunu da dikkatinize arz etmek isterim. Şöyle ki, şimdi burada demin ben rakamları açıkladım sadece dört suçta %99.62 lik bir erişimi engelleme var. Oranları zaten biz açıklıyoruz bizim internet sayfalarımızda sürekli yenilenerek oranlar açıklanıyor. Şimdi bir rakam açıklarken bu rakamın içeriğini ne dolduruyor bu konuda tamamen bilinçli olarak bir boşluk bırakıyorlar. Şimdi diyelim Türkiye 1000 tane

erişimi engelledi diyor. Sor bakalım bu erişimi engellemenin içinde kaç tanesi kumar, kaç tanesi fuhuş, kaç tanesi intihara yönlendirme, kaç tanesi çocukların cinsel istismarı. Bu konuya bilinçli olarak ve kasten hiçbir şekilde girmiyorlar. Ben o yüzden gelen Avrupalı heyetlere de yüzlerine karşı aynen şunu söylüyorum lütfen mantalitenizi değiştirin artık diyorum. Benden sadece salt rakamı istiyorsun, tamam benim buna karşılıklı olmadığı için veremem ama bununla birlikte vermiş olduğumu düşünün asıl sormanız gereken soru şu; ülkenizde kaç tane kumar içeriği, kaç tane fuhuş içeriği, kaç tane çocukların cinsel istismarı içeriği engellenebiliyor. Neden sorular bu şekilde gelmiyor? Açıklanan raporların içeriği neden bu şekilde dolduruluyor buradaki hazirun ve sizlerin taktirine bırakıyorum teşekkür ediyorum.

İkinci Oturum

Oturum Başkanı

Doç. Dr. Selami DEMİRKOL

Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu Üyesi

Konuşmacılar

Prof. Dr. Faruk BİLİR

Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanı (KVKK)

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

Türk Alman Üniversitesi Medeni Hukuk
Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

Özgür DUMAN

Anayasa Mahkemesi Raportörü



6698 SAYILI KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU'NA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME VE İNTERNET ÇAĞINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

The Review of 6698 Numbered Personal Data Protection Law and Protection of Personal Data in the Internet Age

Prof. Dr. Faruk BİLİR*

ÖZET

Teknolojinin gelişmesiyle birlikte internette yaptığımız paylaşımlarımız artmakta, kendimizle ilgili pek çok veri kendi isteğimizle internet ortamında paylaşılmaktadır. İnternet ortamında paylaşımlar arttıkça mahremiyete duyulan ihtiyaç da artmaktadır. Mahremiyet kavramı, internet çağının da gelişmesiyle birlikte kişisel verilerin korunması noktasında önem teşkil etmektedir.

Hukukumuzda kişisel verilerin korunması, bir hak olarak gerek anayasal gerek kanuni düzeyde güvence altına alınmıştır. Türkiye Cumhuriyeti Anayasası, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin düzenleme altına alınmasını kanuna bırakmaktadır. Bu çerçevede 7/4/2016 tarihli Resmî Gazete'de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu yayımlanmıştır. Kanun'a göre kişisel veri, kimliği belirli ya da belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü bilgiyi ifade etmektedir. Kanun'da yer alan bu tanım uyarınca günlük yaşantımızda kullandığımız ya da çeşitli işlemler sırasında bizden talep edilen birçok bilgi, "kişisel veri" olma özelliği göstermektedir. Kanun kapsamında kişisel verilerin işlenmesinde uyulması gerekli ilkeler, kişisel verilerin işlenme şartları, kişisel verilerin aktarımı, ilgili kişi hakları ve veri sorumlularının yükümlülükleri gibi önemli konular yasal zemine oturtulmuştur.

Bu çalışma kapsamında internet çağının kişisel veriler üzerindeki etkisi ile birlikte 6698 sayılı Kanun'da yer alan temel aktörler olan ilgili kişi

* Kişisel Verileri Koruma Kurumu Başkanı

ve veri sorumlusu bakımından Kanun'a ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: kişisel verilerin korunması, ilgili kişi, internet, mahremiyet, veri sorumlusu

ABSTRACT

Data we voluntarily share on the internet media has been increasing thanks to technological developments. The more data we share, the more is the need for privacy. Privacy is important for the protection of personal data in parallel with the development of the internet age.

In the Turkish law, the protection of personal data, as a right, is enshrined in terms of both the constitutional and statutory level. According to the Constitution of the Republic of the Turkey, the principles and procedures regarding the protection of personal data shall be regulated by law. In this regard, "Law no. 6698 on the Protection of Personal Data" was published in the Official Gazette dated April 7, 2016 which defines personal data as all the information relating to an identified or identifiable natural person. In accordance with this definition provided therein, a significant quantity of information we use in our daily life or requested from us for various processes is in the form of "personal data". Within the scope of the Law, important issues such as general principles, conditions for processing of personal data, transfer of personal data, data subject rights and obligations of data controller are regulated.

In this study, general discussion will be provided as to the impact of the internet age on personal data and as to Law no. 6698 in terms of data subject and data controller who are the main actors of that Law.

Keywords: personal data protection, data subject, internet, privacy, data controller

GİRİŞ

Tarih boyunca bireyin var olduğu her hâlde kişisel verinin de var olduğunun kabulü gerekir. Kişisel veri kavramının günümüzdeki “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi” şeklindeki tanımından hareketle insan olgusunun içinde mutlaka kişisel veriyi de barındırdığı görülmektedir. Zira insanın olduğu yerde o insana ait kişisel bilgilerin de olacağı muhakkaktır. Fakat başlangıçta bu mevcudiyete ilişkin farkındalık yahut bu bilgileri koruma ihtiyacı olmasa da zamanla mektupların mühürlenerek gönderilmesi, devletler arasındaki haberleşmenin şifrelenerek veya eğitilmiş ulaklar vasıtasıyla gerçekleştirilmesi gibi gizlilik ve güvenlik ihtiyacını gösteren uygulamalar ortaya çıkmıştır.

Günümüzde ise gerek teknolojinin gelişmesi gerek kişiler arasındaki etkileşimin artması ve bilgiye erişimin kolaylaşmasıyla kişisel verilerin kullanım alanı genişleyerek bu veriler nezdinde gerçekleştirilecek ihlal riskleri de artmıştır. Örneğin mühürlenmiş bir mektubu taşıyan kişinin açması hâlinde oluşacak ihlalin boyutu ile günümüzde mektupların yerini alan e-posta hesaplarının ele geçirilmesi sonucunda oluşacak ihlalin boyutları arasında şüphesiz ki çok büyük bir fark bulunmaktadır. Zaman içerisinde kişiler ve toplum nezdinde sözü edilen bu risklere karşı oluşan farkındalık neticesinde kişisel verilerin korunması ihtiyacı hissedilmeye başlanmıştır. Bahsedilen ihtiyaç, özel hayatın gizliliği kapsamına giren bir temel hak ve özgürlük olarak ele alınmış ve yasal düzenlemelere konu edilmiştir.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin yasal metinlerde genel olarak verisi işlenen kişilere hakların tanınmasının yanı sıra bu haklar vasıtasıyla kişisel veriler üzerinde üst düzey kontrol imkânı sunulmakta ve kişisel verileri işleyenlere de birtakım yükümlülükler getirilmektedir. Bu çerçevede veri korumaya ilişkin olarak dünya genelindeki yasal düzenlemelerde kişisel verisi işlenen kişilere, bu verileri işleyen kişilerle irtibata geçerek çeşitli taleplerde bulunabilme hakkı ve kurulacak otoriteler vasıtasıyla bahse konu hakların etkin bir şekilde kullanılabilme imkânı öngörülmüştür. Kişisel verileri işleyen kişilere yönelik olarak ise ancak belirli şartların varlığı hâlinde işleme faaliyetinin ve özellikle de yurt dışına veri aktarımının gerçekleştirilebileceğine ilişkin hükümlerin yanı sıra elde edilen kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması için de yükümlülükler getirilmiştir.

Bununla birlikte veri işleme faaliyetinin hangi tarafında olduğumuza bakılmaksızın etkisini hissettiren bir ilke olarak “şeffaflık”; Kanun’da “ilgili kişi” olarak tanımlanan verisi işlenen kişiler bakımından, kişisel verileri üzerindeki her türlü işlemde haberdar olabilme hakkını ifade etmektedir. Yine bu ilke, Kanun’da “veri sorumlusu” olarak tanımlanan kişisel verileri işleyen kişiler bakımından, gerçekleştireceği her türlü kişisel veri işleme faaliyetine ilişkin amaçların meşru ve belirli olması ile bu hususta yapılacak bilgilendirmelerin anlaşılabilir olmasını ifade eder.

Tüm bu gereklilikler ışığında ülkemizde 2010 yılında yapılan Anayasa değişikliğiyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Bu çerçevede kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hâllerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilecektir. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının etkinliğini sağlamak adına 7/4/2016 tarihli Resmî Gazete’de 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu (Kanun) yayımlanmış ve Kişisel Verileri Koruma Kurumu (Kurum) faaliyete başlamıştır. Her ne kadar Kanun 7/4/2016 tarihinde yürürlüğe girmiş olsa da kişisel verilerin korunmasına yönelik birtakım önlemler daha önceden başkaca düzenlemeler eliyle de hüküm altına alınmıştır. Bu Kanun’la beraber ise kişisel verilerin geneline sirayet edecek şekilde genel nitelikli bir düzenleme ortaya konulmuştur.

Kurumun faaliyete geçmesiyle beraber kişisel verilerin korunmasına yönelik şikâyet ve ihbar mekanizmaları işlemeye başlamış olup Kişisel Verileri Koruma Kurulu (Kurul) tarafından yaygın ihlallere yönelik ilke kararları ile uygulamada karşılaşılan sorunlara ışık tutulmuştur. Kanun ile kişisel veri işlemeye dair ilkeler, özel nitelikli ve genel nitelikli kişisel verileri işleme şartları, kişisel verilerin silinmesi-yok edilmesi-anonim hâle getirilmesi hususları, kişisel verilerin yurt içinde ve yurt dışına aktarımı ile aynı zamanda veri sorumlusunun yükümlülükleri, ilgili kişinin hakları, Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi, ihlallere yönelik yaptırımlar ve Kanun’dan istisna olan hâller ayrı ayrı düzenleme altına alınmıştır.

Kanun’un yürürlüğe girmesiyle beraber veri sorumluları açısından idari ve teknik tedbirlerin uygulanması ve Kanun’da düzenlenen yaptırımların etkisi ile, hukuka aykırı kişisel veri işleme faaliyetlerinin önlenmesi noktasında caydırıcı nitelik kazanmıştır. Tüm bu açıklamalar ışığında düzenlemeye muhtaç olan kişisel verilerin korunması alanında

bulunan boşluk Kanun'un yürürlüğe girmesiyle doldurulmuştur. Bu çalışma kapsamında teknolojinin de gelişmesiyle beraber internetin kişisel veriler üzerindeki etkisi ile 6698 sayılı Kanun'a ilişkin genel bir değerlendirme yapılacaktır.

I. İNTERNET ÇAĞINDA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Dijital ortamda bireylerin özel hayat ve mahremiyete ilişkin yaklaşımlarının gerçek dünyaya oranla daha esnek olduğu görülmektedir. Bu durum, internet ortamında gerçekleşebilecek ihlallerin önünü açabilmekte ve olumsuz sonuçlar doğmasına sebebiyet verebilmektedir. Evrensel insan hakları metinlerinde, Avrupa Birliği mevzuatında ve Türk hukukunda özel hayatın gizliliğini isteme ya da mahremiyet hakkı diyebileceğimiz hak, temel hak ve özgürlüklerden birisi olarak kabul görmektedir. Mahremiyet Komitesi Raporu'na göre mahremiyet hakkının iki yönü bulunmaktadır. Bunlardan ilki; bireyin kendisi, evi, ailesi ve ilişkilerine izinsiz müdahil olunmaması özgürlüğüdür. İkincisi ise bilgi mahremiyeti yani kişinin kendisiyle ilgili bilgilerin başkalarına nasıl ve ne ölçüde aktarılacağına kendisinin karar verme hakkıdır. Mahremiyet, kişinin özgürlüğünün bir parçasıdır. Günümüzde dünya nüfusunun yarısından fazlasının internet kullanıcısı olduğu düşünülürse söz konusu mahremiyet hakkına internet ortamında da saygı gösterilmesi gerekliliği ortadadır.

Bu hususta bir diğer önemli konu ise unutulma hakkıdır. Kişisel verilerin korunması ile unutulma hakkı birbiriyle bağlantılı kavramlardır. Her iki hakkın özünde de bireyin onurlu yaşaması, kişiliğini serbestçe geliştirmesi, kişisel verileri üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilmesi ve geçmişte kalmış ancak tekrar gündeme gelmesi rahatsızlık oluşturabilecek kişisel verilerin kişi aleyhinde kullanılmasının önüne geçilmesi düşüncesi yatmaktadır. Burada korunması gereken değer yalnızca kişinin geçmişiyle ilgili olmayıp aynı zamanda geleceği ile ilgili olumsuzlukların ortadan kaldırılması ile de ilişkilidir. Ancak şunu da ifade etmek gerekir ki unutulma hakkı istisnai bir haktır. Kişinin temel hak ve özgürlükleri ile kamu menfaati arasında denge testi yapılmalıdır. Bireyin kişisel verilerinin korunması hakkı, toplumun haber alma hakkı, bireyin toplumdaki yeri, ifade özgürlüğü ve mahremiyet hakkı gibi hususların her olay nezdinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla aynı anda çatışan hakların bir arada bulunduğu durumlarda bir denge gözetilmesi gerekmektedir.

İnsan sosyal hayatta var olmaya çalışırken hem hayatını kolaylaştırma isteği hem de yaşamına bir anlam katma amacı gütmektedir. Bu iletişim ihtiyacının yansımaları olarak günümüzde haberleşme ve iletişim ağlarının da gelişmesi ve yaygınlaşması ile birlikte insanlar hayatlarını gerçek dünyayla paralel olarak sanal dünyaya da taşımaktadır.

Yeni iletişim teknolojileri insanlara düşüncelerini ve eserlerini paylaşacakları imkânlar oluşturan, paylaşım ve tartışmanın esas olduğu bir medya sunmaktadır. Sosyal medya olarak adlandırılan bu sanal ortam, kullanıcı tabanlı olmasının yanında kitleleri ve insanları bir araya getirmesi ve aralarındaki etkileşimi artırması bakımından önem taşımaktadır. Yapılan araştırmalar insanların bu sanal gerçeklik içinde gün geçtikçe daha fazla vakit harcadıklarını, bu sanal gerçeklik içinde gerçek yaşam ihtiyaçlarını karşılamaya çalıştıklarını ve yine bu sanal gerçeklik içinde yeni bir dünya kurarak yaşadıklarını göstermektedir. İnsanlar sosyal medyada günlük düşüncelerini yazmakta, bu düşünceler üzerine tartışabilmekte ve yeni fikirler ortaya koyabilmektedirler. Ayrıca kişisel bilgilerinin yanında çeşitli fotoğraflar, videolar, paylaşabilmekte ve hatta gerçek dünyayı sanal ortamda yaşayabilmektedirler¹.

Paylaşımlar her ne kadar masum ve iyi niyetli gibi görünse de kötü niyetli kişiler tarafından paylaşımların istismar edilme tehlikesi mevcuttur. Kişinin özel yaşamına dair paylaşımları sadece kendisini değil bazen çevresindeki insanları da etkileyebilmektedir. Örneğin henüz kendi kararlarını verebilme yetisine sahip olmayan çocuklarının paylaşımlarını yapan ebeveynler aslında çocuğun özel yaşam hakkına ilişkin faaliyette bulunmaktadır. Çocuğun paylaşılmasını tercih etmeyeceği fotoğrafları, bilgileri ebeveynler tarafından kamuya açık hâle getirilmektedir.

Teknolojinin günlük hayatın içine tamamen nüfuz ettiği günümüzde bireyin kimlik, iletişim, sağlık ve mali bilgileri, dinî inancı, siyasi görüşü gibi kişisel verilerinin mahremiyetini korumak büyük önem arz etmektedir. Kişisel veriler, gerek özel sektör gerek kamu sektörü tarafından bilişim sistemleri üzerinden otomatik yollarla sıkça işlenmektedir. Bu verilerin işlenmesi bireyler ile mal ve hizmet sunanlar bakımından bazı kolaylıklar ve avantajlar sağlasa da söz konusu verilerin istismar edilme riskini de beraberinde getirmektedir. Dolayısıyla bu iki menfaat arasında meşru ve makul dengenin kurulması gereklidir².

¹ Akıncı Vural Z. B. Bat, M. (2010). "Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma", *Journal of Yaşar University*, C 5., S 20., s. 3348-3382.

² Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (2019). "Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi".

İçinde yaşadığımız dönem “bilgi çağı” olarak adlandırılmaktadır. Bu çağda bilgi ve iletişim teknolojilerinde inanılmaz bir gelişme yaşanmakta ve bu teknolojiler hızla sosyal hayatı kuşatmaktadır. Bilişim teknolojilerinin gelişimine paralel olarak yazılı bilgi, ses, fotoğraf ve video vb. kişisel bilgiler içeren objelerin sanal ortamlarda paylaşımı giderek yaygınlaşmaktadır. İnternet, bilgi ve iletişim teknolojilerinin yaygınlaşmasında lokomotif bir rol oynamaktadır. Sosyal paylaşım siteleri, kullanıcıların sosyal ağda yer alan profillerinden indirilen tüm bilgi ve resimlere erişilebilmeye ve bunların internet kullanan herkes tarafından görülebilmesine imkân sağlamaktadır. Başka bir ifadeyle pek çok kişisel veri bu ortamlarda paylaşılmaktadır. Bu paylaşımlar, dikkat edilmediği takdirde kişisel verilerin korunmasında bazı riskleri içermektedir³.

Günümüzde gerek devlet gerekse özel sektör elektronik ortamda çeşitli hizmetler vermektedir. Bu hizmetlerin verilebilmesi için kişisel verilerin toplanması ve işlenmesi gerekmektedir. Bu nedenle günümüzde, kişisel verilerin yaygın bir şekilde toplanarak işlenmesini kolaylaştırmak ve bunları bireylerin yararlanmasına sunmak adeta zorunlu hâle gelmiştir. Ancak bu zorunluluk, kişilerin kendi verileri üzerindeki denetim hakkının kısıtlanmasına sebep olmamalıdır. Kişilerin kendi verilerinin geleceğini belirleme hakları vardır. Bu kapsamda herhangi bir hukuki dayanağı olmadan gerçekleşen veri işleme faaliyetleri kişi üzerinde doğrudan olumsuz sonuçlar doğurabilecek niteliktedir. Dolayısıyla veriler üzerindeki kontrol ve denetim hakkı, verinin ilgili olduğu kişide bulunmalıdır.

II. ÜLKEMİZDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINA DUYULAN İHTİYAÇ

Gün geçtikçe dijitalleşen dünyada bilişim teknolojilerinin gelişmesi, mal ve hizmetlerin sunulması bakımından veriye dayalı yönetim anlayışının benimsenmesi veri toplamayı kolaylaştırmış ve bu veriler üzerinde her türlü işlemin yapılmasını mümkün hâle getirmiştir. Kişi, kurum ve kuruluşlar tarafından kişisel veri işlenmesi adeta günlük yaşamın bir parçası hâline gelmiştir. Bu gelişmelere bağlı olarak kişisel verilerin ve mahremiyet hakkının önemi oldukça yakından hissedilmeye

³ Kılınç, D. (2012). “Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması”, *AÜHFED*, C 61., S 3., s. 1089-1169

başlanmış, bunun sonucu olarak ise kişisel verilerin belli bir düzen ve disiplin içerisinde işlenmesi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Diğer bir ifadeyle mahremiyetin siber ortamlarda da korunması gerekliliği meydana gelmiştir. Mahremiyetimizi korumak kişiliğimizi korumakla eş değerdir. Mahremiyet kavramının tanımına ilişkin pek çok görüş olmakla beraber, “başkaları tarafından görülmeksizin ve duyulmaksızın yalnız kalabilme durumu”⁴, “kamuoyunun dikkatinde olmadan özgür olabilme durumu”⁵, “gizlilik”⁶, “yalnız bırakılma hakkı; hakların en kapsamlısı ve özgür insanlar tarafından en çok değer verileni”⁷, “bir kimsenin kendisine veya grubuna ulaşma gayreti üzerindeki seçici kontrolü”⁸, “özel hayatın gizliliği” gibi tanımların kullanıldığı görülmektedir. Tanımlardan da anlaşıldığı üzere mahremiyeti kendi gizliliğimiz, bize ait özel alanımız olarak da tanımlayabiliriz.

Mahremiyet, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin (Sözleşme) sekizinci maddesinde “Özel ve aile hayatına saygı” başlığı altında düzenlenmesi dolayısıyla uluslararası boyutta öncelikli olarak korunan bir haktır. Aynı madde, ailenin korunması hakkını da düzenlemektedir. Bu kapsamda mahremiyet ile eş anlamlı olarak “özel hayatın gizliliği” kavramı da kullanılmaktadır.

Benzer şekilde mahremiyet ve dolayısıyla kişisel verilerin korunması ihtiyacı da Türkiye Cumhuriyeti Anayasası ve çeşitli kanunlar kapsamında güvence altına alınmıştır. Ülkemizde kişisel verilerin düzenlenmesi ihtiyacı, öncelikle Anayasa’nın 20. maddesinde yapılan değişiklik ve daha sonra bu hükme dayanılarak çıkarılan 6698 sayılı Kanun ile giderilmiş olup anılan Kanun Avrupa Birliği tarafından çıkarılan 95/46/EC Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Bu Tür Verilerin Serbest Dolaşımına Dair Bireylerin Korunması Direktifi’nden (Direktif) uyarlanarak çerçevesini oluşturmuştur⁹. Bu noktada belirtmek gerekir

⁴ Tanım için bkz. Longman, <https://www.ldoceonline.com/dictionary/privacy> (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

⁵ Tanım için bkz. Longman, <https://www.ldoceonline.com/dictionary/privacy> (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

⁶ Bkz. Türk Dil Kurumu, <https://sozluk.gov.tr/> (Erişim Tarihi: 17.11.2020).

⁷ Avaner, E. “Mahremiyet Nedir? Mahremiyetin Sağlık Hizmetleri Penceresinden Görünürlüğü Nasıldır?”, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, C 5., S 3., s. 110-116.

⁸ Utma, Seçil. “Mahremiyet Olgusu Ve Sosyal Medyada Mahremiyetin Serüveni.”, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C 11., S 59., s. 1198.

⁹ Erdinç, G. H. (2017). “Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması Ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler”, *Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi*, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi, Bilişim Enstitüsü, s. xvi.

ki söz konusu Direktif 25/5/2018 tarihinde 2018/679 sayılı Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT) olarak güncellenmiş olup detaylı ve bazı yönlerden yenilikçi hükümler içermektedir.

III. KİŞİSEL VERİLERİN TARİHSEL GELİŞİMİ VE ÜLKEMİZDE KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Kişisel verilerin korunması, 1960'lı yıllarda tartışılmaya, 1970'li yıllarda ise hukuki düzenlemelere konu olmaya başlamıştır. Bu alanda yapılan ilk düzenleme, 1970 yılında Almanya'nın Hessen eyaletinde kabul edilen "Veri Koruma Kanunu" olmuştur. Kişisel verilere ilişkin uluslararası ilk bağlayıcı belge niteliğini taşıyan "108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tâbi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi" (108 sayılı Sözleşme) 28/1/1981 tarihinde imzaya açılmış olup Türkiye de anılan sözleşmeyi imzalayan ilk ülkelerden biri olmuştur. Sözleşme Türkiye Cumhuriyeti tarafından 17/3/2016 tarihinde onaylanmıştır.

108 sayılı Sözleşme'nin de etkisiyle başta Avrupa Birliği ülkeleri olmak üzere çeşitli ülkelerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler yürürlüğe girmiştir. Bu çerçevede özellikle Avrupa Birliği düzenlemeleri örnek teşkil etmesi bakımından önem arz etmektedir. 1995 yılında 95/46 sayılı Veri Koruma Direktifi yürürlüğe girmiş, bu süreçte birçok ulusal düzenleme de birbiri ardına hayata geçirilmiştir. Gelinek noktada birçok Avrupa ülkesinde kişisel verilerin korunması alanında ortaya çıkan çok başlılığın giderilmesi ve bu ülkeler arasındaki birtakım uygulama farklılıklarının giderilmesi adına yürütülen çalışmalar sonucunda 25/5/2018 tarihinde Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GVKT) yürürlüğe girmiş olup GVKT ile kişisel verilere üst düzey bir koruma getirilmiştir.

Teknolojik gelişmeler 2000'li yıllardan itibaren daha aktif bir biçimde kişisel veriler üzerinde etkili olmaya başlamış, 2010'lu yıllarda bu etki katlanarak artmış, günümüzde ise veriden değer üretebilen teknolojiler yaygınlaşarak gelecekte çok daha etkili olacağını sinyallerini vermiştir. Ülkemiz, bu değişimlere kayıtsız kalmamış; kişisel verilerin korunması alanında birtakım reformlar gerçekleştirmiştir.

A. 2010 ANAYASA DEĞİŞİKLİĞİ

Kişisel veriler her ne kadar 2005 yılında yürürlüğe giren yeni Türk Ceza Kanunu kapsamında koruma altında olsa da bu konudaki asıl

dönüm noktası 2010 Anayasa değişikliği olmuştur. Anayasa'mızın 20. maddesine “Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.” hükmü eklenmiştir. Böylelikle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ülkemizde anayasal bir hak olarak tanınmış ve anayasal güvence altına alınmıştır.

Kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliği hakkı bağlamında değerlendirilmektedir. Nitekim Anayasa değişikliğinde de kişisel verilerin korunması hakkı, “Özel hayatın gizliliği” başlıklı 20. maddede düzenlenmiştir. Ancak hemen belirtmek gerekir ki kişisel verilerin korunması hakkı bağımsız bir temel haktır. Elbette özel hayatın gizliliği hakkı, kişisel verilerin korunması hakkını kapsar nitelikli olsa da bu hakkın ayrı bir hak olması sonucunu değiştirmemektedir. Bu çerçevede kişisel verilerin korunması hakkı temel bir insan hakkıdır. Aynı zamanda özel hayatın gizliliğiyle bağlantılı olan bir kişilik hakkıdır.

B. 6698 SAYILI KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI KANUNU

6698 sayılı Kanun'un 7/4/2016 tarihinde yayımlanarak yürürlüğe girmesi ile birlikte Türkiye'de kişisel verilerin korunması alanında yeni bir dönem başlamıştır. Kanun, 33 maddeden oluşan çerçeve nitelikte bir kanun olup 95/46 sayılı Direktif mehz alınarak hazırlanmıştır.

1. 6698 sayılı Kanun'un Amacı

6698 sayılı Kanun'la temel hak ve özgürlüklerin korunması ve kişisel veri işlemede uyulacak usul ve esasların düzenlenerek veri işleme faaliyetinin disiplin altına alınması amaçlanmıştır. Mahremiyet hakkı kapsamında kişinin onur ve itibarının korunması, kişiliğin serbestçe geliştirilebilmesi de yine bu Kanun'un amaçları arasındadır. Diğer yandan yine Kanun'la bireyin korunması ile veri temelli ekonomi arasında denge tesis etmek ve veri işlemede şeffaflık ve hesap verilebilirliği tesis etmek hedeflenmiştir. Buradan da anlaşıldığı üzere Kanun'un kişisel veri işlenmesinin tümünden önüne geçmeyi değil kişisel verilerin işlenmesine ilişkin denetim mekanizmaları getirerek bu verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesini engellemeyi amaç edindiği rahatlıkla söylenebilir.

6698 sayılı Kanun'un ilk maddesi, Kanun'un amacını açık bir biçimde düzenlemektedir. Anılan madde hükmü uyarınca 6698 sayılı Kanun'un amacı, "kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ve kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasları düzenlemektir." Madde gerekçesinde de Kanun'un amacının "kişisel verilerin işlenmesinin disiplin altına alınması ve Anayasa'da öngörülen başta özel hayatın gizliliği olmak üzere temel hak ve özgürlüklerin korunması" olduğu ve "son yıllarda önem kazanan kişinin mahremiyet hakkı ile bilgi güvenliği hakkının" korunmasının da yine bu kapsamda ele alındığı ifade edilmiş, "ayrıca kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişilerin yükümlülükleri ile uyacakları usul ve esasların" düzenlenmesinin de aynı şekilde Kanun'un amaçları arasında yer aldığı belirtilmiştir¹⁰.

Kişisel verilerimiz gerek kamu otoriteleri gerekse özel kuruluşlar tarafından çağımız bilişim teknolojilerin gelişmişliğinin de etkisiyle kolaylıkla ve devamlı olarak işlenmektedir. –Söz konusu faaliyetlerin sınırsız ve gelişigüzel bir biçimde gerçekleştirilmesinin önüne geçerek kişisel verilerin hangi şartlarda ve hangi kurallara tabi olarak işlenebileceğini düzenlemek 6698 sayılı Kanun'un amacını oluşturmaktadır. Sosyal ve ekonomik yaşamın sürdürülebilmesi, kamu hizmetlerinin etkin biçimde sunumu, mal ve hizmetlerin ekonominin gereklerine uygun biçimde geliştirilmesi, dağıtımı ve pazarlanması için kişisel verilerin toplanması zaruridir. Bu nedenle kişisel verilerin işlenmesini bütünüyle yasaklayıcı bir yaklaşımda bulunmak yerine kişisel verilerin işlenmesinin bireyler, mal ve hizmet sunanlar bakımından sağladığı kolaylıklar ile kişilerin temel hak ve özgürlükleri arasında meşru ve makul bir dengenin kurulması gereklidir. Diğer bir ifadeyle 6698 sayılı Kanun bir taraftan kişisel verileri işlenen bireylerin temel hak ve özgürlüklerini ve mahremiyetlerini koruyarak kişisel veri güvenliğini sağlarken diğer taraftan kişisel verileri işleyen gerçek ve tüzel kişiliklerin uyacakları usul ve esasları düzenlemektedir.

2. 6698 sayılı Kanun'un Kapsamı

6698 sayılı Kanun, kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt

¹⁰ Teklif metni ve gerekçeler için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim tarihi: 19/11/2020).

sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacaktır. Bu noktada belirtmekte fayda görülmektedir ki 6698 sayılı Kanun'un uygulaması bakımından kamu sektörü ve özel sektör ayrımı yapılmamıştır. Diğer bir ifadeyle 6698 sayılı Kanun'un belirlediği usul ve esaslar tüm kurum ve kuruluşlar için geçerlidir.

6698 sayılı Kanun kapsamında koruma altına alınan kişisel veriler sadece gerçek kişilere ait olan kişisel verilerdir, tüzel kişilere ait olan veriler kural olarak kanun kapsamında değildir. Bununla birlikte Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi'nde de belirtildiği üzere tüzel kişiye ait verinin elde edilmesi, bir veya birden fazla gerçek kişinin kimliğinin belirlenmesine neden oluyor ise bu tür verilerin de 6698 sayılı Kanun'un korumasından yararlanması mümkün olabilir¹¹.

6698 sayılı Kanun'un uyarlanmış olduğu Direktif'te ve 6698 sayılı Kanun'da otomatik işlemenin ne olduğuna ilişkin bir tanım yer almazken İktisadi İşbirliği ve Gelişme Teşkilatı (OECD) tarafından verilen tanım; "İnsan müdahalesi ya da yardımı konusundaki ihtiyacı asgari seviyeye indiren, kendi aralarında bağlantılı ve etkileşimli elektrikli veya elektronik bir sistem tarafından gerçekleştirilen veri işleme faaliyeti" şeklindedir. Öte yandan 6698 sayılı Kanun gerekçesinde, mezkûr Kanun'un kapsamı açıklanırken "Günümüzde bu veriler, gerek özel sektör gerek kamu sektörü tarafından bilişim sistemleri üzerinden otomatik yollarla sıkça kullanılmaktadır¹²." denilerek dolaylı yoldan otomatik işlemenin bilişim sistemleri üzerinde gerçekleştirilen faaliyetler olduğu belirtilmiştir. Buna göre otomatik olarak veri işlenmesi; bilgisayar, telefon, saat ve benzeri işlemci sahibi cihazlar tarafından yerine getirilen, yazılım veya donanım özellikleri aracılığıyla önceden hazırlanan algoritmalar kapsamında insan müdahalesi olmadan kendiliğinden gerçekleşen işleme faaliyetidir.

Yukarıda belirtildiği üzere kişisel veriler otomatik işlemeye tabi tutulmasalar bile "veri kayıt sistemi" aracılığıyla işlendiklerinde de 6698 sayılı Kanun hükümlerine tabi olacaklardır. 6698 sayılı Kanun uyarınca

¹¹ Rehber için bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi" <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/41784a70-2bac-4e4a-830f-35c628468646.PDF>, (Erişim Tarihi: 20/11/2020).

¹² Teklif metni ve gerekçeler için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 19/11/2020).

veri kayıt sistemi, “kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemi” olarak tanımlanmıştır.

Tanımdan da anlaşılacağı üzere bu kayıt sistemleri elektronik yahut fiziki ortamda oluşturulabilir. Buna göre örneğin veri kayıt sisteminde kişisel veriler; ad, soyadı veya kimlik numarası üzerinden sınıflandırılabilir gibi kredi borcunu ödemeyenlere ilişkin oluşturulacak sınıflandırma da bu kapsamda değerlendirilebilecektir. 6698 sayılı Kanun, otomatik olmayan yollarla veri işlenmesini tamamen kanun kapsamı dışında tutmamaktadır. Yani otomatik olmayan yolla veri işleme eğer veri kayıt sisteminin parçası ise bu durumda veri işleme faaliyeti 6698 sayılı Kanun kapsamında kabul edilecektir¹³.

Diğer taraftan 6698 sayılı Kanun'un 28. maddesinde ise tamamen veya kısmen Kanun kapsamı dışında olan istisnalar belirtilmiştir. Anılan maddenin birinci fıkrasında tam istisnalar, ikinci fıkrasında ise kısmî istisnalar düzenlenmiştir. Bu kapsamda tam istisna hâlinde 6698 sayılı Kanun hükümleri hiçbir şekilde uygulanmamaktadır. Bu hükmün ikinci fıkrasında ise kısmen Kanun kapsamı dışında kalan hususlar düzenlenmekte olup söz konusu fıkra da belirtilen kişisel veri işleme faaliyetlerinde, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10. madde, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç olmak üzere ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. madde ve Veri Sorumluları Sicili'ne kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. madde hükümlerinin uygulanmayacağı hükme bağlanmıştır.

6698 sayılı Kanun'un 28. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen tam istisna hâlleri sırasıyla; kişisel verilerin üçüncü kişilere verilmemek ve veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler uyulmak kaydıyla gerçek kişiler tarafından tamamen kendisiyle veya aynı konutta yaşayan aile fertleriyle ilgili faaliyetler kapsamında işlenmesi, kişisel verilerin resmî istatistik ile anonim hâle getirilmek suretiyle araştırma, planlama ve istatistik gibi amaçlarla işlenmesi, 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, kişisel verilerin millî savunmayı,

¹³ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “6698 Sayılı Kanun'da Yer Alan Temel Kavramlar”, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/45af208d-3718-49ed-b51a-9be9edde6ff2.pdf>, s. 13-15., (Erişim Tarihi: 20/11/2020).

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 ve kişisel verilerin soruşturma, kovuşturma, yargılama veya infaz işlemlerine ilişkin olarak yargı makamları veya infaz mercileri tarafından işlenmesi olarak yer almaktadır.

6698 sayılı Kanun'un 28. maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kısmî istisnalar ise sırası ile; kişisel veri işlemenin suç işlenmesinin önlenmesi veya suç soruşturması için gerekli olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş kişisel verilerin işlenmesi, kişisel veri işlemenin 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 ve kişisel veri işlemenin bütçe, vergi ve mali konulara ilişkin olarak devletin ekonomik ve mali çıkarlarının korunması için gerekli olması olarak düzenlenmiştir. Mezkûr hükümde de ifade edildiği üzere kısmî istisna durumlarında veri işleme faaliyetlerinde, veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğünü düzenleyen 10. madde, zararın giderilmesini talep etme hakkı hariç olmak üzere ilgili kişinin haklarını düzenleyen 11. madde ve Veri Sorumluları Sicili'ne kayıt yükümlülüğünü düzenleyen 16. madde hükümlerinin uygulanmayacak olup veri işleme faaliyetlerine ilişkin olarak 6698 sayılı Kanun'da yer alan veri işleme şartlarının mevcudiyeti de aranacaktır.

3. Kanun'un Genel (Temel) İlkeleri

6698 sayılı Kanun; genel ilkeler, kişisel veri işleme şartları, ilgili kişinin hakları ve veri sorumlusunun yükümlülükleri olarak dört ana başlık hâlinde incelenebilir. Bu ana başlıklar içerisinde üzerinde en çok durulması gereken unsurun ise temel ilkeler olduğu öne sürülebilir çünkü temel ilkeler 6698 sayılı Kanun'un ruhunu oluşturmaktadır. Kişisel veri işleme faaliyetinin bir bakıma olmazsa olmazını teşkil eden bu ilkelere eksiksiz bir şekilde uygunluk sağlamak bir zorunluluktur. Kişisel veri işleme şartlarının bulunması durumunda dahi genel ilkelere riayet edilmediği tespit edilirse hukuka aykırı bir kişisel veri işleme faaliyeti gerçekleşmiş olacaktır.

Yücedağ'a göre Anayasa'nın 20. maddesindeki değişiklikle getirilen düzenlemede yer alan "Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir." hükmü kişisel verilerin işlenmesinin kural olarak yasak olmakla birlikte kanunda öngörülen hâller veya kişinin açık rızası bulunduğu durumlarda mümkün olduğunu ifade etmektedir¹⁴. 6698 sayılı Kanun'un gerekçesinde de pek çok kez atıf yapılan 95/46/EC sayılı Direktif'in 6. maddesinde bulunan ilkelere benzer şekilde 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinde "Genel İlkeler" düzenlenmiştir. Bu ilkeler sırasıyla "Hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma, doğru ve gerektiğinde güncel olma, belirli, açık ve meşru amaçlar için işlenme, işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ve ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme" olarak yer almaktadır.

Bu ilkelerden ilki olan "hukuka ve dürüstlük kurallarına uygunluk" ilkesi, 95/46/EC sayılı Direktif ve GVKT'deki "lawfulness (hukuka uygunluk)" ve "fairness (adil olma)" ilkelerinin karşılığı olarak değerlendirilebilecektir. Hukuka ve dürüstlük kuralına uygun olma, kişisel verilerin işlenmesinde kanunlarla ve diğer hukuksal düzenlemelerle getirilen ilkelere uygun hareket edilmesi zorunluluğunu ifade etmektedir. Dürüstlük kuralına uygun olma ilkesi uyarınca veri sorumlusu, veri işlemedeki hedeflerine ulaşmaya çalışırken ilgili kişilerin çıkarlarını ve makul beklentilerini dikkate almalıdır. Bu kapsamda ilgili kişilerin öngöremeyeceği şekilde veri işlenmemeli, makul beklentileri dikkate alınmalı, güveni kötüye kullanılmamalı ve yanılığlarından yararlanılmamalıdır. Çekin'e göre hukuka uygun olma ilkesi, hukuk devleti ilkesinin bir gereğidir ve dürüstlük kuralı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki dürüstlük kuralından ayrı olarak "adil kullanım" anlamına sahiptir. Bunun yanında bu ilke kural olarak yasak olan veri işleme faaliyetinin ancak 6698 sayılı Kanun'da öngörülen hâllerde mümkün olmasını destekler mahiyettedir¹⁵. Diğer bir deyişle kişisel verilerin korunması bağlamında kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunması en güçlü şekilde verilerin işlenmesinin yasak olmasıyla mümkünken

¹⁴ Yücedağ, N. (2019). "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler", *Kişisel Verileri Koruma Dergisi* C 1., S 1., s. 47-63.

¹⁵ Çekin, M. S. Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 64.

bunların 6698 sayılı Kanun'da öngörülen hâllerde işlenebilmesinde de diğer ilkelerle birlikte hukuka ve dürüstlük kurallarına uygun olma ilkesinin aranması korumayı güçlendirici niteliktedir.

Doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi, ilgili kişinin doğru olmayan veya güncel olmayan verileri nedeniyle mağduriyete uğrayabilmesinin önündeki en önemli engeldir. Doğru ve gerektiğinde güncel olma ilkesi, kişisel verilerin doğruluğunun ve güncelliğinin önemini vurgulamaktadır. Kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel bir şekilde tutulması, veri sorumlusunun menfaatine uygun olduğu gibi ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerinin korunması açısından da gereklidir. 6698 sayılı Kanun'un lafzından verinin her şartta doğru olması ancak gerektiğinde güncel olması anlaşılmaktadır. Bu bağlamda kanun koyucu "gerektiğinde" ifadesine yer vererek veri sorumlusuna hareket alanı tanımaktadır. Çekin'in ifadesiyle bu hareket alanında somut olayın şartlarının değerlendirilmesi gerekmektedir¹⁶. Verinin güncel olmaması, ilgili kişi nezdinde mağduriyet oluşturacaksa veri sorumluları verilerin doğruluğunu ve güncelliğini periyodik olarak kontrol etmelidir. Kişilerin güncel olmayan veya yanlış tutulan kişisel verileri nedeniyle maddi ve manevi zarar görmesi mümkün olacaktır.

6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinin gerekçesine göre belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme ilkesi, veri sorumlusunun veri işleme amacını açık ve kesin olarak belirlemesini ve bu amacın meşru olmasını zorunlu kılmakta; amacın meşru olması ise veri sorumlusunun işlediği verilerin yapmış olduğu iş veya sunmuş olduğu hizmetle bağlantılı ve bunlar için gerekli olmasıdır¹⁷. Bu kapsamda belirli, açık ve meşru bir amaçla elde edilen bir kişisel verinin o amaç dışında başka bir amaçla işlemeye tabi tutulması hâlinde veri sorumlusunun sorumluluğu doğacaktır. Amacın belirli ve açık olması, şeffaflığın tesis edilmesini ve ilgili kişinin haklarının güvence altına alınmasını sağlamaktadır. Bu açıdan, kişisel veri işlemeyen önce veya en geç işleme anında amacın belirlenmesi gerekir.

Kanun koyucu; belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme ilkesinin yanında ayrıca bu meşru amaçla bağlantılı, sınırı ve ölçülü olarak veri

¹⁶ a.g.e. s. 71.

¹⁷ Teklif metni ve gerekçeler için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 19/11/2020).

işlenmesi zorunluluğunu da hüküm altına almıştır. Bu ilke, kişisel verilerin gelişigüzel işlenmesini engelleme ve kişisel veri işleme faaliyetini düzenlemeye yönelik en önemli yapı taşlarından biri olup GVKKT'de "veri minimizasyonu" olarak da anılmaktadır. İşlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olma ilkesine göre işlenen verilerin belirlenen amaçların gerçekleştirilebilmesine elverişli olması, amacın gerçekleştirilmesiyle ilgili olmayan veya ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılması gerekmektedir¹⁸. Sonradan ortaya çıkması muhtemel ihtiyaçların karşılanmasına yönelik olarak veri işlenmesi yoluna gidilmemelidir çünkü muhtemel ihtiyaçlara yönelik kişisel veri işlenmesi, yeni bir veri işleme faaliyeti anlamına gelecektir¹⁹. Amaç için gerekli olanın dışında kişisel veri işlenmesi, sınırlı tutulma ilkesine aykırılık teşkil edecektir. Burada önemli olan; amacı gerçekleştirmeye yönelik yeterli verinin temin edilmesi, bunun dışındaki amaç için gerekli olmayan veri işlemeden kaçınılmasıdır²⁰. Mevcutta olmayan ve sonradan gerçekleşmesi düşünülen amaçlarla kişisel veri işlenmemelidir²¹. Ölçülülük ilkesi, veri işleme ile gerçekleştirilmesi istenen amaç arasında makul bir dengenin kurulması anlamına gelmektedir²². Yani veri işlemenin, amacı gerçekleştirecek ölçüde olması demektir.

Son olarak "ilgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkesi" ise kişisel verilerin işlenmesinde süre boyutunu düzenlemektedir. Madde gerekçesinde yer alan "veri sorumluları, ilgili mevzuatta verilerin saklanması için öngörülen bir süre varsa bu süreye uyacak; yoksa verileri, ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edebilecektir. Bir verinin daha fazla saklanması için geçerli bir sebep olmaması durumunda, o veri silinecek veya anonim hale getirilecektir. Gelecekte kullanma ihtimalinin varlığına dayanarak veri saklanamayacaktır. Veri sorumlusu, Kanun'un 16. maddesi uyarınca Sicil'e kayıt için başvuru yaparken kişisel verilerin işlendikleri amaç için gerekli olan azami süreyi bildirmek zorundadır." ifadesi göz önünde bulundurulduğunda ilkenin kişisel verilerin korunması açısından Kanun'la getirilen pek çok

¹⁸ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (t.y.). *Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler*, Ankara: KVKK Yayınları, s. 9

¹⁹ a.g.e. s. 9.

²⁰ a.g.e. s. 9.

²¹ a.g.e. s. 9.

²² a.g.e. s. 10.

düzenlemeye temas ettiği ve büyük öneme sahip olduğu görülmektedir²³. İlgili mevzuatta öngörülen veya işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar muhafaza edilme ilkesine göre ise kişisel verilerin saklanması için veri sorumlusu tarafından belirlenen saklama sürelerinin yanı sıra veri sorumlusunun tabi olduğu ilgili mevzuat kapsamında da belirlenmiş saklama süreleri bulunabilir. Buna göre veri sorumluları, kişisel veriler için mevzuatta öngörülmüş bir süre varsa bu süreye riayet edecek, eğer böyle bir süre öngörülmemişse kişisel verileri ancak işlendikleri amaç için gerekli olan süre kadar saklayabilecektir²⁴.

4. Genel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinde (genel nitelikli) kişisel verilerin işlenme şartları düzenlenmiş olup 6. maddesinde ise özel nitelikli kişisel verilerin işlenme şartları hüküm altına alınmıştır. Bu bağlamda özel nitelikli kişisel veri niteliğini haiz olmayan kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesi için gerekli olan şartlar 6698 sayılı Kanun'un 5. maddesinde düzenlenmiştir. Genel nitelikli kişisel veriler için işleme şartları; açık rıza, kanunlarda açıkça öngörülme, fiilî 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 olması, ilgili kişinin kendisi tarafından alenileştirilmiş olması, bir hakkın tesisi kullanılması veya korunması için veri işlemenin zorunlu olması, son olarak ise ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olmasıdır. Bu hususta belirtilmesi gereken en önemli noktalardan birisi sayılan bu işleme şartları arasında herhangi bir öncelik ve sonralık ilişkisinin olmamasıdır. Ayrıca bu işleme şartlarından birinin olması (temel ilkelere de uyum sağlanması şartıyla) kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun hale getirecektir.

²³ Teklif metni ve gerekçeler için bkz. <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem26/yil01/ss117.pdf> (Erişim Tarihi: 19/11/2020).

²⁴ Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (t.y.). *Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler*, Ankara: KVKK Yayınları, s. 11.

a. İlgili Kişinin Açık Rızası

6698 sayılı Kanun'un 3. maddesinin (1) numaralı fıkrasının a bendinde açık rızanın unsurları sayılmış olup bunlar; belirli bir konuya ilişkin olma, bilgilendirilmeye dayanma ve özgür iradedir. Rızanın açıklanması hususunda herhangi bir şekil şartı bulunmamaktadır. Veri işlemek üzere verilen açık rızanın geçerli olması için açık rızanın öncelikle belirli bir konuya ilişkin ve o konu ile sınırlı olarak verilmesi gerekmekte olup veri sorumlusu tarafından açık rıza beyanının hangi konuya ilişkin olarak istenildiğinin açıkça ortaya konulması gerekmektedir²⁵. Bununla birlikte açık rıza bir irade beyanı olduğundan, kişinin özgür bir şekilde rıza gösterebilmesi için neye rıza gösterdiğini de bilmesi gerekir²⁶. 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 işlemeden önce yapılması gerekir²⁷. 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 verilip verilmediğinin dikkatle değerlendirilmesi gerekmektedir²⁸.

b. Kanunlarda Açıkça Öngörülmesi

Kanunlarda kişisel verilerin işlenmesi hususunda bir yetki verilmiş olması veri işleme şartlarından birinin bulunduğu anlamına gelmektedir. Küzeci, "açık" ibaresinin olması sebebiyle kanunlarda açık düzenleme olması hâlinde kişisel verilerin işlenebileceği, aksi hâlde kanunla verilmiş genel yetkinin kişisel verilerin işleme şartları kapsamında sayılmayacağı görüşündedir²⁹. Kanaatimizce burada kanun koyucunun iradesine bakılması gerekmektedir. Sadece lafzi yorum yapmanın Kanun'un ruhuna aykırı olacağı ve lafzi yorum yapılması hâlinde söz konusu işleme şartının çok sınırlı hâllerde uygulanacağı düşünülmektedir.

²⁵ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, "Açık Rıza", <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf> (Erişim Tarihi: 16.11.2020), s. 5

²⁶ a.g.e. s. 5.

²⁷ a.g.e. s. 5.

²⁸ a.g.e. s. 6.

²⁹ Küzeci, E. (2019). s. 342.

c. Fiilî İmkânsızlık Nedeniyle Rızasını Açıklayamayacak Durumda Bulunan veya Rızasına Hukuki Geçerlilik Tanınmayan Kişinin Kendisinin ya da Bir Başkasının Hayatı veya Beden Bütünlüğünün Korunması İçin Zorunlu Olması

Söz konusu bu şartın gerçekleşmesi için 6698 sayılı Kanun'da sayılan iki şartın gerçekleşmesi gerekmekte olup bu şartlar ise kişinin kendisinin ya da bir başkasının hayatı veya beden bütünlüğünün korunması için kişisel veri işleminin zorunlu olması ve fiilî imkânsızlık nedeniyle rızasını açıklayamayacak durumda bulunan veya rızasına hukuki geçerlilik anınmayan bir kişi olmasıdır³⁰. Benzer şekilde GVKT'nin 6. maddesinin (1) numaralı fıkrasının (d) bendinde de "işlemin ilgili kişinin veya diğer bir gerçek kişinin hayati menfaatlerini korumak için gerekli olması" hâli benzer menfaati korumaya yönelik olarak düzenleme olarak görülmektedir³¹.

ç. Bir Sözleşmenin Kurulması veya İfasıyla Doğrudan Doğruya İlgili Olması Kaydıyla Sözleşmenin Taraflarına Ait Kişisel Verilerin İşlenmesinin Gerekli Olması

6698 sayılı Kanun, burada sözleşmenin kurulması ya da ifasının varlığını aramakta olup haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri bu kapsamda değerlendirilemeyecektir³². Ayrıca sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması hâlinde bu şarta dayanılabilecektir. İşlemin sözleşmenin ifası veya kurulmasında gerekli olması hususunun kabulü için bu amaca hizmet etmesi gerekmekte olup işleme bu amaçla sınırlı olarak gerçekleştirilmelidir³³. Satış sözleşmesi, bankacılık sözleşmeleri buna örnek olarak verilebilir.

d. Veri Sorumlusunun Hukuki Yükümlülüğünü Yerine Getirebilmesi İçin Zorunlu Olması

Çeşitli yasal düzenlemelerden kaynaklı olarak veri sorumlularının yükümlülüklerinin bulunması hâlinde bu yükümlülükleri yerine

³⁰ a.g.e., s. 343.

³¹ Develioğlu, H.M. (2017). *6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, s. 63, 64.

³² Çekin, M.S. (2019). s. 66.

³³ Develioğlu, H.M. (2017). s. 61.

getirmesi açısından ilgili kişinin açık rızasının alınması gerekmeyecektir³⁴. Vergi hukuku alanında (vergi denetimi sırasında çalışan ya da müşterilere ait ilgili veriler) ya da sosyal güvenlik mevzuatı kapsamında (sosyal sigorta numarası gibi) kişisel veri işlenmesi örnek olarak verilebilir³⁵. Benzer şekilde 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 gibi örnekler verilebilir.

e. İlgili Kişinin Kendisi Tarafından Alenileştirilmiş Olması

Bu şartla ilgili kişinin kendisi tarafından kişisel verisinin alenileştirilmesi hâlinde açık rıza alınmaksızın kişisel verilerin işlenmesinin mümkün olduğu ifade edilmiştir. Burada önemli olan bir husus ise alenileştirme iradesinin olması gerektiğidir. Yani kişisel verinin ait olduğu kişi, bu verisinin aleni olmasını istemelidir. Ayrıca, kişisel verinin alenileştirme amacı dışında kullanılmaması da gerekmektedir. Örneğin ikinci el araç satışı yapılan internet sitelerinde aracını satmak isteyen ilgili kişinin iletişim bilgilerinin pazarlama amacıyla kullanılması mümkün değildir. Benzer şekilde muayenehanesi olan doktorun ad, soyadı, telefon numarası, adres gibi verilerinin bulunduğu kartvizitini dağıtması bu kişisel verilerinin her amaç için kullanılabileceği anlamına gelmemektedir. Kartvizitte bulunan telefon numarası muayene olmak amacıyla işlenebilecek olup pazarlama amacı ile kullanılamayacaktır³⁶. Yine kurumsal internet sitelerinde, çalışanların iş yeri telefon numaraları ve kurumsal e-posta adreslerinin üçüncü kişilerin erişimine açık şekilde paylaşılması hâlinde de alenileştirmeden söz edilebilir.

f. Bir Hakkın Tesisi, Kullanılması veya Korunması İçin Veri İşlemenin Zorunlu Olması

Kanunda bir hakkın tesisi, kullanılması veya korunması için zorunlu olması hâlinde ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün olduğu düzenlenmiştir. Burada hakkın tesisi, kullanılması ve korunmasının sınırlarının belirlenmesi gerekmektedir³⁷. Ayrıca veri

³⁴ Küzeci, E. (2019). s. 344.

³⁵ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (2019). *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*, Ankara: KVKK Yayınları, s. 75, 76.

³⁶ Dülger, V. M. (2019). *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku*, İstanbul: Hukuk Akademisi, s. 217, 218.

³⁷ Küzeci, E. (2019). s. 346.

işlemenin zorunlu olması hâlinin de sağlanıp sağlanmadığının her somut olayda araştırılması gerekecektir.

g. İlgili Kişinin Temel Hak ve Özgürlüklerine Zarar Vermemek Kaydıyla Veri Sorumlusunun Meşru Menfaatleri İçin Veri İşlenmesinin Zorunlu Olması

6698 sayılı Kanun, veri sorumlusunun meşru menfaati için kişisel veri işlemek zorunda olduğu durumlarda ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek şartıyla kişisel veri işlenebileceğini düzenlemiştir. Burada üzerinde durulması gereken hususlardan bir tanesi, meşru menfaat kavramının nasıl yorumlanması gerektiğidir. Meşru menfaatin çok geniş yorumlanarak ilgili kişinin kişisel verilerin korunması hakkını zarara uğratabileceğinden endişe edilmektedir³⁸. Bu kapsamda kişisel verilerin korunması hukukunun veri sorumlusu ve ilgili kişi arasındaki ilişkiyi dengelemeye yönelik olduğu ve veri işleme süreçlerinde korumasız olan bireyin hukuken korunmasının amaçlandığı dikkate alınarak meşru menfaat kavramının yorumlanması gerekmektedir³⁹.

Kurum tarafından yayımlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi'nde, veri sorumlusunun meşru menfaatinin gerçekleştirilecek olan işleme sonucunda elde edeceği çıkara ve faydaya yönelik olduğu; veri sorumlusunun elde edeceği faydanın meşru, ilgili kişinin temel hak ve özgürlüğü ile yarışabilecek yeterli düzeyde etkin, belirli ve hâlihazırda mevcut olan bir menfaatine ilişkin olması gerektiği; veri sorumlusunun gerçekleştirdiği güncel aktivitelerle ilişkili ve ona yakın gelecekte fayda sağlayacak bir işlem olması gerektiği belirtilmiştir⁴⁰.

Bir diğer önemli husus menfaat dengesidir. Bu noktada veri sorumlusunun menfaati ile işleme faaliyetinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde oluşturacağı etkinin değerlendirilmesi sonucunda, kişisel veri işleme faaliyetinin ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde yarattığı olumsuz etkinin veri sorumlusunun menfaati kapsamında elde edeceği çıkar ve faydanın daha az önemli olması

³⁸ Dülger, V. M. (2019). s. 218.

³⁹ Küzeci, E. (2019). s. 347.

⁴⁰ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (2018). *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*, Ankara: KVKK Yayınları, s. 78.

gerekmektedir⁴¹. Yani ilgili kişinin menfaatinin daha ağır bastığı hâlde kişisel verilerin bu şarta dayalı olarak işlenmesi mümkün değildir⁴². Kurum tarafından yayımlanan Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi'nde de "...*madde kapsamında belirtilen veri sorumlusunun menfaati ile ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri arasında makul bir denge sağlanmasını gerektirmektedir.*" şeklinde menfaat dengesinin sağlanması gerektiği hususu ve veri sorumlusunun meşru menfaati, ilgili kişinin temel hak ve özgürlükleri üzerinde kişisel verinin işlenmesinin yaratacağı etki ile duruma ve olayın mahiyetine göre farklılık gösterecek olan dengelerin (üstün gelen menfaatin ve hakkın) değerlendirilmesi gereken konular olduğu; ayrıca meşru menfaat şartının maddede yer alan diğer hâller uygulanmadığı takdirde veri işlenmesi bakımından başvurulacak son çare olmadığı ve her şeyi kapsamına dâhil edebilecek ve tüm kişisel verilerin işlenmesine ilişkin faaliyetleri kanuni hâle getirecek bir düzenleme olmadığı belirtilmiştir⁴³.

5. Özel Nitelikli Kişisel Verilerin İşlenme Şartları

Kanun, özel nitelikli kişisel verilere özel bir önem atfetmekte ve bu verilerle ilgili farklı bir düzenleme getirmektedir. Bu tür veriler, 6698 sayılı Kanun'un gerekçesinde "hassas veri" olarak da anılmaktadır. Özel nitelikli kişisel veriler, öğrenilmesi hâlinde ilgili kişi hakkında ayrımcılık yapılmasına veya mağduriyete neden olabilecek nitelikteki verilerdir. Bu nedenle diğer kişisel verilere göre çok daha sıkı şekilde korunmaları gerekmektedir. Kanun, özel nitelikli kişisel veriler arasında da bir ayırım yapmıştır. Buna göre sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ile bunlar dışındaki özel nitelikli kişisel verilerin açık rıza olmaksızın işlenebileceği hâlleri farklı düzenlemiştir. Belirtmek gerekir ki bütün temel hak ve özgürlüklerde olduğu gibi özel nitelikli kişisel verilere ilişkin koruma mutlak değildir, sınırlanabilir. Bu sınırlamanın Anayasa'nun

⁴¹ Dülger, V. M. (2019). s. 219.

⁴² Çekin, M. S. (2019). s. 73.

⁴³ Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, (2018). *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*, Ankara: KVKK Yayınları, s. 79; Çekin, sözleşmeye taraf olmayan ya da sözleşme çerçevesinde kendisine ifade bulunulmayan kişilerin verilerinin işlenmesi hususunda üçüncü kişinin rızasının bulunmaması halinde dayanak olacak tek hükmün "ilgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması hali olduğu"; zira "bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olması kaydıyla, sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin işlenmesinin gerekli olması" halinde açıkça sözleşme taraflarına ait kişisel verilerden bahsedildiği dolayısıyla bu veri işleme şartının bu halde dayanak hüküm olarak kabul edilemeyeceği görüşündedir, Çekin, M.S. (2019). s. 74.

13. maddesinde belirtilen esaslara uygun olarak gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Özel nitelikli kişisel verilerin işlenebilmesi için ilk imkân, ilgili kişilerin açık rızasının olmasıdır. 6698 sayılı Kanun'un 6. maddesinin ikinci fıkrası, "Özel nitelikli kişisel verilerin, ilgilinin açık rızası olmaksızın işlenmesi yasaktır." hükmünü amirdir. Maddenin üçüncü fıkrasında açık rıza gerektirmeden özel nitelikli kişisel veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilebileceği hâller ayrıca düzenleme altına alınmıştır. Bahsedilen fıkrada ise özel nitelikli kişisel verilerden olan "sağlığa ve cinsel hayata ilişkin veriler" daha da spesifik bir kısıtlamaya tabi tutularak gerek bu verilerin işlenebilecekleri konu bakımından gerekse bu verileri işleyebilecek kişiler bakımından daha da sınırlandırılmıştır.

Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel verilerin dışındaki özel nitelikli kişisel veriler, "kanunlarda öngörülen" hâllerde ilgili kişinin açık rızası aranmaksızın işlenebilmektedir. Sağlık ve cinsel hayata ilişkin kişisel veriler ise ancak kamu sağlığının korunması, koruyucu hekimlik, tıbbi teşhis, tedavi ve bakım hizmetlerinin yürütülmesi, sağlık hizmetleri ile finansmanının planlanması ve yönetimi amacıyla işlenebilmektedir. Sağlık verileri ve cinsel hayata ilişkin veriler, ancak bahsedilen bu hâllerden birinin veya birkaçının varlığı hâlinde işleme faaliyetinin konusunu teşkil edebileceklerdir. Ancak bu veriler sır saklama yükümlülüğü altında bulunan kişiler veya yetkili kurum ve kuruluşlar tarafından işlenebilecektir.

Özel nitelikli kişisel verilere ilişkin düzenlemeler içeren 6. maddenin son fıkrasında ise Kişisel Verileri Koruma Kurulu tarafından belirlenecek olan yeterli önlemlerin alınması şartı getirilmiş olup bu önlemler Kurulun 31/1/2018 tarihli 2018/10 sayılı kararı ile belirlenmiştir.

6. İlgili Kişinin Hakları

Herkes veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel veri işlenip işlenmediğini öğrenme, kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme, kişisel verilerin işleme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme, kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme, Kanun'un 7. maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini isteme, düzeltme, silme veya yok etme taleplerinin

kişisel verilerin aktarıldığı üçüncü kişilere bildirilmesini isteme, işlenen verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla analiz edilmesi suretiyle kişinin kendisi aleyhine bir sonucun ortaya çıkmasına itiraz etme, kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep etme haklarına sahiptir.

İlgili kişi hakları, 6698 sayılı Kanun'un 11. maddesinde düzenlenmektedir. İlgili kişiler, kişisel verilerini paylaştıktan sonra bu verileri üzerindeki kontrol mekanizmasını 6698 sayılı Kanun'un 11. maddesinde tanımlanan haklar doğrultusunda sağlamaktadır. Bu haklar sayesinde veri sorumlusunun 6698 sayılı Kanun'a uygun hareket edip etmediği tespit edilerek ilgili kişi gerekli gördüğü takdirde veri işleme faaliyetinin hukuka uygun hâle getirilmesini ya da hukuka aykırı işleme faaliyetinden doğan zararların tazminini talep edebilecektir⁴⁴.

a. Kişisel Veri İşlenip İşlenmediğini Öğrenme

6698 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendi uyarınca ilgili kişi, veri sorumlusuna başvurarak kendisiyle ilgili kişisel verilerinin işlenip işlenmediğini öğrenme hakkına sahiptir. Bu düzenleme sayesinde kişi, kendi kişisel verisinin işlenip işlenmediğini öğrenmektedir. Diğer bir deyişle ilgili kişi, veri sorumlusunun herhangi bir kişisel veri işleme faaliyetini gerçekleştirip gerçekleştirmediğini değil kendi kişisel verisinin işlenip işlenmediğini öğrenecektir. Yine aynı şekilde kişiye, üçüncü kişilerin kişisel verilerinin işlenip işlenmediği noktasında da bilgi alma yetkisi tanınmamaktadır⁴⁵. Veri sorumlusu ise bu kapsamda ilgili kişiyi bilgilendirmekle yükümlüdür. İlgili kişinin kişisel verisini işlememişse dahi bu durumu ilgili kişiye belirtmesi gerekecektir. Bu düzenleme sayesinde ilgili kişi kişisel veri işleme faaliyetinin meşruluğunu teyit edebilmektedir.

b. Kişisel Verileri İşlenmişse Buna İlişkin Bilgi Talep Etme

İlgili kişiler, kişisel verilerinin işlendiği her durumda buna ilişkin bilgi talep etme hakkına sahiptir. Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme hakkı, kapsamı itibarıyla oldukça geniş olup aslında 6698 sayılı Kanun'un 11. maddesinin diğer bentlerinde sayılan hakları da içermektedir. Bu çerçevede düşünüldüğü takdirde aslında bu bent

⁴⁴ Çekin, Mesut Serdar, s. 138-140.

⁴⁵ a.g.e. s. 121-124

düzenlemede bulunmasaydı dahi ilgili kişi diğer bentlerde sayılan haklar uyarınca işlenen kişisel verileri hakkında bilgi talep edebilecektir. Nitekim kişi işlenen kişisel verinin düzeltilmesi, silinmesi, yok edilmesi ve benzeri taleplerde bulunmak için bu verinin bütünü hakkında bilgi sahibi olmalıdır. Diğer bir deyişle işlenen verinin bizzat kendisinin paylaşılması ile ilgili kişi de bu doğrultuda haklarını kullanabilecektir. Kişisel verileri işlenmişse buna ilişkin bilgi talep etme hakkı sayesinde kişiye kişisel verilere ulaşabilmesinin yanı sıra bu veriler üzerinde tam bir hâkimiyet ve kişisel verilerini yönetebilme hakkı sağlanmaktadır. Bu sayede kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlendiğinin tespitinde ilgili kişi önemli rol oynamaktadır.

c. Kişisel Verilerin İşlenme Amacını ve Bunların Amacına Uygun Kullanılıp Kullanılmadığını Öğrenme

Yukarıda belirttiğimiz gibi 6698 sayılı Kanun'un 4. maddesinde kişisel verilerin işlenmesinde her hâl ve koşulda gözetilmesi gereken genel ilkeler düzenlenmektedir. Bu çerçevede kişisel verilerin “*belirli, açık ve meşru amaçlar için işleme*” ilkesi de kişisel veri işleme faaliyetinde her zaman göz önünde bulunması ve uyulması gereken ilkelerden biri olarak sayılmıştır. Bu ilkenin de bir uzantısı olarak ilgili kişiler, kişisel verilerin işlenme amacını ve bunların amacına uygun kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına sahiptir. Veri sorumlusu, veri işleme faaliyetinden önce veri işleme amaçlarını açık ve kesin olarak belirlemeli, bu doğrultuda ilgili kişiye aydınlatma yükümlülüğü kapsamında da bilgi vermelidir. Veri sorumlusunun belirttiği amaç dışında kişisel veri işlediği tespit edilirse bu durumda veri sorumlusunun ilgili fiilinden ötürü sorumluluğu doğacaktır. Veri sorumlusu belirttiği amaç doğrultusunda, ölçülü olarak veri işlemelidir. Amacın gerektirdiği ölçüyü aşarak veri işlenmesi hâlinde kişisel veriler hukuka aykırı olarak işlenmiş olacaktır. Sonradan veri işlenmesini gerektiren bir durum oluşursa o amaç doğrultusunda ilgili kişi tekrar bilgilendirmeli ve o doğrultuda kişisel veri işlenmelidir.

ç. Yurt İçinde veya Yurt Dışında Kişisel Verilerinin Aktarıldığı Üçüncü Kişileri Bilme

İlgili kişiler, yurt içinde veya yurt dışında kişisel verilerinin aktarıldığı üçüncü kişileri bilme hakkına sahiptir. Veri sorumlusu tarafından yurt içi veya yurt dışında yerleşik üçüncü kişilere kişisel verilerin aktarımının söz konusu olduğu durumlarda bu düzenleme sayesinde ilgili kişiler

kişisel verileri veri işleme şartına bağlı olarak aktarılmışsa dahi bunu bilme hakkına sahip olacaktır.

d. Kişisel Verilerin Eksik veya Yanlış İşlenmiş Olması Hâlinde Bunların Düzeltmesini İsteme

“Kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel olması” ilkesi de 6698 sayılı Kanun’un 4. maddesinde yer alan temel ilkelerden biridir. Kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde bunların düzeltilmesini isteme hakkı da anılan ilke ile uyumlu olarak ilgili kişilere hak olarak tanınmıştır. Kişisel verilerin işlenmesi sürecinin başından sonuna kadar kişisel verilerin doğru ve güncel olması önem arz etmektedir. Eksik ya da yanlış işlenen kişisel veri neticesinde ilgili kişiye yönelik olumsuz sonuçlar doğabilir, bu olumsuz sonuçların önlenmesi açısından anılan hakkın kullanılması önem arz etmektedir.

e. 6698 Sayılı Kanun’un 7. Maddesinde Öngörülen Şartlar Çerçevesinde Kişisel Verilerin Silinmesini veya Yok Edilmesini İsteme

İlgili kişiler, 6698 sayılı Kanun’un 7. maddesi uyarınca kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini veri sorumlundan talep etme hakkına sahiptirler. Kişisel verilerin silinmesi, yok edilmesi ve anonim hâle getirilmesine yönelik daha ayrıntılı düzenlemelerin yer aldığı kişisel verilerin silinmesine, yok edilmesine veya anonim hâle getirilmesine ilişkin “Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik” (Yönetmelik) 1/1/2018 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kişisel verilerin silinmesi, Yönetmelik uyarınca “*kişisel verilerin ilgili kullanıcılar için hiçbir şekilde erişilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemi*”, kişisel verilerin yok edilmesi ise “*kişisel verilerin hiç kimse tarafından hiçbir şekilde erişilemez, geri getirilemez ve tekrar kullanılamaz hale getirilmesi işlemi*” olarak tanımlanmaktadır.

Kişisel verilerin 6698 sayılı Kanun’a aykırı veya başka nedenlerle hukuka aykırı olarak işlendiği ya da veri işleme amacının ortadan kalktığı durumlarda ilgili kişi, kişisel verilerin silinmesini veya yok edilmesini talep edebilir. Nitekim 6698 sayılı Kanun’da ve Yönetmelik’te yer alan düzenleme uyarınca 6698 sayılı Kanun’un 5. ve 6. maddelerinde yer alan kişisel verilerin işleme şartlarının tamamının ortadan kalkması hâlinde kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından resen veya ilgili kişinin talebi üzerine silinmesi, yok edilmesi ya da anonim hâle getirilmesi gerekir.

f. (d) ve (e) Bentleri Uyarınca Yapılan İşlemlerin Kişisel Verilerin Aktarıldığı Üçüncü Kişilere Bildirilmesini İsteme

Öncelikle belirtmek gerekir ki (d) kişisel verilerin eksik veya yanlış işlenmiş olması hâlinde ilgili kişilerin bunların düzeltilmesini isteme hakkı; (e) ise 6698 sayılı Kanun'un 7. maddesinde öngörülen şartlar çerçevesinde ilgili kişilerin kişisel verilerinin silinmesini veya yok edilmesini isteme hakkını ifade etmektedir. Veri sorumlusu tarafından ilgili kişinin verilerinin düzeltilmesi, silinmesi, yok edilmesi durumlarında şayet bu veriler önceden üçüncü kişilere aktarılmış ise aktarıldığı şekliyle üçüncü kişilerde kalmaya devam edebilir. Dolayısıyla verilerin düzeltilmesi, yok edilmesi veya silinmesi ihtimallerinde aynı işlemleri verilerin aktarıldığı üçüncü kişiler de gerçekleştirmelidir. Benzer şekilde kişisel verilerinin düzeltilmesi, silinmesi ve yok edilmesi için veri sorumlusuna talepte bulunan ilgili kişiler; veri sorumlusundan düzeltilen, silinen veya yok edilen verilerin açıklandığı üçüncü kişilere bildirim yapılmasını talep edebilmektedir. Bu çerçevede ilgili kişinin talebi doğrultusunda veri sorumlusunun yükümlülükleri de doğacaktır.

g. İşlenen Verilerin Münhasıran Otomatik Sistemler Vasıtasıyla Analiz Edilmesi Suretiyle Kişinin Kendisi Aleyhine Bir Sonucun Ortaya Çıkmasına İtiraz Etme

Kişisel veriler otomatik olarak cihazlar üzerinden de işlenerek analiz edilmektedir. Farklı kaynaklardan elde edilen farklı nitelikteki veriler birleştirilerek birçok kişiye ait veriler kategorize edilmekte, eşleştirmeler yapılmakta, bu kapsamda ise kişiye ait bir profil elde edilmektedir⁴⁶. İlgili kişiler, haklı çıkarları doğrultusunda kendileri aleyhine bir sonucun ortaya çıkması durumunda kişisel verilerinin işlenmesine itiraz etme hakkına sahiptir. Buradaki düzenlemenin amacı, kişinin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla belirli bir kategoriye dâhil edilerek aleyhinde karar verilmesine karşı korunmasıdır⁴⁷. Başka bir ifadeyle ilgili kişinin yanlış kategorize edilmesi durumuna karşılık bireyi korumak esas amaçtır. Belirtmekte fayda görülmektedir ki ilgili hükmün uygulanması için kişisel verilerin münhasıran otomatik sistemler vasıtasıyla işlenmesi ve bu işleme sonucunda kişi aleyhine sonuç çıkmış olması şartları birlikte aranmaktadır. Münhasıran otomatik sistemler söz konusu

⁴⁶ a.g.e. s. 135.

⁴⁷ a.g.e. s. 135.

İduğu için herhangi bir insan müdahalesi olmadan otomatik sistemler sonuca ulaşmalıdır. İnsan etkisi dahil olduğunda anılan düzenlemeden faydalanmak söz konusu olmayacaktır. Örneğin çevrim içi kredi başvurusunda kişinin yanlış analiz edilmesiyle kredisinin reddedilmesi durumunda ilgili kişi anılan bent kapsamında itiraz etme hakkına sahip olacaktır.

ğ. Kişisel Verilerin Kanuna Aykırı Olarak İşlenmesi Sebebiyle Kişinin Zarara Uğraması Hâlinde Zararın Giderilmesini Talep Etmesi

6698 sayılı Kanun'un 11. maddesinin birinci fıkrasının (ğ) bendi uyarınca ilgili kişi, kişisel verilerinin kanuna aykırı olarak işlenmesi sebebiyle zarara uğraması hâlinde zararın giderilmesini talep edebilecektir. Belirtmekte fayda görülmektedir ki verilerin veri sorumlusu tarafından kanuna aykırı olarak işlendiği ve bu fiil neticesinde zararın meydana geldiği hususlarının ispatı ilgili kişiye aittir. Benzer şekilde 6698 sayılı Kanun'un 14. maddesine göre kişilik hakları ihlal edilenlerin genel hükümlere göre tazminat hakkının saklı olduğu hususu vurgulanmıştır. Anılan hükümler birlikte değerlendirildiğinde, tazminat konusunda genel hükümlere atıf yapılmak suretiyle ilgili kişilere tazminat hakkı tanınmıştır. Bu çerçevede 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu (24. ve 25. maddeleri) ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun (53., 54., 56. ve 58. maddeleri) muhtelif hükümleri, maddelerin değerlendirilmesi suretiyle koşulların mevcut olması durumunda uygulama alanı bulabilecektir⁴⁸. Medeni Kanun'un 24. maddesine göre hukuka aykırı bir saldırının mevcut olması durumunda kişi dava açarak saldırıya karşı korunmayı talep edebilmekte, 25. maddeye göre de maddi veya manevi tazminat davaları açabilecektir. Türk Borçlar Kanunu kapsamında da maddi ve manevi tazminata ilişkin hükümler bulunmaktadır. Keza Borçlar Kanunu'nun 58. maddesi kapsamında da kişilik hakkının zedelenmesinden zarar gören kişi, zarara karşılık manevi tazminat talebinde bulunabilir.

Öte yandan Kanun'a göre kişinin tazminat talebinde bulunabilmesi için kişisel verilerin kanuna aykırı olarak işlenmesi gerekmektedir. Herhangi bir istisnaya tabi olmaksızın Kanun'da düzenlenen veri işleme şartlarına aykırılık, temel ilkelere aykırılık bulunması suretiyle kişisel verilerin işlenmesi durumunda haksız fiilin gerçekleştiğinden bahsetmek

⁴⁸ Gürpınar, D. (2017). "Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk". *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertuş'a Armağan*, Özel Sayı. C. 19., .s 689.

mümkün olacaktır⁴⁹. Meydana gelen haksız fiil ile zarar arasında nedensellik bağı da aranacaktır. Meydana gelen hak ihlali ile zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır. Kusur şartı Kanun uyarınca aranmamış olsa da somut olayda kusurun vuku bulunduğu takdirde kusur sorumluluğunu kabul etmek mümkün olacaktır. Kusur sorumluluğunun kabulü hâlinde kusurun mevcut olduğunun ispatı ilgili kişiye ait olacaktır.

7. İlgili Kişinin Hak Arama Yöntemleri

6698 sayılı Kanun'un dördüncü bölümünde, "Başvuru, Şikâyet ve Veri Sorumluları Sicili" başlığı altında ilgili kişinin 6698 sayılı Kanun kapsamında yer alan haklarını kullanması için geliştirilen hak arama yöntemlerine yer verilmiştir.

İlgili kişi, 6698 sayılı Kanun'un 11. maddesinde hüküm altına alınmış olan haklarını kullanmak için doğrudan yargı yoluna başvurmanın yanı sıra 6698 sayılı Kanun'la getirilen diğer hak arama yöntemlerini de kullanabilecektir. 6698 sayılı Kanun, ilgili kişinin bu haklarını kullanabilmesi için kademeli bir başvuru usulü benimsemiştir. Bu kapsamda ilgili kişinin Kanun'un uygulanmasıyla ilgili taleplerini ilk olarak veri sorumlusuna iletmesi gerekecektir. İlgili kişi; veri sorumlusu tarafından talebinin reddedildiği, verilen cevabı yetersiz bulunduğu veya yasal süre içerisinde başvurmasına cevap verilmediği durumlarda ise Kurula şikâyet hakkını elde edecektir.

İlgili kişinin başvuru hakkı 6698 sayılı Kanun'un 13. maddesinde düzenlenmiştir. Bu çerçevede,

"(1) İlgili kişi, bu Kanun'un uygulanmasıyla ilgili taleplerini yazılı olarak veya Kurulun belirleyeceği diğer yöntemlerle veri sorumlusuna iletir. (2) Veri sorumlusu başvuruda yer alan talepleri, talebin niteliğine göre en kısa sürede ve en geç otuz gün içinde ücretsiz olarak sonuçlandırır. Ancak işlemin ayrıca bir maliyet gerektirmesi hâlinde Kurulca belirlenen tarifedeki ücret alınabilir. (3) Veri sorumlusu talebi kabul eder veya gerekçesini açıklayarak reddeder ve cevabını ilgili kişiye yazılı olarak veya elektronik ortamda bildirir. Başvuruda yer alan talebin kabul edilmesi hâlinde veri sorumlusunca gereği yerine getirilir. Başvurunun veri sorumlusunun hatasından kaynaklanması hâlinde ücret ilgiliye iade edilir."

⁴⁹ Çekin, M. S. (2019). s. 138.

Bu şekilde 6698 sayılı Kanun'da veri sorumlusuna başvuru hakkının genel çerçevesi çizilmiş olup "Veri Sorumlusuna Başvuru Usul ve Esasları Hakkında Tebliğ" ile bu başvurunun hangi yöntemlerle yapılacağı ve hangi hâllerde ücret talep edilebileceği konuları ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir. Bununla birlikte 6698 sayılı Kanun'da "Kurula Şikâyet" başlığı ile hangi hâllerde ve hangi süreler içinde Kurula şikâyet başvurusunda bulunulabileceği düzenlenmiş olup veri sorumlusuna başvuru yolu tüketilmeden Kurula şikâyet başvurusunda bulunulamayacağı hüküm altına alınmıştır.

8. Veri Sorumlusunun Yükümlülükleri

Kanunla, faaliyetleri çerçevesinde kişisel veri işlemekte olan veri sorumluları için bazı yükümlülükler getirilmiştir.

a. Veri Güvenliğine İlişkin Yükümlülükler

Veri güvenliğine ilişkin yükümlülükler, 6698 sayılı Kanun'un 12. maddesinde düzenlenmektedir. Anılan maddede düzenlenen yükümlülüklerle aykırılık durumunda ise 6698 sayılı Kanun'un 18. maddesi çerçevesinde Kurul tarafından idari yaptırım kararı verilmesi neticesini doğuracaktır. Veri sorumlusu 6698 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (1) numaralı fıkrasına göre "kişisel verilerin hukuka aykırı olarak 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 tedbirleri almak zorundadır.

6698 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (3) numaralı fıkrasına göre ise veri sorumlusu, kendi kurum veya kuruluşunda, bu Kanun hükümlerinin uygulanmasını sağlamak amacıyla gerekli denetimleri yapmak veya yaptırmak zorundadır.

6698 sayılı Kanun'un 12. maddesinin (4) numaralı fıkrasında ise veri sorumluları ile veri işleyen kişilerin öğrendikleri kişisel verileri bu Kanun hükümlerine aykırı olarak başkasına açıklama ve işleme amacı dışında kullanamama yükümlülüğü düzenlenmiş olup bu yükümlülük görevden ayrılımlarından sonra da devam etmektedir. Söz konusu duruma aykırılık ile ilgili olarak Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 5/12/2018 tarihli ve 2018/143 sayılı kararı örnek gösterilebilir. İlgili kararlar doktor kontrolünde ilaç kullanan ilgili kişinin sağlığı ile alakalı

özel nitelikli kişisel verilerinin ilaçları temin ettiği eczane tarafından 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 8. maddesinde sayılan şartlar (kişisel verilerin aktarılması şartları) sağlanmadan üçüncü kişiyle paylaşılmasının Kanun'un 12. maddesinin (4) numaralı fıkrasına aykırılık teşkil etmesi nedeniyle veri sorumlusu eczane hakkında Kanun'un 18. maddesi uyarınca idari para cezası uygulanmıştır.

Veri ihlal bildirimini Kanun'un 12. maddesinin (5) numaralı fıkrasında düzenlenmiştir. Fıkraya göre "İşlenen kişisel verilerin kanuni olmayan yollarla başkaları tarafından elde edilmesi hâlinde, veri sorumlusunun bu durumu en kısa sürede ilgisine ve Kurula bildirir. Kurul, gerekmesi hâlinde bu durumu, kendi internet sitesinde ya da uygun göreceği başka bir yöntemle ilan edebilir." Kişisel veri ihlali bildirim usul ve esasları ise Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 24/1/2019 tarihli ve 2019/10 sayılı kararı ile belirlenmiştir. İlgili kararda veri ihlal bildirimlerinde, Kurula ve ihlalden etkilenmiş kişilere bildirim yapılmasındaki amacın ihlal nedeniyle bu kişiler hakkında ortaya çıkabilecek olumsuz sonuçların bir an önce önüne geçilmesi veya en aza indirilmesine imkân verecek önlemler alınmasını sağlamak olduğu ifade edilmiş ve Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'ndeki düzenleme ile uyum sağlanması hedeflenmiştir.

Veri sorumlusu tarafından ilgili kişiye yapılan veri ihlali bildiriminde yer alması gereken asgari unsurlar ise Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 18/9/2019 tarihli ve 2019/271 sayılı kararı ile düzenlenmiştir.

b. Aydınlatma Yükümlülüğü

6698 sayılı Kanun'un 10. maddesi uyarınca kişisel verilerin elde edilmesi sırasında veri sorumlusu veya yetkilendirdiği kişinin, ilgili kişileri kişisel verilerin işleme faaliyeti hakkında anılan maddede yer verilen unsurları içerecek şekilde bilgilendirmesi gerekmektedir. Bu kapsamda, Kanun'un 10. maddesinde yer alan aydınlatma yükümlülüğü Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ (Aydınlatma Tebliği) hükümlerine uygun olarak yerine getirilmelidir. Ayrıca kişisel veri işleme faaliyetinin ilgili kişinin açık rızasına bağlı olması durumunda veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü ile açık rıza alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerekmektedir.

Aydınlatma Tebliği'nin "Aydınlatma yükümlülüğünün kapsamı" başlıklı 4. maddesi;

“(1) Kanunu’n 10. maddesine göre 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:

- a) Veri sorumlusunun ve varsa temsilcisinin kimliği,
- b) Kişisel verilerin hangi amaçla işleneceği,
- c) Kişisel verilerin kimlere ve hangi amaçla aktarılacağı,
- ç) Kişisel veri toplamanın yöntemi ve hukuki sebebi,
- d) İlgili kişinin Kanun’un 11. maddesinde sayılan diğer hakları”.

c. Veri Sorumluları Sicili’ne Kayıt Yükümlülüğü

Veri Sorumluları Sicili’ne (Sicil) kayıt yükümlülüğü, 6698 sayılı Kanun’un 16. maddesinde düzenlenmiştir. Sicil, genel kural olarak kişisel veri işlemekte olan gerçek ve tüzel kişi veri sorumlularının kaydolmak zorunda oldukları ve veri işleme faaliyetleri ile ilgili bilgileri beyan ettikleri bir kayıt sistemi olup bu sistemle veri sorumlularının kimler olduğunun kamuya açıklanması ve bu yöntemle kişisel verilerin korunması hakkının daha etkin şekilde kullanılması hedeflenmektedir⁵⁰. 6698 sayılı Kanun’un 16. maddesine göre Sicil, Kurulun gözetiminde, Başkanlık tarafından kamuya açık olarak tutulur. Ayrıca veri sorumluları, kişisel veri işlemeye başlamadan önce Sicil’e kaydolmak zorundadır. Ancak işlenen kişisel verinin niteliği, sayısı, veri işlemenin kanundan kaynaklanması veya üçüncü kişilere aktarılma durumu gibi Kurulca belirlenecek objektif kriterler göz önüne alınmak suretiyle Kurul, bu yükümlülüğe istisna getirebilir. Sicile kayıt yükümlülüğüne ilişkin usul ve esaslar ise Kurul tarafından hazırlanarak 30/12/2017 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanan Veri Sorumluları Sicili Hakkında Yönetmelik’te belirlenmiştir. Bu Yönetmelik çerçevesinde Kurumca kısa adı VERBİS olan Veri Sorumluları Sicil Bilgi Sistemi hazırlanmış olup kapsama giren veri sorumlularının kayıt yükümlülükleri bu sistem aracılığıyla yerine getirilmeye devam edilmektedir.

⁵⁰ Daha detaylı açıklamalar için bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurumu, “Veri Sorumluları Sicili Nedir?” <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/2043/Veri-Sorumlulari-Sicili-Nedir> (Erişim Tarihi: 27/11/2020).

SONUÇ

Kişiyi belirli veya belirlenebilir kılan bilgilerin varlığı insanlık tarihi ile ortak geçmişe sahip olsa da teknolojiye yaşanan gelişmeler ile birlikte daha çok sayıda kişiye ilişkin verinin otomatik sistemler vasıtasıyla işlenmeye başlanması bu işleme faaliyetinin özel olarak düzenlenmesini zaruri hâle getirmiştir. Bu noktada öncelikle Avrupa'da ortaya çıkan hukuki düzenlemelerle birlikte zamanla ihtiyacı karşılamaya yönelik olarak pek çok uluslararası ve ulusal düzenleme gerçekleştirilmiştir.

Bu kapsamda 2010 yılında Anayasa'da yapılan değişiklikle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı anayasal güvence altına alınmıştır. Bununla birlikte Anayasa'da temel bir hak olarak güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ve kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller bu alana özel bir kanun olan 6698 sayılı Kanun ile ortaya konmuştur. 6698 sayılı Kanun ile kişisel verilerin korunması alanında mevcut olan tanımlar, veri işleme ilkeleri ve şartları, yurt içi ve yurt dışı veri aktarımı, veri sorumlusunun yükümlülükleri, ilgili kişi hakları, istisnalar gibi hususlar düzenlenmiştir.

6698 sayılı Kanun'un amacı temelde kişisel verilerin işlenmesini disiplin altına almak, buna ilişkin temel ilkeler ile usul ve esasları belirlemektir. Ancak daha geniş bir perspektiften bakıldığında hem ilgili kişiler hem de veri sorumluları nezdinde kişisel verilerin korunmasına yönelik bir farkındalık yarattığı ve devamında veri koruma kültürünün oluşmasını sağladığı da anlaşılacaktır. 6698 sayılı Kanun'da öngörülen haklar ve veri sorumlusuna başvuru müessesesi ile bireylere verileri üzerinde en üst düzeyde kontrol imkânı sağlayan bir mekanizma kurulmaktadır. Ayrıca kişisel veri işleme faaliyetlerinin şeffaf bir biçimde gerçekleştirilmesi gereği düzenlenerek ilgili kişiler, aslında gündelik hayatta birçok kez konu oldukları bu süreçlerde artık daha aktif bir konuma yerleştirilmektedir. Bu şekilde gerekli bilinç düzeyi sağlanarak verisi işlenen bireyler, bu faaliyetleri sorgulayan birer aktör hâline gelmeye başlamıştır.

Öte yandan veri sorumlularının 6698 sayılı Kanun'da öngörülen temel ilkelere uyarak belirli şartlar altında ve yeterli güvenlik düzeyini temin ederek kişisel verileri işleyebileceği düzenlenmiştir. Ancak 6698 sayılı Kanun bu anlamda yalnızca temel prensipleri belirlemekte bunları uygulamada ve neticede hukuka uygun bir veri işleme faaliyetinin

gerçekleştirilmesinde takip edeceği yol haritasını seçmede veri sorumlularına hareket alanı tanımaktadır.

6698 sayılı Kanun'un çerçeve niteliği, veri sorumlularının inisiyatif olarak kişiselleştirilmiş veri koruma pratiklerini hazırlamalarına ve hayata geçirmelerine olanak tanımakta ve veri koruma kültürünün veri sorumluları bünyesinde tavandan tabana içselleştirilmesini sağlamaktadır. 6698 sayılı Kanun gerek ilgili kişi haklarını tanımlaması ve bu hususta etkili mekanizmalar geliştirmesi gerek veri sorumlularına kişisel verilerin korunması bağlamında önemli yükümlülükler düzenlemesi bakımından da önem teşkil etmektedir. 6698 sayılı Kanun'un uygulama alanının gelişmesi ile kişisel verilerin korunması kültürü gelişecek, kişisel verilerin korunması hukukunda önemli adımlar atılmış olacaktır.

Diğer taraftan bireylerin internet kullanımlarında mahremiyet olgusuna dikkat edebilmeleri adına bir farkındalığın geliştirilmesi gerekmektedir. Dijital ortamların vermiş olduğu rahatlıktan faydalanılmasına olanak sağlamamak adına bırakılan her ayak izine dikkat edilmeli ve kişisel veri işleme faaliyetlerinde hukuka uygunluk denetimini kullanıcının kendi kendine yapabilmesi adına yeterli bilgi ve birikimin kişilere sağlanması gerekmektedir. Bilinçsiz kişisel veri işleme faaliyeti gerçekleştirilen internet kullanımının yol açabileceği olumsuzlukların ortaya konulması ve olumsuzluklar meydana geldiği takdirde yapılması gerekenler ile ilgili bireysel ve toplumsal düzeyde önleyici/koruyucu tedbirler alınması noktasında harekete geçilmesi, kullanıcılar adına faydalı olacaktır.

İnternetle şekillenen dünyaya, dijital dünya adı verilmiştir. Bu dijital dünyada artık 5G, nesnelerin interneti, yapay zekâ, artırılmış gerçeklik sadece konuşulmamakta; aynı zamanda yaşanmaktadır. Kısacası artık dijital çağa giriş yapılmıştır ve bu çağda kişisel verilerin önemi yakından hissedilmektedir. Önümüzdeki yıllarda bu önem çok daha fazla yakından hissedilecektir. Bu bakımdan kişisel verilerin bireylerin hayatını nasıl etkilediğinin farkına varılmalı ve buna göre hareket edilmelidir.

KAYNAKÇA

- AKINCI VURAL, Z. Beril BAT, Mikail. (2010). Yeni Bir İletişim Ortamı Olarak Sosyal Medya: Ege Üniversitesi İletişim Fakültesine Yönelik Bir Araştırma, *Journal of Yaşar University*, C 5., S 20., (20), ss. 3348-3382.
- AVANER, Elif. (2018). Mahremiyet Nedir? Mahremiyetin Sağlık Hizmetleri Penceresinden Görünürlüğü Nasıldır?, *Türkiye Biyoetik Dergisi*, C 5., S 3., ss. 110-116.
- ÇEKİN, Mesut Serdar (2019). Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DEVELİOĞLU, Hüseyin Murat (2017). 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile Karşılaştırmalı Olarak Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü Uyarınca Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul: On İki Levha Yayıncılık.
- DÜLGER, Volkan Murat (2019). Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul: Hukuk Akademisi.
- ERDİNÇ, Göksu Hazar (2017). “Bilgi Güvenliği, Kişisel Verilerin Korunması ve Biyometrik Verilerin İşlenmesine İlişkin Öneriler”, Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Teknik Üniversitesi, Bilişim Enstitüsü.
- GÜRPINAR, Damla (2017). “Kişisel Verilerin Korunamamasından Doğan Hukuki Sorumluluk”. *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi Prof. Dr. Şeref Ertaş'a Armağan*, Özel Sayı. C. 19., .s. 689.
- KILINÇ, Doğan (2012). Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması, *AÜHFD*, C 61., S 3., ss. 1089-1169
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU: “6698 Sayılı Kanun’da Yer Alan Temel Kavramlar”, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/45af208d-3718-49ed-b51a-9be9edde6ff2.pdf>, (Erişim Tarihi: 20/11/2020).
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU (2019). *Kişisel Verilerin Korunması Kanununa İlişkin Uygulama Rehberi*, Ankara: KVKK Yayınları
- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, “Açık Rıza”, <https://www.kvkk.gov.tr/SharedFolderServer/CMSFiles/66b2e9c4-223a-4230-b745-568f096fd7de.pdf>, (Erişim Tarihi: 16.11.2020).

- KİŞİSEL VERİLERİ KORUMA KURUMU, (t.y.). *Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Temel İlkeler*, Ankara: KVKK Yayınları.
- KÜZECİ, Elif (2019). *Kişisel Verilerin Korunması*, Ankara: Turhan Kitabevi.
- UTMA, Seçil. Mahremiyet Olgusu Ve Sosyal Medyada Mahremiyetin Serüveni, *Uluslararası Sosyal Araştırmalar Dergisi*, C 11., S 59., ss. 1193-1204.
- YÜCEDAĞ, Nafiye (2019). *Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Kapsamında Genel İlkeler*, *Kişisel Verileri Koruma Dergisi*, C 1., S 1., ss. 47-63.



VERİ TEMELLİ EKONOMİ ÇAĞINDA BİR TEMEL HAK OLARAK KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI

Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN*

ÖZET

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

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

* Türk Alman Üniversitesi Medeni Hukuk Ana Bilim Dalı Öğretim Üyesi

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

ABSTRACT

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

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

I. GİRİŞ

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

Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir. Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar. Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.

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

II. TEMEL HAK VE ÖZGÜRLÜKLERİN İŞLEVİ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Kocayusufoşpaşaoğlu, N. (2017). *Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt 1*, İstanbul: Filiz Kitabevi, s. 130 vd.

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

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

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

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

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

III. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRME

A. DİKEY İLİŞKİ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B. YATAY İLİŞKİ

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

IV. SONUÇ

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

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

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

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

KAYNAKÇA

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

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



KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINI İSTEME HAKKINA İLİŞKİN ANAYASAL GÜVENÇE VE İLKELER

Özgür DUMAN*

ÖZ

Teknoloji alanındaki gelişmeler nedeniyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı günümüzde daha da büyük bir önem kazanmıştır. Uluslararası sözleşmeler ile karşılaştırmalı hukukta bu hakka yönelik pek çok güvence ve ölçüt geliştirilmiştir. Türk hukukunda da özel hayata saygı hakkının güvence altına alındığı Anayasa'nın 20. maddesinde kişisel verilerin korunmasına yönelik özel bir hüküm getirilmiştir. Bu hükümde yer alan güvenceler temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin 13. maddede yer alan ölçütler ile birlikte dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı yalnızca kanunla ve Anayasa'nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere uygun olarak sınırlandırılabilir. Bunun yanında bu hakka getirilen bir sınırlama demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun ve ölçülü olmalıdır.

Anahtar Kelimeler: Kişisel Veri, Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkı, Kişisel Verilerin İşlenmesi, Kişisel Verilerin Korunmasını İsteme Hakkının Sınırlanması

* Anayasa Mahkemesi Raportörü/Hâkim, e-posta: duman.ozgur@gmail.com

THE CONSTITUTIONAL SAFEGUARDS OF THE RIGHT TO PERSONAL DATA PROTECTION

ABSTRACT

Due to the technological developments, the right to the protection of personal data has become more important nowadays. Many guarantees and criteria have been introduced for this right in the international conventions and comparative law. In Turkish law, a special provision for the personal data protection was added to Article 20 of the Constitution where the right to respect for private life is enshrined. The safeguards in this provision should be considered together with the criteria set forth in Article 13 concerning the restriction of fundamental rights and freedoms. As a consequence, the right to the protection of personal data may be restricted only by law and for the reasons specified in the relevant provisions of the Constitution. Besides, any restriction to be imposed on this right must comply with the requirements of the democratic social order and the principle of proportionality.

Key Words: Personal Data, Personal Data Protection, Processing of Personal Data, Restriction of the Right to Personal Data Protection.

GİRİŞ

Günümüzde teknolojinin gelişmesi ile birlikte kişisel veri kavramı ve bu verilerin korunması giderek daha büyük önem taşımaktadır. Nitekim daha önceden açık bir biçimde güvence altına alınmasına ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin korunması 1980'li yıllardan başlayarak kimi hukuk sistemlerinde doğrudan Anayasa metinlerine dâhil edilerek kimi hukuk sistemlerinde ise yüksek mahkeme içtihatlarıyla anayasal güvenceye kavuşturulmuş, ayrıca uluslararası sözleşmelere konu olmuştur.

Türk hukukunda Anayasa'nın 20. maddesine 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun ile eklenen üçüncü fıkrada "*Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir.*" denilmek suretiyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ayrı bir güvenceye kavuşturulmuştur. Bu maddenin gerekçesinde, Anayasa'da kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte bunun yeterli olmadığı vurgulanmıştır. Dolayısıyla bu Anayasa değişikliğinden sonra kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlandırma ve müdahalelerin yapılan değişiklik çerçevesinde değerlendirilmesi gerekmektedir. Söz konusu hükümde kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının açıkça tanınması yanında hakkın içerdiği bazı güvencelere de yer verilmiştir. Buna göre kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının anayasal denetimine ilişkin ilkeler belirlenirken bu güvencelerin dikkate alınması zorunluluğu doğmaktadır.

Anayasa koyucu Anayasa değişikliğine ilişkin gerekçede karşılaştırmalı hukuka ve tarafı olunan uluslararası sözleşmelere atıfla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının anayasal bir hak olarak teminat altına alındığını belirtmiştir¹. Nitekim kişisel veri ve bu verilerin korunması kavramları çeşitli uluslararası sözleşme ve belgeler ile karşılaştırmalı hukuk metinlerinde giderek artan önemi nedeniyle çokça tartışılmış ve bazı ortak ilkeler ortaya konulmuştur. Uluslararası

¹ Anayasa'nın 20. maddesinde 7/5/2010 tarihli ve 5982 sayılı Kanun ile yapılan değişikliğe ilişkin madde gerekçesi şöyledir: "*Anayasada kişisel verilerin korunmasına yönelik dolaylı hükümler bulunmakla birlikte yeterli değildir. Mukayeseli hukukta ve tarafı olduğumuz uluslararası belgelerde de kişisel verilerin korunması önemle vurgulanmaktadır. Maddeyle, herkesin, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı, anayasal bir hak olarak teminat altına alınmaktadır. Bu bağlamda, bireylerin kendilerini ilgilendiren kişisel veriler üzerinde hangi hak ve yetkilere sahip olduğu ve kişisel verilerin hangi hallerde işlenebileceği hükme bağlanırken, kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin kanunla düzenleneceği öngörülmektedir.*" (<https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf>, E.T. 17/9/2020)

belgeler ve karşılaştırmalı hukuk metinleri incelendiğinde Anayasa'nın 20. maddesinin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını düzenleyen son fıkrasında yer alan güvencelerin temelini bu belge ve metinler olduğu, Anayasa koyucunun uluslararası konsensüs ile ortaya çıkan söz konusu güvenceleri sonradan anayasal güvenceye kavuşturduğu anlaşılmaktadır. Anayasa hükmünün gerekçesi de gözetildiğinde kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin anayasal denetim yapılırken uluslararası belgeler ile karşılaştırmalı hukuk metinlerinin de dikkate alınması zorunluluğu doğmaktadır. Bu sebeple çalışmamızda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin anayasal denetim çerçevesinde oluşturulabilecek ilkeler ilgili Anayasa hükmü, uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinleri dikkate alınarak ortaya konulmaya çalışılacaktır.

I. ULUSLARARASI BELGELERDE VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINI İSTEME HAKKI

Karşılaştırmalı hukuka bakıldığında Federal Alman Anayasa Mahkemesince verilen 15/12/1983 tarihli *Nüfus Sayımı* kararı² ile bu kararda değinilen “*kişilerin bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı*”nın diğer hukuk sistemlerini etkilediği görülmektedir³.

Bunun yanında Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Örgütü'nün (OECD) 23/9/1980 tarihli “*Özel Yaşamın Korunması ve Kişisel Verilerin Sınırlanması Akışına İlişkin Rehber İlkeleri*” uluslararası hukuk alanındaki gelişmelere öncülük etmiştir⁴.

Nitekim kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı gerek Avrupa Konseyi ve Avrupa Birliği gibi kurumlarca düzenlenen sözleşme, talimat ve tavsiye kararlarına gerekse Birleşmiş Milletler sözleşmelerine konu olmuştur. Kişisel verilerin korunması ile ilgili genel ilkeler üzerinde genel bir uzlaşmanın mevcut olduğu görülmektedir.

Özellikle 27/4/2016 tarihli ve 2016/679 sayılı Avrupa Birliği Veri Koruma Tüzüğü'nün⁵ (AB Tüzüğü) kabulünden sonra Birliğe üye

² BVerfG, 1 BvR 209/83, 15/12/1983.

³ Çekin, M. S. (2018). *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, Oniki Levha Yayınları, s. 6.

⁴ a.g.e. s. 8.

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (Erişim tarihi: 17/9/2020)

ülkelerce bu Tüzük doğrultusunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanun değişiklikleri yapılarak Tüzük'teki ilkeler hukuk sistemlerine aktarılmıştır.

Diğer taraftan özellikle iş uyuşmazlıkları yönünden kişisel verilerin nasıl korunacağı ise AB Tüzüğü ile Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) tarafından yapılan düzenlemeler çerçevesinde ele alınmıştır. Avrupa Birliği iş ilişkileri kapsamında verilerin korunmasına ilişkin genel bir çerçeve çizmiş, ayrıca üye ülkelere bu alanda düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirmiştir. Bununla birlikte bazı ülkelerde sadece genel olarak kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemeler mevcut iken diğer bazı ülkelerde iş ilişkileri yönünden ayrıca düzenleme yapılması gerekli görülmüştür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) ise kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını -Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde (Sözleşme) özel bir düzenleme olmadığından- özel hayata saygı ve haberleşme hürriyeti kapsamında görmektedir⁶. AİHM bu çerçevede kişisel veri kavramının özel hayata ilişkin bir unsur içerip içermediğini; bu bilgilerin muhafaza edildiği koşulları, kayıtların niteliğini ve bu kayıtların kullanılması ile işlenme biçimini ve elde edilebilecek sonuçları dikkate alarak belirlemektedir⁷. AİHM'e göre taraf devletler kişisel verilerin etkili bir biçimde korunmasını sağlayacak yeterli güvenceler sağlamalıdır⁸. AİHM kişisel verilerin korunmasını ilgilendiren bireyler arasındaki özel hukuk uyuşmazlıklarını da devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde incelemiştir. Bu konudaki önemli kararlardan biri *Bărbulescu/Romanya*⁹ kararıdır. Söz konusu kararda kişisel verilere ilişkin uluslararası hukukta kabul edilen ilkelere yer verilmiş ancak bu ilkeler özel hayata saygı hakkı ve haberleşme hürriyetine uyarlanmıştır.

⁶ Çok sayıda karar arasından bkz. AİHM, *S. ve Marper/Birleşik Krallık* [BD], 30562/04..., 4/12/2008, § 67. AİHM kararlarında özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında bkz. HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Oxford, s. 538 vd.; ayrıca bkz. Öncü, G.A. (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Avrupa Konseyi, s. 79.

⁷ *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, § 67.

⁸ *S. ve Marper/Birleşik Krallık*, § 103.

⁹ İHM, *Bărbulescu/Romanya* [BD], B. No: 61496/08, 5/9/2017.

II. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASINI İSTEME HAKKI YÖNÜNDEN ANAYASAL DENETİMİN KAPSAMI

A. Ölçü Norm Meselesi

Anayasa Mahkemesi Anayasa değişikliğiyle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı açıkça tanınmadan önce bir kararında kişisel veri kavramını tartışmış ve kişisel verilerin korunmasını Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen *özel hayatın gizliliği* kapsamında görmüştür¹⁰.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi "*kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı*"ndan ziyade "*kişilerin bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı*"ndan söz etmekte ve bu hakkı da özel hayata saygı veya mülkiyet hakkından değil *insan onuru ve bireysel özerklik* kavramlarından türetmektedir¹¹. AİHM ise kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ayrıca Sözleşme'de düzenlenmemiş olduğu için kişisel verilere yönelik müdahaleleri Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan özel hayata saygı hakkı ve kimi durumlarda haberleşme hürriyeti kapsamında değerlendirmektedir.

Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı Anayasa'nın 20. maddesine 5982 sayılı Kanun'un 2. maddesiyle eklenen üçüncü fıkrayla açık bir anayasal güvenceye kavuşturulmuştur. Buna göre Federal Alman Anayasası ve Sözleşme'den farklı olarak Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında *kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı* ayrı bir hak olarak açık bir biçimde düzenlendiği dikkate alınmalı, söz konusu hakka getirilen bir sınırlama ya da müdahale söz konusu olduğunda ölçü norm anılan Anayasa hükmü olarak belirlenmelidir.

Ölçü norm bakımından Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarında, Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının güvence altına alındığı vurgulanmaktadır. Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarında genellikle 20. maddenin birinci fıkrası çerçevesinde incelemeye başlanmakta, ardından 20. maddenin üçüncü fıkrası alıntılanmaktadır¹². Anayasa Mahkemesinin bireysel başvuru kararlarında ise kişisel verilerin

¹⁰ AYM, E.2006/167, K.2008/86, 20/3/2008; Öncü, s. 86.

¹¹ BVerfG, 1 BvR 209/83, 15/12/1983; Küzeci, E. (2014). "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C. 32, s. 53-54.; Çekin, M. S. (2018). s. 6-7.

¹² bkz. AYM, E.2014/159, K.2014/151, 2/10/2014.

korunmasını isteme hakkı ayrı bir *hak* olarak nitelendirilmekten ziyade özel hayata saygı hakkının kimi durumlarda ise *haberleşme* hürriyetinin bir parçası gibi değerlendirilmektedir¹³. Yakın zamanda verilen bir kararda ise kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı ayrı bir hak olarak nitelendirilmiştir¹⁴.

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sınırlama getirilen ya da müdahale edilen durumlarda incelemeye konu sınırlamanın/ müdahalenin *kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına* yönelik olduğunun açıkça belirtilmesi ve ölçü norm olarak Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının belirlenmesi gerektiği düşünülmektedir. Esas itibarıyla Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında düzenlenen özel hayata saygı hakkı aynı maddenin üçüncü fıkrasında düzenlenen *kişisel verilerin korunmasını isteme hakkını* da içeren genel bir çerçeve hak olarak görülebilir. Bu bağlamda kararlarda kişisel verilerin korunmasının özel hayata saygı hakkının özel bir görünümü olduğuna işaret edilerek 20. maddenin üçüncü fıkrasında özel olarak düzenlendiği vurgulanabilir¹⁵.

Diğer taraftan bazı durumlarda sınırlama ya da müdahale yalnızca kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik olmayabilir. Diğer bir deyişle sınırlamayla ya da müdahaleyle yalnızca kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına değil başka bazı haklara da sınırlama getirilmiş veya müdahale edilmiş olabilir. Örneğin elektronik iletişimin davanın veya başvurunun konusu olduğu durumlarda ilgili sınırlama veya müdahale kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı yanında Anayasa'nın 22. maddesinde güvence altına alınan haberleşme hürriyetini de ilgilendirmektedir. Yine kişinin fotoğrafı bir kişisel veri olduğu için buna ilişkin başvurular kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı yanında duruma göre Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrası anlamında genel olarak özel hayata saygı hakkı kapsamında da ayrı incelenebilir.

B. Uygulanabilirlik

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında "*kişisel verilerin*" korunmasını isteme hakkından söz edilmektedir. Buna göre anılan

¹³ bkz. AYM, *Bülent Kaya* [GK], B. No: 2013/2941, 11/5/2016; AYM, *Orhan Kayahan*, B. No: 2014/1970, 22/11/2017.

¹⁴ AYM, *Cansun Sarıyıldız*, B. No: 2015/11671, 8/1/2020, § 15.

¹⁵ Kılınç'a göre kişisel verilerin korunması hakkı negatif statü haklarından olup özel hayatın gizliliği temel hakkına dayanmaktadır. Kılınç, D. (2012). "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 61, S. 3, s. 1099.

fıkranın norm denetimi ve bireysel başvuruda ölçü norm alınabilmesi, diğer bir ifadeyle uygulanabilmesi için ilgili norm denetiminde denetime konu normun ya da bireysel başvuruda kamu gücü işlem veya eyleminin konusunun kişisel verilerle ilgili olması gerekir.

Avrupa Konseyinin 108 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi'nin¹⁶ (AK 108 sayılı Sözleşme) 2. maddesinde kişisel veri "*Kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki tüm bilgiler*" olarak tanımlanmıştır.

AB Tüzüğü'nün 4. maddesinde kişisel verinin "*belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişi hakkındaki her bilgi*"; belirlenebilir bir gerçek kişinin ise "*ad, kimlik, yer bilgisi, online kimlik veya kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliği gibi belirleyici bir özellikle doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen kişi*" anlamına geldiği belirtilmiştir. OECD'nin 2013 yılında güncellediği Kişisel Verilerin Gizliliğinin ve Sınır Aşan Kişisel Veri Trafiğinin Korunmasına İlişkin Kılavuz¹⁷'un 1. maddesinin (C) bendinde ise kişisel veri "*belirli veya belirlenebilir bir kişi hakkındaki herhangi bir bilgi*" olarak tanımlanmıştır. Birleşmiş Milletler belgelerinde ise açık bir tanım yapılmamıştır. Benzer bir tanıma karşılaştırmalı hukukta da yer verilmiştir¹⁸.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının bir gereği ve Avrupa Birliği adaylığı sürecinin bir parçası olarak kabul edilen 24/3/2016 tarihli ve 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun 3. maddesinde benzer tanım yapılmıştır.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarında "*kişisel veri*" kavramına ilk defa 20/3/2008 tarihli ve E.2006/167, K.2008/86 sayılı

¹⁶ Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanarak 28/1/1981 tarihinde Strazburg'ta imzaya açılan ve 1/10/1985 tarihinde yürürlüğe giren 108 sayılı "*Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesi*" ülkemiz tarafından 28/1/1981 tarihinde imzalanmıştır. Bu Sözleşme 30/1/2016 tarihinde kabul edilen 6669 sayılı Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunması Sözleşmesinin Onaylanmasının Uygun Bulduğuna Dair Kanun ile onaylanmış ve anılan Kanun 18/2/2016 tarihli ve 29628 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

¹⁷ <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheprotectionofprivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm>, (Erişim tarihi: 17/9/2020).

¹⁸ Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 3. maddesi şöyledir: "2. *Kişisel veri, belirli veya belirlenebilir gerçek bir kişiyle ilgili herhangi bir bilgi anlamına gelir.* 3. *Belirlenebilir gerçek kişi, kişinin aşağıda belirtilen yollarla doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilir olması demektir: a) İsim, kimlik numarası, yer bilgisi veya online kimlik bilgisiyle ya da b) Bireyin fiziksel, fizyolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliği.*" (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted>, E.T.17/9/2020).

kararda yer verilmiştir. Bu karar 10/11/2005 tarihli ve 5429 sayılı Türkiye İstatistik Kanunu'nun 8. maddesi ile 54. maddesinin ikinci fıkrasının iptali istemine ilişkindir. Kanun'un 8. maddesinde sayım ve örnekleme çalışmalarına konu olan, hakkında veri toplanacak gerçek ve tüzel kişiler ile kurum ve kuruluşların yetkililerine cevap verme yükümlülüğü getirilmiş, bu yükümlülüğe uymayanların da 54. maddede gösterilen biçimde idari para cezasıyla cezalandırılması öngörülmüştür. Bu kararda kişisel veri tanımıyla ilgili olarak şöyle bir ifadeye yer verilmiştir:

"Maddede açıklayıcı bir düzenleme bulunmadığı için, 'kişisel veri' veya 'isteme bağlı veri' olarak adlandırılan, belirli veya belirlenebilir kişilerle ilgili her türlü bilgilerin istenebileceği kuşkusuzdur."

Anayasa Mahkemesi kararlarında *kişisel veri* kavramının tanımına sıklıkla yer verilmiş, ilk kararlarda genellikle uluslararası sözleşme ve belgelere¹⁹, sonraki bazı kararlarda ise kanun hükümlerine atıfla söz konusu kavram benzer şekilde tanımlanmıştır²⁰.

Buna göre kişisel veri kapsamının neyi ifade ettiği konusunda ulusal ve uluslararası düzeyde konsensüs olduğu anlaşılmaktadır²¹. Doktrinde de kişisel veri kavramı "*kişiyi belirlenebilir kılan her türlü bilgi*" olarak tanımlanmaktadır²². Öte yandan söz konusu tanımın daha çok *gerçek kişiler* ile ilgili olduğu dikkat çekmektedir. Bununla birlikte Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında gerçek ve tüzel kişiler arasında ayırım yapılmadan kişisel verilerin korunması hakkının süjesi "*herkes*" olarak belirlenmiştir. Anılan Anayasa hükmünün lafzı karşısında tüzel kişilerin hakkın kapsamı dışında bırakılması pek mümkün görünmemektedir. Nitekim Anayasa Mahkemesi bir norm denetimi kararında Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında "*herkes*" ibaresine yer verildiği için kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının tüzel kişileri de kapsadığı sonucuna varmıştır²³. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının gereği olarak ortaya çıkan güvenceler -niteliklerine uygun düştüğü ölçüde- tüzel kişiler bakımından da uygulanmaktadır.

¹⁹ örneğin bkz. AYM, E.2010/40, K.2012/8, 6/3/2013.

²⁰ bkz. AYM, E. 2017/180, K.2018/109, 6/12/2018: "6698 sayılı Kanun'un 3. maddesine göre kişisel veri, kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgiyi ifade etmektedir."

²¹ AİHM kararlarında kabul edilen kişisel veri örnekleri için bkz. Öncü, s. 82 vd.

²² Kılınç, D. (2012). s. 1095.

²³ AYM, E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014; Öncü, s. 89.

Son olarak Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde genel olarak herkesin kendisiyle ilgili *kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına* sahip olduğu belirtilmiş, ikinci cümlesinde *kişisel veriler* bağlamındaki bazı özel güvenceler sayılmış, üçüncü cümlesinde kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla *işlenebileceği* düzenlenmiş, dördüncü cümlesinde ise *kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usullerin* kanunla düzenleneceği hüküm altına alınmıştır. Buna göre lafzı dikkate alındığında Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında sadece *işleme* şeklindeki sınırlama ya da müdahalelere karşı değil *kişisel verilere yönelik her türlü müdahale veya sınırlamalara* karşı güvence getirdiği anlaşılmaktadır.

III. DEVLETİN NEGATİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ YÖNÜNDEN İNCELEME YÖNTEMİ

B. Sınırlamanın/Müdahalenin Varlığı

Devletin negatif yükümlülükleri kapsamında inceleme yapılabilmesi için öncelikle kamu makamları tarafından Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında güvence altına alınan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına getirilen bir sınırlama ya da yapılan bir müdahale olup olmadığı tespit edilmektedir. Bu tespit kuşkusuz sonraki başlık altında sınırlamanın ya da müdahalenin Anayasa'ya uygun olup olmadığı incelenirken dikkate alınması gereken ölçütler kapsamında yapılacak değerlendirmeleri etkileyecektir.

Yukarıda ilgili başlık altında açıklandığı üzere Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının kişisel verilere yönelik *her türlü* müdahale veya sınırlamalara karşı güvence getirdiği anlaşılmaktadır. Bununla birlikte uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinde belirtilen, kişisel verilere yönelik kimi sınırlama veya müdahale örnekleri şöyle sıralanabilir: *Kişisel verilerin toplanması, kaydedilmesi, organize edilmesi, yapılandırılması, saklanması, yedeklenmesi, arşivlenmesi, kullanılması, aktarılması, iletilmesi, ifşa edilmesi, uyarlanması, değiştirilmesi, silinmesi ve imha edilmesi*²⁴.

Doktrinde bir gerçek kişiye ait verinin internete veya elektronik kapalı bir sisteme bağlı bir bilgisayara yüklenmesiyle birlikte iletme,

²⁴ AİHM'in müdahale kabul ettiği kararlar hakkında bilgi için bkz. Öncü, s. 83.

saklama veya imha edilmeye dair her işlemin kişisel verinin işlenmesi olduğunu belirtilmiştir²⁵. Buna göre kişisel verinin işlenmesi, verinin kaydedilmesiyle başlayan geri döndürülmeyecek şekilde silinmesi ve imha edilmesine kadar olan bir süreç olarak tanımlanabilir²⁶. Kişisel verilerin muhafaza edildiği, erişildiği veya işlendiği ortam otomatik (digital) veya veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan (analog) olabilir²⁷. Oğuz, AB Tüzüğü'nde yapılan tanımda "veri kayıt sistemi" ibaresine yer verilmemekle birlikte kişisel verilerin veri kayıt sistemi olmadan işlenmesi mümkün olmadığından bunun bir eksiklik olarak değerlendirilemeyeceğini açıklamıştır²⁸. Oğuz, çalışanların verilerinin işlenmesi konusunda 6698 sayılı Kanun'da işveren lehine açık rıza aranmaması yönünde bir hüküm bulunmamasının ciddi bir eksiklik olarak görmektedir²⁹. Kılınç ise veri işlemeyi "otomatik araçlarla yapılarak yapılmamasına bakılmaksızın kişisel bilgileri içeren herhangi bir işlemler dizisi" olarak ifade etmiştir³⁰.

C. Sınırlamanın/Müdahalenin Anayasa'ya Uygun Olup Olmadığı

1. Genel Olarak

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına getirilen sınırlamanın ya da yapılan müdahalenin Anayasa'ya uygun olabilmesi için Anayasa'nın temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırma rejimini düzenleyen 13. maddesinde öngörülen ölçütlere uygun olması gerekir. Bu ölçütler şöyledir:

- Sınırlamanın/müdahalenin kanuna dayalı olması
- Sınırlama sebebinin bulunması/Meşru amacın takip edilmesi
- Hakkın özüne dokunmama
- Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk
- Demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk
- Lâik Cumhuriyetin gereklerine uygunluk

²⁵ Oğuz, S. (2018). "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleri", *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, S. 13:2, s. 128.

²⁶ a.g.e., s. 128.

²⁷ a.g.e., s. 128.

²⁸ a.g.e., s. 128.

²⁹ a.g.e., s. 137.

³⁰ Kılınç, D. (2012). s. 1095.

- Ölçülülük

Hakkın özüne, laik Cumhuriyetin gereklerine veya Anayasa'nın sözüne ve ruhuna uygunluk ölçütleri bu yönlerden değerlendirme yapılmasının gerekli olduğu istisnai durumlarda uygulama alanı bulabilmektedir. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama ya da müdahaleler söz konusu olduğunda kural olarak sınırlamanın ya da müdahalenin kanuna dayalı olması, sınırlama sebebinin bulunması ya da müdahalenin meşru bir amacı takip etmesi, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ölçütleri yönünden değerlendirme yapılabilir.

Anayasa Mahkemesinin norm denetimi kararlarında da kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının mutlak bir hak olmadığı, bu hakkın Anayasa'nın 13. maddesi ve 20. maddesinin üçüncü fıkrası gereğince sınırlama sebebi/meşru amacı bulunmak kaydıyla demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmamak üzere kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir³¹.

Öte yandan Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde kişisel verilerin korunması hakkı "*kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme, bunların düzeltilmesini veya silinmesini talep etme ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar.*" denilerek bu hak yönünden özel bazı güvencelere yer verilmiştir. Bununla birlikte söz konusu özel güvenceler yönünden Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan sınırlama ölçütlerden bağımsız, ayrı bir inceleme yapılmasının gerekli olmayıp bu güvencelerin ilgili oldukları ölçütler kapsamında ele alınması uygun bir yöntem olarak değerlendirilmektedir.

2. Kanunilik

Anayasa'nın 13. maddesinde genel olarak tüm temel hak ve hürriyetlere yönelik sınırlamaların *kanunla* yapılabileceği düzenlenmiştir. Anayasa Mahkemesi bu ölçüt bakımından öncelikle sınırlamayı ya da müdahaleyi öngören şekli manada bir kanunun varlığını aramaktadır³².

Öte yandan Mahkeme kanunilik ölçütünü Anayasa'nın 2. maddesinde yer alan hukuk devleti ilkesi ışığında yorumlamakta ve şekli anlamda

³¹ bkz. AYM, E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014.

³² AYM, *Ali Hıdır Akyol ve diğ.leri* [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017, § 56.

kanunun varlığı kadar kanun metninin bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebileceği ölçüde hukuki belirlilik taşıması gerektiğini de kabul etmektedir. Diğer bir deyişle hukuk devleti ilkesinin bir gereği olarak kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde kanunun kalitesi de önem arz etmektedir³³. Bu bağlamda müdahalenin kanuna dayalı olması, müdahaleye ilişkin yeterince ulaşılabilir, belirli ve öngörülebilir kanun hükümlerinin bulunmasını da gerektirmektedir³⁴.

Uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukukta kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlandırma ve müdahalelerin kanuni (hukuka uygun) olması gerekliliği en başta gelen ölçütlerden biri olarak ele alınmıştır³⁵.

Bu kapsamda Birleşmiş Milletler “Bilgisayarla İşlenen Kişisel Veri Dosyaları Hakkında Yönlendirici İlkeler”de³⁶ (BM İlkeleri) yer alan düzenleme şöyledir:

“1- İşlemenin **hukuka uygun** ve adil olması ilkesi: Kişilerin hakkındaki veriler **hukuka aykırı** veya adil olmayan şekilde toplanmamalı veya işlenmemelidir...”

AK 108 Sayılı Sözleşme’nin 2. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

“Otomatik işleme konu olan kişisel veriler:

a. Adil biçimde ve **yasal yoldan** elde edilir ve işlenir;

...”

Yine AK 108 sayılı Sözleşme’nin 9. maddesinde de devletin güvenliği, suçların önlenmesi, ilgili kişinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi amaçlarla ve demokratik bir toplumda gerekli olması hâlinde taraf devletin *kanun ile öngörülmek* kaydıyla istisna getirebileceği belirtilmiştir.

AB Tüzüğü’nün 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

³³ AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015, § 65; AYM, E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013; AYM, E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015, § 5; AYM, *Koç Holding Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı*, B. No: 2016/15421, 12/11/2019, §§ 54, 55; AYM, *Necmiye Çiftçi ve diğerleri*, B. No: 2013/1301, 30/12/2014, § 55.

³⁴ AYM, *Türkiye İş Bankası A.Ş.* [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014, § 44.

³⁵ AİHM kararlarında özel ve aile hayatına saygı hakkı kapsamında hukukilik ölçütü ile ilgili olarak bkz. Nalbant, A./Doğru, O. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, Avrupa Konseyi-Yargıtay, s. 11 vd.

³⁶ <https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf>, E.T. 17/9/2020.

“Kişisel veri;

Veri sahibi ile ilgili olarak hukuka uygun, adil ve şeffaf bir biçimde işlenmelidir (hukuka uygunluk, adillik ve şeffaflık)”

Bu Tüzük’ün “İşlemenin hukukiliği” kenar başlıklı 6. maddesinde işlemenin ancak belirli koşulların varlığı hâlinde hukuki olabileceği belirtilmiş, ayrıca Tüzük’te üye devletlere konu hakkında *kanuni düzenleme yapma* yükümlülüğü getirilmiştir. Nitekim Tüzük hükümlerinin Avrupa Birliği üyesi devletlerince çıkarılan kanunlarla mevzuatlarına aktarıldığı görülmektedir.

ILO tarafından yayımlanan “İşçilerin Kişisel Verilerinin Korunmasına İlişkin Uygulama Düzenlemesi”nin³⁷ (ILO Düzenlemesi) 5. maddesinde de “*Kişisel veri hukuka uygun ve adil bir biçimde yalnızca doğrudan ilgili işverenin amaçları için işlenmelidir.*” şeklinde genel bir ilkeye yer verilmiştir.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu’nun 35. maddesinde ilk veri koruma ilkesi olarak “*herhangi bir amaç çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesi kanuna dayalı ve adil olmalıdır.*” denilmiştir. Federal Alman Anayasa Mahkemesi, telefon ve internet verilerinin depolanması ile ilgili 2/3/2010 tarihli kararında veri güvenliğinin sağlanması hakkında katı, kesin ve bireylerin daha fazla izlendiklerini hissetmeyecekleri şeffaflığı sağlayıcı *kurallar* getirilmesi gerektiğini vurgulamıştır³⁸.

Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında da kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında ölçülülük ilkesi ayrıca vurgulanmıştır. Anılan fıkranın üçüncü cümlesinde “*Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir.*”; dördüncü cümlesinde “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” denilmiştir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama ve müdahaleler incelenirken kanunilik ölçütünün dayanağı olarak Anayasa’nın 13. maddesinin yanında 20. maddesinin üçüncü fıkrasının üçüncü ve dördüncü cümlelerine de dayanılması gerektiği düşünülmektedir.

3. Sınırlama Sebebi/Meşru Amaç

Anayasa’nın 13. maddesi uyarınca temel hak ve hürriyetler Anayasa’nın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak

³⁷ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normative_instrument/wcms_107797.pdf, E.T. 17/9/2020.

³⁸ BVerfG, 1 BVR 256/08, 2/3/2010.

sınırlanabilir. Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama ve müdahaleler yönünden özel bir sınırlama sebebine yer verilmediği görülmektedir. Bununla birlikte Anayasa Mahkemesinin önceki kararlarında özel sınırlama nedeni öngörülmemiş hak ve özgürlüklerin de o hak ve özgürlüğün doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu, ayrıca Anayasa'nın başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin özel sınırlama sebebi gösterilmemiş hak ve özgürlüklere sınır teşkil edebileceği kabul edilmektedir³⁹.

Diğer taraftan Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının bu verilerin "amaçları doğrultusunda" kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsadığı belirtilmiştir. Bu hükümden kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik *meşru amaçla sınırlama yapılabileceği ya da müdahale edilebileceği* anlamı çıkarılabilir. Ayrıca fıkranın ikinci cümlesinde hakkın sınırlandırılması ya da hakka müdahale edilmesi hâlinde kişinin sahip olduğu bazı haklar özel olarak düzenlenmiştir. Son olarak söz konusu fıkranın üçüncü cümlesinde "Kişisel veriler, ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızasıyla işlenebilir." denilerek belli koşullar altında *işleme* şeklindeki sınırlandırmaya ya da müdahaleye izin verilmiştir. Buna göre kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlamalar getirilebileceği ya da müdahale edilebileceğini kabul etmek gerekir⁴⁰. Nitekim anılan Anayasa hükmünün gerekçesinde atıf yapılan uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinde de böyle bir güvenceye yer verildiği görülmektedir. Bu durumda kanun koyucunun ya da kamu makamlarının hangi meşru amaçlarla hakkı sınırlayabilecekleri ya da hakka müdahale edebileceklerinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Bu konuda yapılacak değerlendirmede dikkate alınmak üzere öncelikle aşağıda konuya ilişkin uluslararası belgelere ve karşılaştırmalı hukuk metinlerine yer verilecektir.

BM İlkeleri'nde yer alan düzenleme şöyledir:

"1. Kişiler hakkındaki veriler Birleşmiş Milletler Şartı'ndaki ilkelere aykırı amaçlarla kullanılmamalıdır."

³⁹ AYM, E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015.

⁴⁰ AİHM ise meşru amaç kavramını daha geniş bir biçimde ele almaktadır. Özel ve aile hayatına saygı hakkı bağlamında konu hakkında bilgi için bkz. Nalbant/Doğru, s. 14 vd.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin 5. maddesinde kişisel veriler *"belirli ve meşru amaçlar için kaydedilir ve bu amaçlara aykırı şekilde kullanılmaz"* şeklinde düzenleye yer verilmiştir.

AB Tüzüğü'nün 5. maddesinde bazı meşru amaçlar da sayılmıştır. Bu düzenleme şöyledir: *"Kişisel veri ... belirlenmiş, açık ve meşru amaçlar için toplanmış olmalı ve bu amaçlara uygun olmayan bir şekilde işlenmemelidir. Kamu yararı, bilimsel ve tarihsel amaçlar ya da arşivleme amacıyla yapılacak diğer işlemler madde 89/1 uyarınca başlangıç amaçlarıyla uyumsuz kabul edilmeyecektir."*

ILO Düzenlemesi'nin 5. maddesinin ilgili kısmı şöyledir:

"5.1. Kişisel veri ... yalnızca doğrudan ilgili işverenin amaçları için işlenmelidir.

5.2. Kişisel veri kural olarak özel olarak toplandığı amaçlar için kullanılmalıdır.

5.3. Eğer kişisel veri toplandığı amacın dışında başka bir amaçla işlenecekse işveren asıl amaç ile uyumlu olmayan biçimde kullanılmamasını sağlamalıdır"

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 8. maddesi şöyledir:

"Kişisel verilerin işlenmesi kamu yararı veya veri sorumlusunun resmi bir görevinin yerine getirilmesi için gerekli olan aşağıdaki durumlar için mümkün olabilir:

- a) Yargısal faaliyet,*
- b) Parlamentonun görevinin yerine getirilmesi,*
- c) Bir kişiye kanun ile tanınan bir görevinin yerine getirilmesi,*
- d) Kraliyet veya bir hükümet departmanının görevinin yerine getirilmesi,*
- e) Demokratik katılımı destekleyen veya geliştiren bir faaliyet."*

Yine bu Kanun'un 36. maddesi şöyledir:

"İkinci veri koruma ilkesi;

a. Herhangi bir vesileyle kişisel verilerin toplandığı kanunun uygulama **amacı** açık, belirli ve **meşru** olmalıdır.

b. Bu şekilde toplanan kişisel veriler, **toplanma amacına** aykırı bir şekilde işlenmemelidir.

...”

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu'nun⁴¹ 22. maddesinde de kişisel verilerin hangi hâllerde işleneceği belirtilmiş, kamu kuruluşları yönünden örneğin “**Kamu güvenliği** için belirli bir tehlikenin varlığı için gerekli olması” ve “**kamu yararı** için önemli dezavantajları önlemek veya önemli çıkarları korumak” gibi amaçlarla veri işlemesi yapılabileceği belirtilmiştir. Bu Kanun'un 47. maddesi de şöyledir:

“1. Kişisel veriler ...

2. Belirtilen açık ve **kanuni amaçlar** için işlenmiş olmalı ve bu amaçlarla uygun olmayan şekilde işlenmemelidir.”

Doktrinde 6698 sayılı Kanun tasarısında öngörülen “**kamu yararının**” kişisel verilerin işlenmesi için bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmesinin Anayasa'ya aykırı olduğu savunulmuştur⁴². Kılınç'a göre Anayasa'nın 20. maddesinde “**kamu yararı**” bir özel sınırlama sebebi olarak öngörülmediğine göre bunun tasarıdan çıkartılması gerekmektedir.

Yukarıda yer verilen uluslararası belgeler ile karşılaştırmalı hukuk metinlerinde bazı sınırlama sebepleri veya meşru amaçlar belirtilmiş ise de bunların tüketici olmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca kişisel verilerin kullanım alanının oldukça geniş olması nedeniyle her bir kullanım alanı yönünden farklı sınırlama sebeplerinin ya da meşru amaçların kabul edildiği görülmektedir. Bu durumda hangi alanda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama getirildiği ya da müdahale edildiğine bağlı olarak sınırlama nedeninin değişebileceği söylenebilir. Buna göre anayasal bakımdan yapılacak denetimde özel sınırlama nedeni öngörülmemiş kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının bu hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunduğu, bu sebeple işin doğasından kaynaklanan sınırlama sebebinin ya da meşru amacı tespit

⁴¹ https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsgr/index.html, ET.17/9/2020.

⁴² Kılınç, D. (2012). s. 1160.

edilmesi ve bunun meşru bir sebep olarak kabul edilip edemeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği sonucuna varılabilir. Öte yandan Anayasa'nun başka maddelerinde yer alan hak ve özgürlükler ile devlete yüklenen ödevlerin de bu hakka sınır teşkil edebileceği kabul edilebilir⁴³.

4. Demokratik Toplum Düzeninin Gereklerine Uygun Olma

a. Zorunlu Bir Toplumsal İhtiyacı Karşılama

Anayasa'nın 13. maddesi uyarınca bir temel hak veya hürriyete yapılacak sınırlandırma ya da müdahale *demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun* olmalıdır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre temel hak ve özgürlüklere yönelik bir müdahalenin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun kabul edilebilmesi için *zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması* gerekir⁴⁴. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama ve müdahaleler söz konusu olduğunda demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ölçütü kapsamında ilk olarak bu sınırlama ya da müdahalenin zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılayıp karşılamadığının belirlenmesi gerekir⁴⁵.

b. Özel Güvenceler

i. Genel Olarak

Kişisel verilerin korunması hakkına yönelik sınırlama ve müdahalelerin demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için zorunlu bir toplumsal ihtiyacı karşılaması yetmez. Zira Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde "*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.*" denilerek kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlamalar ya da müdahaleler bakımından bazı özel güvencelere de yer verilmiştir. Bunların, kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama ya da müdahalelerin demokratik bir toplum düzeninin gereklerine uygun olabilmesi için Anayasa koyucu tarafından özel olarak belirlenmiş güvenceler olduğu değerlendirilmektedir.

⁴³ Çekin, M. S. (2018). s. 15.

⁴⁴ Birçok karar arasından bkz. AYM, *Rasul Kocatürk* [GK], B. No: 2016/8080, 26/12/2019, § 52; AYM, E.2017/27, K.2017/117, 12/7/2017, § 29.

⁴⁵ AİHM bu ölçütü "*Demokratik toplumda gereklilik*" başlığı altında incelemektedir (bkz. Doğru/Nalbant, s. 15 vd.).

Ayrıca Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde "Herkes, kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahiptir." denildikten sonra ikinci cümlesinde bu hakkın yukarıda belirtilen bazı özel güvenceleri de kapsadığı belirtilmiştir. İkinci cümlede geçen "... de kapsar" ibaresi birinci cümle ile birlikte değerlendirildiğinde Anayasa koyucunun iradesinin demokratik bir toplumda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında tanınması gereken güvenceleri ikinci cümlede sayılanlarla sınırlı tutmak olmadığı anlaşılmaktadır. Nitekim uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuk metinleri incelendiğinde kişilere Anayasa'da sayılan güvencelerin tanınmasının yanında bazı durumlarda bu güvencelerin daha geniş olan bazı ilkelerin parçası olarak öngörüldüğü, bazı durumlarda Anayasa'daki özel güvencelerin detaylarının ortaya konulduğu, bazı durumlarda ise ilave bazı güvencelere yer verildiği görülmektedir. Anayasa değişikliğinin uluslararası belgelere ve karşılaştırmalı hukuk metinlerine atıf yapan gerekçesi, Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesindeki kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin genel hüküm, ikinci cümlesinde güvencelerin tüketici şekilde sayılmamış olması dikkate alındığında uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinde yer alan ilkelerin de Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama ölçütlerinden demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ölçütü kapsamında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

ii. Şeffaflık Güvencesi

AB Tüzüğü'nün 5. maddesinde kişisel verilerin veri sahibi yönünden *şeffaf* bir biçimde işlenmesi gerektiği belirtilmiş, 12., 13. ve 14. maddelerde ise şeffaflığı sağlamanın usulü düzenlenmiştir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin İş İlişkileri bağlamında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 1/4/2015 tarihinde kabul edilen CM/Rec (2015) 5⁴⁶ sayılı kararında *işlemenin şeffaflığı* ilke olarak belirlenmiş ve buna ilişkin kurallara yer verilmiştir.

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu'nun⁴⁷ 11. maddesinde *şeffaflık* ilkesi ve bu ilkeye ilişkin kurallar hüküm altına alınmıştır.

⁴⁶ https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

⁴⁷ <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673> (Erişim Tarihi: 17/9/2020).
<https://apdcat.gencat.cat/web/.content/01-autoritat/normativa/documentos/960.pdf> (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

Uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinden şeffaflık ilkesi kapsamında bireylere, verilerinin işlenmesinden önce ve işlenme sırasında süreçle ilgili bilgilendirilme ve verilere erişim hakkı sağlanarak işleme sürecinin tüm aşamalarından kişinin uygun bir şekilde haberdar olmasına imkân tanınmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında şeffaflık ilkesine açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte anılan fıkranın ikinci cümlesinde *"Bu hak; kişinin kendisiyle ilgili kişisel veriler hakkında bilgilendirilme, bu verilere erişme ... ve amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenmeyi de kapsar."* hükmüyle bu ilkenin yansıması olan üç hak güvence altına alınmıştır. Aşağıda şeffaflık ilkesinin gereği olarak tanınan bu üç güvence ayrı ayrı değerlendirilecektir.

(1) Bilgilendirilme Hakkı

BM İlkeleri'nin 4. maddesinde *"Kimlik kanıtı sunan herkes kendisiyle ilgili bilgilerin işlenip işlenmediğini bilme ... hakkına sahiptir."* düzenlemesine yer verilmiştir.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin 8. maddesinde bilgilendirilme hakkı tanınmış ve buna ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir.

AB Tüzüğü'nün 12. maddesinde veri sorumlusunun ilgili bilgileri veri sahibine açık, sade, şeffaf, anlaşılır biçimde vermek durumunda olduğu kurala bağlanmış ve bu madde ile 13. ve 14. maddelerde bilgilendirilme hakkının ayrıntıları düzenlenmiştir.

ILO Düzenlemesi'nin 5. maddesinin (8) numaralı bendi *"Çalışanlar ve temsilcileri herhangi bir veri toplama süreci, bu süreci yöneten kurallar ve hakları hakkında bilgilendirilmelidir."* şeklindedir.

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu'nun *"Şeffaflık ve etkilenen kişinin bilgilendirilmesi"* kenar başlıklı 11. maddesinde, veri sorumlusunun etkilenen tarafa işlemenin amacı ile kendisine tanınan haklar konusunda bilgilendirme yapılacağı belirtilmiştir.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi de *Nüfus Sayımı* kararında, kişisel verileri kayıt altında tutulan kişilere, daha sonraki veri aktarımları konusunda danışılması veya en azından böyle bir durum ortaya çıktığında bu kişilerin bilgilendirilmesi gerektiğini açıklamıştır.

Uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinde bilgilendirmenin mutlaka belli bir şekilde (örneğin yazılı olarak) yapılması aranmamıştır. Aksine kimi durumlarda sözlü olarak bilgilendirme de yeterli görülmüştür.

Öte yandan söz konusu belgelerde ve metinlerde bilgilendirmenin *kişisel verilerin işlenmesinin hukuki dayanağı ve işlemenin amaçları, işlenecek verilerin kapsamı, verilerin saklanacağı süre, veri sahibinin hakları, işlemenin sonuçları ve verilerin yararlanıcıları* gibi hususları kapsamaması gerektiğine dair kurallara yer verilmiştir.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde ise kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının *kişisel veriler hakkında bilgilendirilme* güvencesini de kapsadığı hüküm altına alınmıştır. Anılan Anayasa kuralı, bilgilendirilme hakkı bağlamında, uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuk dikkate alınarak Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin genel hüküm ve Anayasa'nın 13. maddesindeki sınırlama ölçütlerinden demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ölçütüyle birlikte değerlendirilerek veri sahipleri önceden bilgilendirilmesi gerektiği yönünde bir güvencenin olduğu değerlendirilebilir.

(2) Erişme Hakkı

BM İlkeleri'nin 4. maddesinde "*ilgili kişilerin erişmesi ilkesi*" ne yer verilmiştir.

AB Tüzüğü'nün 12. maddesinde ilgili bilgilerin veri sahibine kolay erişebilir bir biçimde sunulması için gerekli tedbirlerin alınması gerektiği vurgulanmış, 13. ve 14. maddelerinde *kişisel verilere erişim hakkıyla* ilgili bilgilendirme yükümlülüğünden söz edilmiştir.

ILO Düzenlemesi'nin 11. maddesinin (2) numaralı bendi "*Çalışanlar ... bütün kişisel verilerine erişebilmelidir.*" şeklindedir.

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu'nun 3. maddesinde *kişisel verilere erişim hakkıyla* ilgili bilgilendirme yükümlülüğü hüküm altına alınmıştır.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 45. maddesinde veri sahibinin verilere erişim hakkı düzenlenmiştir.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde

de kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının *kişisel verilere erişme* güvencesini de kapsadığı hüküm altına alınmıştır.

(3) Amaçları Doğrultusunda Kullanılıp Kullanılmadığını Öğrenme Hakkı

Uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinde kişisel verilerin toplanma amaçları dışında kullanılması hâlinde hangi güvencelerin sağlanması gerektiğine ilişkin kurallara yer verilmekle birlikte verilerin bu amaçlar doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme hakkına yer verilmemiştir. Ancak bu güvencenin anılan belgeler ve metinlerde belirtilen genel ilke olan şeffaflık ilkesinin bir yansıması olduğu kabul edilebilir. Nitekim Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde ise kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının verilerin *amaçları doğrultusunda kullanılıp kullanılmadığını öğrenme* güvencesini de kapsadığı hüküm altına alınmıştır.

ii. Doğru ve Güncel Tutma Güvencesi

BM İlkeleri'nin 2. maddesinde "*Kişisel verileri tutmakla sorumlu makamlar bu bilgilerin doğru tutulmasını güvence altına almalıdır.*" düzenlemesine yer verilmiştir. Bunun yanında 4. maddede şöyle denilmiştir: "[Kişiler]... *bu bilgilerin kanuna aykırı, gereksiz veya yanlış olması durumunda uygun düzeltmelerin yapılmasını veya silinmesini talep etme hakkına sahiptir. Devletler buna uygun bir çözüm yolu sağlamak durumundadır. Herhangi bir düzeltme maliyeti dosyadan sorumlu kişi tarafından karşılanmalıdır.*"

AK 108 sayılı Sözleşme'nin 5. maddesinin (d) bendine göre kişisel veriler "*doğru bilgileri yansıtır ve gerektiğinde güncellenir.*"

AB Tüzüğü'nün 5. maddesine göre kişisel veriler "*doğru ve gerektiğinde güncel tutulmalı; hatalı olan kişisel verinin işlenme amacına bakılmaksızın gecikmeden silinmesini veya düzeltilmesini sağlamak için makul her adım atılmalıdır.*" Ayrıca Tüzük'ün 16. maddesinde düzeltme hakkı, 17. maddesinde de silme hakkı özel olarak düzenlenmiştir.

ILO Düzenlemesi'nin 11. maddesinin (9) No.lu bendi "*Çalışanlar yanlış veya eksik kişisel verilerin ve bu Düzenleme'nin hükümlerine aykırı olarak işlenen kişisel verilerin silinmesini veya düzeltilmesini talep etme hakkına sahip olmalıdır.*" şeklindedir.

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu'nun 4. maddesinde, verilerin doğru tutulması ve gerektiğinde güncellenmesi gerektiği açıklanmıştır.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 38. maddesinde dördüncü veri koruma ilkesi olarak şu ifadelere yer verilmiştir:

“a. Kişisel verilerin doğru ve gerektiğinde güncel tutulması,

b. İşlendiği amaca bağlı olarak yanlış olan kişisel verilerin gecikmeksizin silinmesi veya düzeltilmesini sağlamak için makul adımlar atılmasıdır.”

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu'nun 47. maddesinin (4) numaralı paragrafına göre kişisel veriler *“Olgusal olarak doğru ve gerektiğinde güncel tutulmalıdır. İşleme amaçları açısından yanlış olan kişisel verilerin derhal silinmesi veya düzeltilmesini sağlamak için bütün makul tedbirler alınmalıdır.”*

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında doğruluk ve güncellik ilkesine açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte anılan fıkranın *“Bu hak; [kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin] düzeltilmesini veya silinmesini talep etme[yi] de kapsar.”* şeklindeki ikinci cümlesinde bu ilkenin yansıması olan kişisel verilerin düzeltilmesi veya silinmesi hakkı güvence altına alınmıştır. Buna göre kişisel veriler öncelikle veri sorumluları tarafından hem yanlış olarak tutulmamalı hem de başlangıçta doğru olsa bile sonradan değişen durumlara göre güncellenmelidir. Bunun bir gereği olarak da bireylere haklarındaki doğru olmayan ya da değişen duruma göre güncelliğini yitirmiş olan verilerin düzeltilmesini veya silinmesini talep etme şeklinde usule ilişkin güvenceler tanınmalıdır. Kuşkusuz kimi uluslararası hukuk belgelerinde de belirtildiği üzere kişiler, sadece olgusal olarak doğru olmayan veriler yönünden değil hukuka aykırı olarak tutulan veriler yönünden de bu hakka sahip olmalıdır.

iii. Güvenliğin Sağlanması Güvencesi

BM İlkeleri'nin 7. maddesinde *“güvenlik ilkesi”* başlığı altında *“Veri dosyaları, kaza ile kaybetme veya yok etme gibi doğal afetler, hileli verilerin yanlış kullanılması ya da bilgisayar virüsleri gibi insan odaklı tehlikelere karşı uygun tedbirlerle korunmalıdır.”* düzenlemesi yer almaktadır.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin *“Verilerin güvenliği”* kenar başlıklı 7. maddesinde *“Otomatik dosyalara kaydedilen kişisel verileri korumak için, bunların kaza sonucu veya izinsiz olarak imhasına veya kaza sonucu kaybolmasına veya bunların izinsiz olarak elde edilmesine, değiştirilmesine veya dağıtılmasına karşı uygun güvenlik önlemleri alınır.”* ilkesi yer almaktadır.

AB Tüzüğü'nün 5. maddesinin "bütünlük ve gizlilik" başlığı altında "Yetkisiz veya kanun dışı işlemeye ve kazara kayıp, imha ve hasara karşı uygun teknik veya yapısal tedbirler alınarak kişisel verilerin güvenli bir biçimde işlenmesi sağlanmalıdır." hükmü yer almaktadır.

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu'nun 5. maddesinde, verilerin gizliliği düzenlenmiştir.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 40. maddesinde altıncı veri koruma ilkesi olarak şu ifadelere yer verilmiştir: "Altıncı veri koruma ilkesi, kişisel verilerin güvenliğinin uygun teknik veya yapısal önlemler alınarak işlenmesi gerekliliğidir (yetkisiz veya kanun dışı işlemlere, kazara kayıp, imha veya hasara karşı koruma gibi)".

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu'nun 47. maddesinin (5) numaralı paragrafı "Kişisel veriler güvenliklerini sağlayacak şekilde tutulmalı, uygun teknik ve yapısal tedbirlerle yetkisiz veya kanun dışı işleme, kayıp ve imha ile kazara hasara uğramalarına karşı koruma sağlanmalıdır." şeklindedir.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması güvencesine açıkça yer verilmemiş olmakla birlikte uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuk metinleri incelendiğinde bu güvencenin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bağlamında bireylere tanınması gereken temel güvencelerden biri olduğu anlaşılmaktadır.

5. Ölçülülük

Anayasa'nın 13. maddesine göre bir temel hak veya hürriyete yapılacak sınırlama ve müdahale ölçülü olmalıdır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihadına göre ölçülülük ilkesi *elverişlilik*, *gereklilik* ve *orantılılık* olmak üzere üç alt ilkedен oluşmaktadır. Elverişlilik öngörülen müdahalenin ulaşılmak istenen amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasını, gereklilik ulaşılmak istenen amaç bakımından müdahalenin zorunlu olmasını yani aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılmamasının mümkün olmamasını, orantılılık ise bireyin hakkına yapılan müdahale ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir dengenin gözetilmesi gerekliliğini ifade etmektedir⁴⁸.

⁴⁸ Birçok karar arasında bkz. AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; AYM, Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38.

Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama ve müdahaleler söz konusu olduğunda ölçülülük ölçütü kapsamında bu sınırlama ya da müdahalenin -sınırlama sebebi/meşru amaç yönünden- *elverişli*, *gerekli* ve *orantılı* olup olmadığının belirlenmesi gerekir. Aşağıda ölçülülük ölçütünün bu alt ilkeleri kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bağlamında ayrı başlıklar hâlinde incelenecektir.

Öte yandan uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuk metinleri incelendiğinde kişilere anılan ilkeler kapsamında sağlanması gereken bazı güvencelere yer verildiği görülmektedir. Anayasa değişikliğinin uluslararası belgelere ve karşılaştırmalı hukuk metinlerine atıf yapan gerekçesi de dikkate alındığında uluslararası belgelerde ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinde yer alan bu ilkelerin ölçülülük ölçütünün alt ilkelerinin kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bağlamında yorumlanması sırasında değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

a. Elverişlilik

BM İlkeleri'nin 3. maddesinde "*Bütün kişisel veriler amaç ile ilgili ve onu gerçekleştirmeye elverişli olacak şekilde toplanmalı ve kaydedilmelidir.*" denilmiştir.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin 5. maddesinin (c) bendinde kişisel verilerin "*kaydedilme amaçlarına göre uygun ve yerinde*" olacağı ilkesine yer verilmiştir.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 40. maddesine göre üçüncü veri koruma ilkesi "*... herhangi bir amaç için işlenen kişisel verilerin işleme amacı için ... ilgili ...*" olması gerekliliğidir.

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu'nun 47. maddesinin (3) numaralı paragrafında kişisel verilerin "*İşlenme amacı için elverişli ...*" olması gerektiği belirtilmiştir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan elverişlilik ilkesi gereğince de müdahale, ulaşılmak istenen amaç ile ilgili ve bu amacı gerçekleştirmeye *elverişli* olmalıdır⁴⁹.

b. Gereklilik

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin iş ilişkileri bağlamında kişisel verilerin işlenmesine ilişkin 2015(5) sayılı tavsiye kararının 14.

⁴⁹ AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; AYM, *Mehmet Akdoğan ve diğerleri*, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38.

maddesinin (3) numaralı paragrafı şöyledir: “...[Çalışanların elektronik haberleşmesine] erişim mümkün olan en az müdahaleci bir şekilde ... yapılmalıdır.”. Yine bu tavsiye kararınının 14. maddesinin (2) numaralı paragrafında da gereklilik ölçütü yönünden şu ifadeler yer verilmiştir: “Özellikle çalışanların eriştiği internet veya intranet sayfalarıyla ilgili kişisel verilerin işlenmesi durumunda belirli işlemleri önleyen filtrelerin kullanımı gibi önleyici tedbirlerin benimsenmesi ve anonim veya bir şekilde toplanan veriler üzerinde bireysel olmayan rastgele kontroller tercih edilerek kişisel veriler üzerindeki olası izlemenin derecelendirilmesi tercih edilmelidir.”

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu’nun 47. maddesinin (3) numaralı paragrafında kişisel verilerin işlenmesinin “bu amaca ulaşmak için gerekli olma”sı yönünde bir düzenleme bulunmaktadır.

Anayasa’nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan gereklilik ilkesi uyarınca da aynı amaca daha hafif bir müdahale ile ulaşılması mümkün olmamalı, müdahale ulaşılmak istenen amaç bakımından zorunlu olmalıdır⁵⁰.

c. Orantılılık

i. Genel Olarak

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik sınırlama ya da müdahalenin veri sahibi üzerinde bir külfete yol açtığı kuşkusuzdur. Bu sınırlamanın ya da müdahalenin ulaşmak istediği amaç ile karşılaştırıldığında bireylere şahsi olarak aşırı bir külfet yüklemesi hâlinde orantısız olduğu sonucuna varılması gerekir. Anayasallık denetiminde müdahalenin yüklediği külfeti hafifleten bazı usule ilişkin ve maddi güvencelerin var olup olmadığı araştırılmalı, özellikle bireysel başvurular bakımından bu güvencelerin etkin bir biçimde uygulanıp uygulanmadığı da tartışılmalıdır. Bu bağlamda *orantılılık* ilkesi kapsamında görülebilecek bazı güvencelere aşağıda yer verilmiştir.

ii. Sınırlı Olma Güvencesi

AB Tüzüğü’nün 5. maddesine göre kişisel veri “Yeterli, ilgili ve işlendiği amaçlar için gerekli olanlarla sınırlı işlenmelidir (verilerin en az seviyeye indirilmesi)”.

⁵⁰ AYM, E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012; E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015; E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016, § 18; AYM, Mehmet Akdoğan ve diğ.eri, B. No: 2013/817, 19/12/2013, § 38.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin "Verilerin niteliği" kenar başlıklı 5. maddesinin (c) bendinde kişisel verilerin işlenmesinin "aşırı olmaması" ilkesi yer almaktadır.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 37. maddesine göre "Üçüncü veri koruma ilkesi, herhangi bir amaç için işlenen kişisel verilerin işleme amacı için yeterli ... olup aşırı olmamasıdır."

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu'nun 47. maddesinin (3) numaralı paragrafı "...[kişisel veriler] amaçla orantısız olmamalıdır." şeklindedir.

Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan orantılılık ilkesi bağlamında işlenecek veya herhangi bir şekilde yararlanılacak veriler ulaşılmak istenen amaçla sınırlı olmalı, bu amacı aşacak şekilde sınırlama ya da müdahaleye izin verilmemelidir.

iii. Saklama Süresi Güvencesi

BM İlkeleri'nin 3. maddesinde "Kişisel verilen saklanma süresi, belirtilen amaçlara ulaşılmasını sağlayacak süreyi aşamaz." ilkesine yer verilmiştir.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin 5. maddesinin (e) bendine göre kişisel veriler "kaydedilme amaçlarını gerçekleştirmek için gerekli olan süreyi aşmayacak şekilde ... saklanır."

AB Tüzüğü'nün 5. maddesinde "İşlenme amacı için gerekenden daha uzun olmayan bir süre boyunca veri konularının tanımlanmasına izin veren bir formda tutulmalıdır. Kişisel veriler, veri sahibinin hak ve özgürlüklerini korumak için bu Tüzüğün öngördüğü uygun teknik ve yapısal tedbirler alınmak kaydıyla Tüzüğün 89/1. maddesi uyarınca sadece kamu yararına, bilimsel veya tarihi araştırma amaçlarına ya da istatistiki amaçlara yönelik olarak arşivleme amacıyla daha uzun bir süre saklanabilir." hükmü öngörülmüştür.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 39. maddesinde beşinci veri koruma ilkesi olarak şu ifadelerle yer verilmiştir: "Beşinci veri koruma ilkesi, herhangi bir amaçla işlenen kişisel verilerin işlenme amacı için gerekenden daha uzun bir süre saklanmaması ilkesidir."

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu'nun 47. maddesinin (5) numaralı paragrafına göre "... [kişisel veriler] işlendiği amaç için gerektiğinden fazla sürede tutulmamalıdır." Ayrıca Federal Alman Anayasa Mahkemesinin Nüfus Sayımı kararında, kişisel verilerin belirsiz bir şekilde

kaydedilmemesi gerektiği ve kaydedilme amacı gerçekleştiikten sonra en kısa sürede silinmesi gerektiği belirtilmiştir. Yakın tarihli başka bir kararda da telefon ve internet trafiği bilgilerinin daha fazla saklanması hukuki bir amaç yoksa artık veri depolaması sona erdirilmesi ve önceden toplanan verilerin mutlaka silinmesi gerektiği açıklanmıştır.

Bu açıklamalar ışığında bakıldığında Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan orantılılık ilkesi, verilerin saklanma süresi güvencesi bağlamında kişisel verilerin sınırlama ya da müdahale amacı için gerekenden daha uzun süre saklanmamasını gerektirmektedir.

iv. Veri Sahibi Hakkında Otomatik Sonuç Doğurmayla İlgili Güvenceler

AB Tüzüğü'nün 22. maddesinin (1) numaralı paragrafında veri sahibi hakkında tek başına otomatik işleme faaliyetine dayalı sonuçlar çıkarılmaması yönünde güvenceye yer verilmiştir. Taraflar arasında bir sözleşme bulunması, veri sahibinin açık rızası veya üye devlet hukukunda açıkça öngörülmesi bu güvencenin istisnaları olarak sayılmıştır.

ILO Düzenlemesi'nin 5. maddesinin (5) No.lu bendi "*Bir çalışanla ilgili kararlar yalnızca o çalışanın kişisel verilerinin otomatik işlenmesine dayanmamalıdır.*" şeklindedir.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 49. maddesinde "*Otomatik karar almaya tabi tutulmama hakkı*" düzenlenmiş ve "*Veri sorumlusu kanunen gerekli olmadıkça veya yetkilendirilmedikçe yalnızca otomatik işlemeye dayalı olarak önemli bir karar alamaz.*" denilmiştir. Aynı Kanun'un 14. maddesinde ise otomatik karar alma bakımından bazı güvencelere yer verilmiş, maddenin (4) numaralı paragrafının (b) bendinde veri sahibinin yalnızca otomatik işleme dayanmayan bir karar alınmasını isteyebileceği düzenlenmiştir.

Almanya Federal Veri Koruma Kanunu'nun 37. maddesine göre otomatik işlemeye dayalı kararlara karşı itiraz edebilme hakkı bulunmaktadır.

Uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlerine bakıldığında kişisel verilerden veri sahibi hakkında otomatik sonuçlar çıkarılmasının onun menfaatlerini zedeleyen bir yöntem olarak değerlendirildiği ancak tamamen yasaklanmadığı, gerekli olması

hâlinde bu yönetime başvurulabileceğinin kabul edildiği, buna karşılık bu yönetime başvurulması hâlinde kişilere bazı usul güvenceleri sağlanmasının arandığı, kişilere söz konusu yönetime dayanmayan bir karar alınmasını talep etmek gibi hakların tanındığı anlaşılmaktadır.

Bu bağlamda Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ölçülülük ilkesinin unsurlarından olan orantılılık ilkesi bağlamında veri sahibinin menfaatlerini zedeleyen bir yöntem olan kişisel verilerden veri sahibi hakkında otomatik sonuçlar çıkarılması yöntemine kural olarak başvurulmaması gerektiği söylenebilir. İşin niteliğinin bu yöntemin uygulanmasını gerektirdiği durumlarda ise veri sahibinin dezavantajlı durumunu hafifletmek amacıyla söz konusu yönetime dayanmayan bir karar alınmasını talep etme hakkı gibi usule ilişkin güvenceler sağlanmalıdır.

v. Usulî Güvenceler

AK 108 sayılı Sözleşme'nin 10. maddesinde "*Her bir Taraf, işbu bölümde düzenlenen verilerin korunması hakkındaki temel ilkelere işlerlik sağlayan ... başvuru yolları getirmekle yükümlüdür.*" şeklindeki hükme yer verilmiştir.

AİHM temel hak ve özgürlüklere ilişkin negatif yükümlülükler kapsamında inceleme yaparken ilgili yargılamalarda kişilere usule ilişkin güvenceler sağlanıp sağlanmadığını dikkate almaktadır⁵¹.

Anayasa Mahkemesi de temel hak ve özgürlükler kapsamında sağlanan güvencelerin ihlal edilip edilmediği yönünden değerlendirme yaparken yargı yoluna başvurma imkânının bulunup bulunmadığını ve bu yolda gerekli usule ilişkin güvencelerin sağlanıp sağlanmadığını negatif yükümlülükler kapsamındaki dava ve başvurularda değerlendirmektedir⁵².

⁵¹ "AİHM kararlarına göre Sözleşme'nin 8. maddesi açıkça usul şartları içermemekle birlikte anılan maddeyle güvence altına alınan haklardan etkili bir şekilde yararlanabilmesi için müdahaleyi doğuran karar alma sürecinin bu maddeyle korunan hak ve özgürlüklere gerekli saygıyı sağlayacak nitelikte ve adil olması gerekir. Bu şekildeki bir süreç, başvuruçunun 8. maddedeki haklarını -deliller ve kanıtlanma konuları dahil- adil şartlarda savunabileceği etkili usule ilişkin güvencelerden yararlandırılmayı gerektirir (AİHM, Ciubotaru/Moldova, 27138/04, 27/4/2010, § 51 ; AİHM, TP. ve KM Birleşik Krallık, B. No: 28945/95, 10/5/2001 , § 72)." (Ö.A. [GK], B. No: 2014/4868, 13/10/2016, § 60)

⁵² "Mevzuatta dava konusu kural kapsamında elde edilen bilgilerin gizliliğinin korunması ve amacı dışında kullanılmasını önleyecek yasal güvencelere yer verildiği gibi bu bilgilerin kötüye kullanılıp kullanılmadığını denetleyecek güvencelere de yer verildiği görülmektedir. Bu bağlamda anılan yetkinin veya bu yetki nedeniyle elde edilen bilgilerin amacı dışında kullanılması, bir başka ifadeyle millî güvenlik istihbaratını oluşturmak üzere önleyici istihbarat elde edilmesi veya analiz yapılması amaçları dışında kullanılması hâlinde kişilerin yargı yoluna başvurmaları mümkündür." (AYM, E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015, § 81).

6. Özel Bazı Durumlar

a. Hassas Veriler

Hassas veriler doktrinde, doğrudan veya dolaylı olarak kişilerin ırkı ve etnik kökeni, ten rengini, siyasi görüşlerini, dinî ve felsefi inançlarını, sendika üyeliğini, sağlık ve cinsel yaşamını ve mahkûmiyetlerini ortaya çıkaran veriler olarak tanımlanmaktadır⁵³.

BM İlkeleri'nin "Ayrımcılığın önlenmesi ilkesi"ne yer verilen 5. maddesinde "(6) numaralı ilkede kısıtlı olarak öngörülen hâller söz konusu olduğunda ırk veya etnik köken, renk, cinsel yaşam, siyasi görüş, dini, felsefi ve diğer inançların yanı sıra dernek veya sendika üyeliği bilgileri de dahil olmak üzere kanuna aykırı veya keyfi olarak ayrımcılığa yol açabilmesi muhtemel veriler toplanmamalıdır." denilmiştir.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin "Özel veri kategorileri" kenar başlıklı 6. maddesinde, iç hukukta uygun güvenceler sağlanmadıkça ırksal kökeni, siyasi düşünceleri, dinî veya diğer inançları ortaya koyan kişisel veriler ile sağlık veya cinsel hayatla ilgili kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulamayacağı belirtilmiştir. Anılan madde ceza mahkûmiyetiyle ilgili kişisel verileri de bu kapsama dâhil etmiştir.

AB Tüzüğü'nün 9. maddesinde ise bu husus "Özel kategorilerdeki kişisel verilerin işlenmesi" başlığı altında düzenlenmiştir. Bu maddenin (1) numaralı paragrafına göre "Irk veya etnik köken, siyasi görüşler, dini veya felsefi inançlar ya da sendika üyeliğinin ifşa edildiği kişisel verilerin işlenmesi ve bir gerçek kişinin kimlik teşhisinin yapılması amacıyla genetik veriler ile biyometrik verilerin, sağlık ile ilgili verilerin veya bir gerçek kişinin cinsel yaşamı veya cinsel eğilimine ilişkin verilerin işlenmesi yasaktır". Ancak aynı maddenin (2) numaralı fıkrasında belirli istisnalar sayılmıştır. Buna göre veri sahibinin açık rızası, istihdam ve sosyal güvenlik, kişisel verinin veri sahibi tarafından açık bir biçimde kamuya açıklanması, hukuki iddialarda bulunulması, orantılı olmak ve yeterli güvenceler sağlanmak kaydıyla kayda değer bir kamu yararının bulunması, tıbbi tanı, sağlık veya sosyal bakım hizmetlerinin veya tedavinin sağlanması, kamu yararına yönelik arşivleme, bilimsel veya tarihi araştırma amacının bulunması hâllerinde işlemem mümkün olabileceği açıklanmıştır.

53 Kaya, C. (2011). "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LIXIX, S.1-2,, s. 318.

Yine 10. maddede *mahkûmiyet kararları* yönünden ayrı bir düzenlemeye yer verilmiştir. Buna göre kanun ile öngörülme ve yeterli güvenceleri içermek kaydıyla suç isnadı ile ilgili kişisel verilerin işlenebileceği belirtilmiş, ayrıca mahkûmiyet kaydının sadece resmî makamların kontrolü altında tutulacağı düzenlenmiştir.

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu'nun 6. maddesinde "*Tüzüğün [AB Tüzüğü] 9.2. maddesinin amaçları doğrultusunda ayrımcı durumlardan kaçınmak için etkilenen tarafın tek başına rızası ideoloji, sendika, din, cinsel yönelim, inanç, ırk veya etnik köken gibi kişisel verilerin işlenmesi yasağını kaldırmaya yeterli değildir.*" denilmiş, ancak devamında "... bu tür verilerin, uygun olduğu hallerde, Tüzüğün 9.2 Maddesinde atıfta bulunulan durumlarda işlenmesini engellemez." şeklindeki hükme yer verilmiştir.

Uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlerine bakıldığında *din, inanç, ideoloji, ırk veya etnik köken, cinsel yönelim, bazı örgütlenmelere üyelik, sağlık, genetik veriler, biyometrik veriler ve mahkûmiyet verileri* gibi bazı verilerin *hassas veri* olarak kabul edildiği, bu tür verilerin veri sahibi hakkında muhtemel ayrımcı uygulamalara yol açabileceği veya gizli kalmasının kişi bakımından daha da önem taşıdığı düşüncesiyle kural olarak işlenmemesi, işlenmenin zorunlu olduğu bazı hâllerde ise kişilere daha üst seviyede güvenceler sağlanması gerekliliğinin arandığı anlaşılmaktadır.

Bu çerçevede Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasında kişisel veriler arasında herhangi bir ayırım yapılmamış ise de *hassas kişisel veriler* söz konusu olduğunda demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük incelemesinin farklılaşacağı açıktır. Zira bu durum işin niteliğinden kaynaklanmaktadır. Hassas veriler yönünden yapılacak müdahale ve sınırlamanın kişiler üzerinde ortaya çıkaracağı sonuçlar diğerlerine kıyasla daha ağır olabilecektir. Ayrıca bu tür verilerin işlenmesi muhtemel ayrımcı uygulamalara yol açabilecektir. Bu nedenle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı yönünden yukarıda belirtilen ölçütlerin ve bunlara ilişkin güvencelerin *hassas kişisel veriler* söz konusu olduğunda daha katı uygulanması gerekliliği ortaya çıkmaktadır⁵⁴. Dolayısıyla anayasal denetim kapsamında olguların hassas kişisel verilere ilişkin olup olmadığı öncelikle tartışılması gereken

⁵⁴ Kaya, C. (2011). s. 324.

hususlardandır. Müdahalenin veya sınırlandırmanın *hassas kişisel veriler* ile ilgili olduğu takdirde demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük başlığı altında bu husus dikkate alınarak ilgili sınırlama ölçütleri ve güvenceler daha sıkı bir şekilde denetlenmesi gerektiği düşünülmektedir.

b. İstisnalar

BM İlkeleri'nin "*Üstün amaçlar için istisna koyabilme ilkesi*" kenar başlıklı 6. maddesi şöyledir: "*Ulusal güvenlik, genel sağlık ve ahlaki korumak veya özellikle zulüm gören kişilerin ve diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla (1) ila (4) numaralı ilkelerden ayrılabilmek mümkün olabilir. Ancak bu tür istisnalar, sınırlarının açıkça belirlendiği ve uygun tedbirlerin ortaya konulduğu iç hukuk sistemine göre yürürlüğe konan bir kanun veya eşdeğer bir düzenlemede açıkça belirtilmiş olmalıdır.*" İstisna konulabilecek bu ilkeler; işlemenin hukuka uygun ve adil olması, doğruluk, belirli ve meşru amaçlar için işleme ve ilgili kişilerin erişmesi ilkeleridir. Güvenlik ile denetleme ve yaptırım ilkeleri ise istisna tutulmamıştır.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin "*İstisnalar ve kısıtlamalar*" kenar başlıklı 9. maddesinin (2) numaralı paragrafında taraf devletin kanunlarında öngörülmüş olması ve demokratik bir toplumda maddede sayılan hususların sağlanması için gerekli bir önlem oluşturması koşuluyla 5., 6. ve 8. maddelere bazı sebeplerle istisna getirilebileceği düzenlenmiştir. Bu sebepler ise şunlardır: Devlet güvenliğinin korunması, kamu güvenliği, devletin mali menfaatleri, suçların önlenmesi, ilgili kişinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, ilgili kişilerin özel yaşamlarına tecavüz tehlikesi bulunmamak kaydıyla istatistiki veya bilimsel amaçlar. Bu Sözleşme'nin 5. maddesinde verilerin niteliği, 6. maddede özel veri kategorileri ve 8. maddede ise ek güvenceler düzenlenmiştir.

AB Tüzüğü'nün kısıtlamalara ilişkin 23. maddesinde, üye devletlerin "*12. ila.../.../ay119725/Desktop/KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI/yeni/kişisel verilerin korunması raporu.docx - _msocom_1 22. (bunlara karşılık geldiği sürece 5. madde) ve 34. maddelerdeki yükümlülükleri ve hakların kapsamını, temel hak ve özgürlüklerin özüne saygı gösterdiğinde ve demokratik bir toplumda korunmak için gerekli ve orantılı bir tedbir olduğu takdirde aşağıdaki hâllerde kanun yoluyla*" sınırlayabilecekleri düzenlenmiştir. Bu hâller ise şöyle sıralanmıştır: Ulusal güvenlik, savunma, kamu güvenliği,

suçların önlenmesi ve soruşturulması ile kovuşturulması, kamu yararına olan para, bütçe, önemli bir vergilendirme, kamu sağlığı, sosyal güvenlik gibi ekonomik veya mali amaçlar, meslek etiği ihlallerinin önlenmesi, veri sahibinin veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, medenî hukuk hak ve alacaklarının icrası. Bu maddeye göre sınırlandırma öngören kanun ise şu hükümleri içermelidir: *“işleme veya işleme kategorilerinin amaçları, kişisel veri kategorileri, tanınan kısıtlamaların boyutu, keyfi veya hukuk dışı erişimin ya da aktarımın önlenmesine dair güvenceler, sorumlunun veya sorumlu kategorilerinin belirlenmesi, depolama dönemleri ve işlemenin niteliği, kapsamı ve amaçları veya işleme kategorileri dikkate alınarak uygulanabilir güvenceler, veri sahibinin hakları ve özgürlüklerine getirilen riskler, veri sahibinin, amacına hâlel getirmediği sürece kısıtlama hakkında bilgilendirilmesi”*.

Benzer istisna ve kısıtlamalara karşılaştırmalı hukukta da yer verilmiştir. Örneğin Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu'nun 82. ve devamı maddelerinde istihbarat servislerinin veri işlemesine ilişkin özel hükümler düzenlenmiştir.

Uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlere göre bazı sebeplerle kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına ilişkin özel güvencelere istisna getirilebilir. Diğer bir ifadeyle bazı durumlarda söz konusu güvenceler aranmayabilecektir. Yukarıda yer verilen belgeler ve metinlerde bazı istisna hâlleri belirtilmiş ise de bunların tüketici sayıda olmadığı anlaşılmaktadır.

Öncelikle ifade etmek gerekir ki bu istisnalar kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı yönünden ortaya çıkan özel güvenceler yönünden geçerlidir. Yoksa tüm temel hak ve özgürlükler bakımından geçerli olan asgari sınırlama ve müdahale güvenceleri yönünden istisna öngörülmemiştir. Nitekim kimi belgelerde istisnaların söz konusu olduğu hâllerde dahi demokratik toplum düzeninde gereklilik ve ölçülülük güvencelerine uyulması, sınırlama ve müdahalenin keyfi olmaması gerektiği ifade edilmiştir. Ayrıca istisna hâllerinde de bütün özel güvenceler ile ilgili istisna getirilebileceği anlaşılmamalıdır. Somut olayın nitelikleri dikkate alınarak her bir özel güvence yönünden istisna getirilip getirilemeyeceğinin değerlendirilmesi gerektiği düşünülmektedir.

Örneğin iş yerinde video kamera ile gizli izlemenin tartışıldığı *López Ribalda ve diğerleri/İspanya* kararında AIHM, bir süpermarkette birkaç

ay boyunca yaşanan hırsızlık olayları nedeniyle makul şüphe sonrası bunun tespiti için çalışanların gizli bir biçimde iş yerinde izlenmesinin ihlal oluşturmadığı sonucuna varmıştır. AİHM bu sonuca varırken olayın mahiyeti gereği önceden bir bilgilendirme yapılamayacağını kabul etmiş, izlemenin kısıtlı bir alana ilişkin olması, bu verilerin başka bir amaçla kullanılmaması, suç sebebiyle ciddi ve makul bir şüphe üzerine izlemenin başlatılması gibi hususları dikkate almıştır.

Doktrinde bir görüş de millî güvenlik, savunma ve kamu düzeni gibi durumlarda da idarenin keyfi uygulamalarının önlenmesi ve özel hayatın gizliliğinin korunması için dikkatli bir şekilde düzenleme yapılması gerektiğini öne sürmektedir⁵⁵.

c. Sınırlamanın ya da Müdahalenin Yapıldığı Alan

Kişisel veriler sağıktan eğitime, istihbarattan yargıya, akademiden gazeteciliğe oldukça farklı alanlarda kullanılabilir. Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına bu farklı alanlarda yapılan sınırlama ve müdahaleler farklı menfaatler dengesini ortaya çıkarabilmektedir. Yukarıda yer verilen değerlendirmeler ise genel niteliktedir. Dolayısıyla somut dosyada ya da başvuruda anılan hakka hangi alanda sınırlama getirildiği ya da müdahale edildiği ve bu alanda ortaya çıkan kendine özgü menfaatler dengesi dikkate alınarak sınırlama ve müdahale ölçütlerinin yorumlanması gerekir. Nitekim uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlerinde spesifik bazı alanlarda o alanın özellikleri dikkate alınarak kişisel verilerin korunması hakkına yönelik sınırlama ve müdahalelerin özel güvencelerine yer verilebilmektedir⁵⁶. Kanaatimizce anayasal denetimde bu raporda yer verilenlerle yetinilmeyip bu spesifik belge ve metinlerin de dikkate alınması uygun olacaktır.

IV. DEVLETİN POZİTİF YÜKÜMLÜLÜKLERİ YÖNÜNDEN İNCELEME YÖNTEMİ

C. Genel Olarak

Temel hak ve hürriyetlerin sadece kamu makamlarının sınırlama ve müdahalelerine karşı negatif yükümlülükler bağlamında korunması

55 Kılınç, D. (2012). s. 1160.

56 İşçi işveren ilişkileri bağlamında konu hakkında geniş değerlendirme için bkz. Sevimli, K. A. (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal Yay.

gerçek bir koruma sağlamayabilecektir. Gerçek anlamda bir koruma sağlanabilmesi için devlet sadece sınırlamama ya da müdahale etmeme şeklindeki yükümlülüğünü yerine getirmekle yetinemez, pozitif bazı önlemler almakla da yükümlüdür. Nitekim Anayasa Mahkemesi norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında devletin gerçek anlamda bir koruma sağlaması için devletin bazı pozitif yükümlülükleri yerine getirmesinin gerekliliğini kabul etmektedir⁵⁷.

Nitekim AİHM de *Marckx/Belçika* kararında Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında devletin pozitif yükümlülüklerini şöyle tarif etmiştir: “*Bu madde sadece devletin müdahale etmekten kaçınmasını değil, birincil negatif yükümlülüğüne ek olarak aile hayatına saygı hakkının etkili bir biçimde korunması çerçevesinde bazı pozitif yükümlülükler de yüklemektedir*”⁵⁸.

D. Ölçü Norm

AİHM pozitif yükümlülüğün hukuksal dayanağı olarak etkili koruma çerçevesinde Sözleşme'nin 1. maddesini göstermektedir⁵⁹.

Anayasa Mahkemesi ise konuyu özel olarak düzenleyen başka bir Anayasa hükmü olmadıkça⁶⁰ pozitif yükümlülükleri Anayasa'nın

⁵⁷ AYM, E. 2019/11, K.2019/86, 14/11/2019, §§ 13-14; *Osmanoğlu İnşaat Eğitim Gıda Temizlik Hizmetleri Petrol Ürünleri Sanayi Ticaret Limited Şirketi* kararında (B. No: 2014/8649, 15/2/2017) şu ifadelere yer verilmiştir: “...Pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkmasının nedeni ‘gerçek anlamda koruma’ sağlanmasıdır. Temel hak ve özgürlüklerin sadece devletin negatif müdahaleleri yönünden korunması, kişileri üçüncü kişilerin eylemleri yönünden korumasız bırakacaktır. Yine devletin öngörülebilir veya öngörülmesi gereken tehlikeler yönünden bireyleri koruma yükümlülüğünün olmaması durumunda da kişilerin hakları gerçekten güvence altına alınmış olmaz. Gerçek anlamda koruma sağlanması için devletin negatif yükümlülükleri dışında pozitif yükümlülüklerinin de olması gerekir. Aksi hâlde Anayasa'nın ilgili maddelerinde sağlanan güvenceler etkisiz hâle gelir.”

⁵⁸ *Marckx/Belçika* [GK], B. No: 6833/74, 13/6/1979, § 31. AİHM kararlarında özel ve aile hayatına saygı hakkında devletin pozitif yükümlülükleri ile ilgili olarak bkz. *Harris/O'Boyle/Warbrick*, s. 511 vd.

⁵⁹ *Bărbulescu/Romanya*, § 108.

⁶⁰ “Anayasanın 56. maddesinin birinci fıkrasında, “Herkes, sağlıklı ve dengeli bir çevrede yaşama hakkına sahiptir., üçüncü fıkrasında ise “Devlet, herkesin hayatını, beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmesini sağlamak; insan ve madde gücünde tasarruf ve verimi artırarak, işbirliğini gerçekleştirmek amacıyla sağlık kuruluşlarını tek elden planlayıp hizmet vermesini düzenler.” denilmektedir. Belirtilen madde devlete, kişilerin hayatını beden ve ruh sağlığı içinde sürdürmelerini sağlamak için sağlık kuruluşlarının hizmetlerini düzenleme, denetleme ve organize etme gibi görevler yüklemiştir. Anılan madde ile devlete verilen görevler devletin pozitif yükümlülükleridir.” (AYM, E.2016/181, K.2018/111, 20/12/2018, § 110) “Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında “herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir” hükmüne yer verilme suretiyle özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı düzenlenmiştir. Bununla birlikte ailenin sosyal yapısının yanı sıra toplum hayatında oynadığı rol de gözeticilerle ailenin korunması hususunda devletin pozitif yükümlülüklerini belirtmek açısından Anayasa'nın 41. maddesinde tamamlayıcı bir düzenleme bulunmaktadır.” (Rasul Kocatürk [GK], B. No: 2016/8080, 26/12/2019, § 40)

“Devletin temel amaç ve görevleri” kenar başlıklı 5. maddesine dayandırmaktadır⁶¹. Buna göre kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bakımından ortaya çıkan pozitif yükümlülüklerin anayasal dayanağı yönünden Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası yanında varsa Anayasa’daki özel düzenlemelerin, yoksa Anayasa’nın 5. maddesinin ölçü norm olarak gösterilmesi gerekir.

E. Yükümlülükler

6. Mevzuat Oluşturma Yükümlülüğü

BM İlkeleri’nin 8. maddesinde “... Yukarıda belirtilen ilkeleri uygulayan ulusal kanun hükümlerinin ihlali durumunda cezai veya diğer idari yaptırımlar uygun bireysel çözümlerle birlikte öngörülmüş olmalıdır.” denilmiştir.

AK 108 sayılı Sözleşme’nin 10. maddesinde “Her bir Taraf, işbu bölümde düzenlenen verilerin korunması hakkındaki temel ilkelere işlerlik sağlayan iç hukuk kurallarının ihlaliyle ilgili uygun yaptırımlar ... getirmekle yükümlüdür.” şeklindeki hükme yer verilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen 18/12/2013 tarihli ve 68/167 sayılı “Dijital Çağda Mahremiyetin Korunması” konulu kararın ilgili kısmı ise şöyledir:

“Tüm devletlere (şu hususlarda) çağrı yapılmıştır:

...

İlgili ulusal mevzuatın uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülüklerle uyumunu sağlamak da dahil olmak üzere bu hakka yönelik ihlalleri sona erdirecek veya bu gibi ihlalleri önleyecek koşulları oluşturmak için tedbirler almak,

Kitle gözetimi, müdahale ve toplama dahil olmak üzere kişisel verilerin toplanması ve haberleşmenin gözetimini ilgilendiren süreç, uygulama ve mevzuatı uluslararası hukuk kapsamındaki bütün yükümlülüklerin tam

⁶¹ “Anayasa’nın 5. maddesi insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamayı devletin temel amaç ve görevleri arasında saymıştır. Devlet, kişilerin sağlık hakkından tam anlamıyla yararlanabilmeleri ve sağlıklı bir yaşam sürdürebilmeleri amacıyla yasal, idari, mali, yargısal ve diğer önlemleri almak zorundadır. Ayrıca Anayasa, sosyal hukuk devleti olmanın gereği olarak sağlık hizmetlerinin sunumunda yüklediği pozitif yükümlülük kapsamında devleti bu haklardan yararlanmayı artıracak önlemleri almakla mükellef kılmıştır. ...” (AYM, E.2016/125, K.2017/143, 28/09/2017, § 172)

“Anayasa’nın 17. maddesinde düzenlenen yaşam hakkı, Anayasa’nın 5. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde devlete pozitif ve negatif ödevler yükler.” (Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17/9/2013, § 50).

ve etkili bir biçimde uygulanmasıyla mahremiyet hakkının sağlanması amacıyla gözden geçirmek,

...”

AİHM’in pozitif yükümlülükler kapsamında ilk olarak tartıştığı husus, kişisel verilerin korunması ile ilgili etkili bir hukuksal çerçeve oluşturulup oluşturulmadığı meselesidir. AİHM’e göre devletin pozitif yükümlülükleri çerçevesinde koruyucu tedbirler alması gerekmekte olup bu tedbirlerin hem özel hukuk hem ceza hukuku alanlarında olması gerekmektedir⁶².

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu ile kişisel verilerin korunması bağlamında hukuka aykırılıklara karşı çeşitli yaptırımlar öngörülmüştür.

Bu çerçevede ayrıca Federal Alman Anayasa Mahkemesinin kişisel verilerin korunması ile ilgili güvencelere atıf yaptığı kararlarına da değinmek gerekir⁶³. Mahkeme veri güvenliğinin sağlanması hakkında katı, kesin ve bireylerin daha fazla izlendiklerini hissetmeyecekleri şeffaflığı sağlayıcı kurallar getiren etkili bir hukuki mekanizma öngörülmesi gerektiğini vurgulamıştır.

Uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlerine bakıldığında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında kişilere tanınmış olan güvencelerden etkili bir şekilde yararlanılmasını temin için devlete mevzuat oluşturma ve özellikle de güvencelere aykırılıkları yaptırıma bağlama yükümlülüğünün öngörüldüğü anlaşılmaktadır.

Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının son cümlesinin “*Kişisel verilerin korunmasına ilişkin esas ve usuller kanunla düzenlenir.*” şeklindeki hükmü uyarınca Türk hukukunda mevzuat oluşturma yükümlülüğü kapsamında düzenlenmesi gereken hususların çerçevesi kanunla belirlenmelidir.

⁶² *Bărbulescu/Romanya*, § 116. Ancak AİHM örneğin iş ilişkileri bağlamında karşılaştırmalı hukuka bakarak bu konuda bir Avrupa konsensüsünün bulunmadığı gerekçesiyle geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır (*Bărbulescu/Romanya*, §§ 118-119). Bununla birlikte bu takdir yetkisi sınırsız görülmemiş ve ulusal makamların, bir işveren tarafından haberleşmenin ve diğer iletişimin izlenmesi ile ilgili olarak suiistimallere karşı yeterli güvencelerin olduğu gerekli tedbirleri sağlamak durumunda oldukları ifade edilmiştir (*Bărbulescu/Romanya*, § 120).

⁶³ BVerfG , 1 BVR 256/08, 2/3/2010.

Nitekim kişisel verilerin korunmasına ilişkin usul ve esaslar çerçeve kanun olan 6698 sayılı Kanun ile düzenlenmiş bulunmaktadır⁶⁴. Anılan Kanun'da, Anayasa ile kişisel verilere ilişkin uluslararası hukuk metinleri ve karşılaştırmalı hukuk örneklerinde yer alan güvencelere büyük ölçüde yer verildiği, çeşitli hak ve yükümlülükler ile yaptırımlar öngörüldüğü, kişisel verilerin korunmasına ilişkin yetkilerle donatılmış bir üst kurul oluşturulduğu görülmektedir. Yine bazı spesifik alanlarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel düzenlemelere de yer verilmiştir. 25/5/2005 tarihli ve 5352 sayılı Adli Sicil Kanunu buna örnek olarak gösterilebilir. Bunun yanında 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 134., 135., 136., 137. ve 138. maddelerinde kişisel verilerin ihlali belirli durumlarda suç olarak da düzenlenmiştir. Ayrıca 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun kişiliğin korunmasına ilişkin 23. ve devamı maddelerindeki hükümleri ile 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun haksız fiil sorumluluğuna ilişkin 49. ve devamı maddeleri, iş ilişkilerinde kişisel verilerin kullanılması hakkındaki 419. maddesi hükümleri de uygulama alanı bulabilmektedir. Dolayısıyla kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukuksal çerçevenin mevcut olduğu tespiti genel olarak yapılabilir. Ancak kişisel verilere çok farklı alanlarda müdahale edilebileceği dikkate alınarak her dosya ve başvurunun incelenmesi sırasında mevzuat oluşturma yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediği gözetilmeli, bu kapsamda genel mevzuatın yeterli olup olmadığı, özel bir düzenlemenin gerekli olup olmadığı değerlendirilmelidir.

7. Denetleyici Mekanizma Oluşturma Yükümlülüğü

BM İlkeleri'nin 8. maddesinde *"Her ülkenin kanunu, yerel hukuk sistemine uygun olarak yukarıda belirtilen ilkelere uyulmasından sorumlu makamı belirler. Bu makam tarafsızlık, veri işleme ve oluşturmada sorumlu kişilere karşı bağımsızlık ve teknik yeterlilik teminatı sunmalıdır..."* denilmiştir.

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunca kabul edilen 18/12/2013 tarihli ve 68/167 sayılı *"Dijital Çağda Mahremiyetin Korunması"* konulu kararın ilgili kısmı ise şöyledir:

"Tüm devletlere (şu hususlarda) çağrı yapılmıştır:

...

⁶⁴ Bu Kanun ile ilgili değerlendirme için bkz. Korkmaz, İ. (2016). "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124, 2016, ss. 81-152.

Haberleşmenin denetlenmesi, müdahale edilmesi ve kişisel verilerin toplanması için uygun şekilde şeffaflık ve hesap verebilirlik sağlayabilecek bağımsız ve etkili iç gözetim mekanizmalarının oluşturulması ve sürdürülmesi”

İspanya Kişisel Verilerin Korunması ve Dijital Hakların Güvence Altına Alınması Kanunu ile Veri Koruma Kurulu kurulmuştur.

Birleşik Krallık Veri Koruma Kanunu’nda ise kanunu izlemek ve uygulamakla sorumlu bir komiser atanması öngörülmüştür.

Uluslararası hukuk belgeleri ve karşılaştırmalı hukuk metinlerine bakıldığında kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında kişilere tanınmış olan güvencelerin kâğıt üzerinde kalmaması, somut olarak etkili bir şekilde hayata geçirilmesi amacıyla bazı ek güvencelere yer verilmiştir. Bunlardan biri de kişisel verilerin korunmasından sorumlu bir makamın belirlenmesidir.

Anayasa’nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası 5. madde ile birlikte ele alındığında mevzuat oluşturma ve özellikle de güvencelere aykırılıkları yaptırıma bağlama yükümlülüğü bağlamında kişisel verilerin korunmasından sorumlu bir denetleyici mekanizma oluşturulmasını gerektirmektedir. Nitekim bu kapsamda bir görev icra üzere 6698 sayılı Kanun ile bağımsız nitelikte olan Kişisel Verileri Koruma Kurulu kurulmuştur.

8. Özel Kişiler Arasındaki İlişkiler Yönünden Yükümlülükler

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı pozitif yükümlülükler kapsamında özel hukuk ilişkileri yönünden de geçerli bir haktır. AİHM Sözleşme’nin 8. maddesi bağlamında kişisel verilerin korunması ile ilgili şikâyetleri, özel kişiler arasındaki uyuşmazlıkların söz konusu olduğu hâllerde pozitif yükümlülükler yönünden incelemektedir⁶⁵.

⁶⁵ Nitekim bir işveren ile çalışanı arasındaki iş sözleşmesinin feshine ilişkin başvuruda (Bărbulescu/Romanya, § 109-111) şu ifadelerle yer verilmiştir: “109. Mevcut başvuruda Mahkeme başvurucunun şikâyet ettiği işverenin bilgisayar kaynaklarının kişisel kullanımında yasaklanması yönündeki iç düzenlemelerle ilgili sınırlamalar çerçevesinde yürütülen disiplin soruşturması ile sonuçlanan Yahoo Messenger iletişiminin izlenmesi şeklindeki tedbirin bir kamu otoritesi tarafından alınmadığını ve özel bir ticari şirket tarafından uygulandığını gözlemlemektedir. Başvurucunun iletişimlerinin izlenmesi ve işten çıkarılmasını haklı çıkarmak için içeriğinin işvereni tarafından incelenmesi bir kamu otoritesince hakka müdahale edildiği anlamına gelmemektedir.

110. Bununla birlikte Mahkeme, işveren tarafından alınan tedbirin ulusal mahkemelerce kabul edildiğini not etmektedir. Başvurucunun iletişiminin izlenmesinin ulusal makamların doğrudan müdahalesinin bir sonucu olmadığı doğru ise de şikâyet edilen olgular, kamu makamlarının

Anayasa Mahkemesi de ilgili temel hak ve özgürlüklerin gerçek anlamda korunması için özel kişiler arasındaki ilişkiler kapsamında devletin söz konusu hak ve özgürlükle ilgili pozitif yükümlülüklerini yerine getirmesi gerektiğini kabul etmektedir⁶⁶. Mahkeme kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı bakımından da aynı yaklaşımını devam ettirmiştir⁶⁷.

Bu durumda özel kişiler arasındaki ilişkilerde devlete yüklenen pozitif yükümlülüklerin neler olduğunun tespit edilmesi gerekir.

AK 108 sayılı Sözleşme'nin "Kapsam" kenar başlıklı 3. maddesinde "Taraflar, işbu Sözleşmeyi **kamu sektöründe ve özel sektörde**, otomatik kişisel veri dosyalarına ve kişisel verilerin otomatik işleme tabi tutulması konusunda **uygulamayı taahhüt ederler.**" denilmiştir.

AİHM bir kararında (Bărbulescu/Romanya, § 112) "Devletin Sözleşme kapsamındaki pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar kesin bir tanım yapılmasına uygun olmamakla birlikte uygulanan ilkeler benzer niteliktedir. Her iki bağlamda da devletin sahip olduğu takdir payına bağlı olarak bireyin ve bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı değerlendirilmelidir." ifadelerine yer vererek benzer bir yaklaşımı benimsemiştir.

Buna göre uluslararası hukuk belgeleri ve AİHM içtihatları dikkate alındığında devletin kamu makamlarının müdahalesi yönünde olduğu

başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan bir hakkının kullanılmasını güvence altına alma bakımından sorumlulukları bulunmaktadır...

111. Yukarıdaki 109. paragrafta açıklanan davanın özel koşulları ışığında AİHM, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilirliğine ilişkin vardığı sonuca ... ve başvurucunun özel hayatı ile haberleşmesine saygı gösterme hakkının özel bir işverenin eylemlerinden etkilendiği dikkate alındığında şikâyetin devletin pozitif yükümlülükleri açısından incelenmesi gerekmektedir."

⁶⁶ "... Anayasa'nın bir bütün olarak yorumlanması durumunda mülkiyet hakkının bireylerin müdahalelerine karşı devletten korunma talep etmeyi de kapsadığı sonucuna ulaşılması kaçınılmazdır. Anayasa'nın 5. maddesinde kişilerin ve toplumun refah, huzur ve mutluluğunu sağlamak; kişinin temel hak ve hürriyetlerini, sosyal hukuk devleti ve adalet ilkeleriyle bağdaşmayacak surette sınırlayan siyasal, ekonomik ve sosyal engelleri kaldırmaya çalışmak, devletin temel amaç ve görevleri arasında sayılmıştır. Kişilerin refah, huzur ve mutluluğunu sağlama ve onların hak ve özgürlüklerini sınırlayan kısıtlamaları kaldırmaya çalışma ödevi, devletin mülkiyet hakkına yönelik bireyler arasında gerçekleşen ihlalleri önlemek hususunda tedbirler almasını zorunlu kılmaktadır." (AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28/03/2018, § 25).

⁶⁷ Mahkemenin bireysel başvurular kapsamında verdiği bazı kararlarında Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası ile 12. ve 5. maddelerine atıfla devletin, bireyin kişisel verilerinin korunması hakkına keyfi olarak müdahale etmemenin yanında üçüncü kişilerin saldırılarını önlemekle yükümlü kıldığı, bu bağlamda pozitif yükümlülüklerinin de bulunduğu belirtilmiştir (AYM, *Ali Çığır*, B. No: 2015/19298, 8/5/2019, § 32; AYM, *Erol Kumcu*, B. No: 2015/18988, 9/5/2019, § 32 ve AYM, *Cansun Sarıyıldız*, B. No: 2015/11671, 8/1/2020, § 19).

gibi özel kişilerin kişisel verilerle ilgili müdahaleleri yönünden de kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında ortaya çıkan güvenceleri sağlamakla yükümlü olduğu anlaşılmaktadır⁶⁸.

Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinde herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiş ancak bu hakkın sadece kamu makamlarının müdahaleleri kapsamında ileri sürülebileceği yönünde bir sınırlama yapılmamıştır. Bireyler özel kişiler tarafından yapılan müdahalelere karşı da devletten korunma talep edebilirler. Yine anılan Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının ikinci cümlesinde sayılan özel güvenceler de bu hak kapsamına dâhil edilmiştir. Dolayısıyla bu cümledeki özel güvenceler de özel kişiler arasındaki ilişkilerde kişisel verilerle ilgili ortaya çıkan müdahaleler yönünden de geçerli olacaktır. Öte yandan negatif yükümlülükler bağlamında ayrıntılı olarak açıklandığı üzere kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı kapsamında kişilere sağlanması gereken özel güvenceler bunlarla da sınırlı değildir. Uluslararası belgeler ve karşılaştırmalı hukuk metinleri dikkate alınarak Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrasının birinci cümlesinin yorumuyla ortaya çıkan özel güvencelerin de özel kişiler arasındaki ilişkilerde gözetilmesi gerekecektir.

Öte yandan Anayasa'nın 11. maddesinin birinci fıkrasında Anayasa hükümlerinin sadece yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluşları değil kişileri de bağlayan temel hukuk kuralları olduğu hükmüne yer verilmiştir. Dolayısıyla Anayasa'nın 20. maddesinin üçüncü fıkrası kapsamında kişisel veriler yönünden öngörülen güvenceleri özel kişiler de veri sahiplerine sağlamak zorundadır. Buna göre AİHM içtihadında da belirtildiği üzere devletin negatif yükümlülükleri kapsamında kişilerin sahip olduğu güvenceler ile özel kişiler arasındaki ilişkilerde kişilere sağlanması gereken güvenceler birbirine benzemektedir. Bu nedenle negatif yükümlülükler kapsamında yukarıda açıklanan güvencelerin niteliğine uyduğu ölçüde özel kişiler arasındaki ilişkiler yönünden de sağlanması gerekir.

Anılan Anayasa hükümleri Anayasa'nın 5. maddesiyle birlikte ele alındığında devletin bu bağlamdaki pozitif yükümlülüğünün özel kişiler tarafından veri sahiplerinin kişisel verilerine Anayasa'daki güvencelere

⁶⁸ Çekin, M. S. (2018). s. 16 vd.

aykırı olarak müdahale edilmemesini sağlamak olduğu söylenebilir. Bunun için de kamu makamlarının ve özellikle yargısal makamların özel kişilerin müdahaleleriyle ilgili uyumsuzluklarda veri sahibinin kişisel verilerine söz konusu güvencelere aykırı müdahalede bulunup bulunulmadığını gerektiği gibi incelemeleri ve bu incelemeyi uygun sonuçlara bağlamaları gerekir.

Bu kapsamda kamu makamlarının ve özellikle derece mahkemelerinin -somut olayın koşullarına uygun düştüğü ölçüde- yukarıda değinilen özel güvencelerin somut olayda hakka müdahale eden üçüncü kişi tarafından sağlanıp sağlanmadığını gereği gibi denetleyip denetlemedikleri önem taşımaktadır.

SONUÇ

Kişisel verilerin korunmasını isteme hakkının Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasına göre özel hayata saygı hakkının kapsamında korunduğu kabul edilmekle birlikte 2010 yılında yapılan anayasa değişikliğiyle aynı maddenin üçüncü fıkrasında ayrıca güvence altına alınması öngörülmüştür. Bu maddede ayrıca söz konusu hakka özgü bazı güvenceler de getirilmiştir. Anayasa'da yer alan kişisel veri ve işleme kavramları ile bu verilerin korunmasına yönelik güvencelerin belirlenmesi anayasal denetim bakımından büyük bir önem taşımaktadır. Anayasa koyucunun gerekçesinde yapılan atıf da dikkate alındığında bu denetim yapılırken uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk uygulamaları ve örneklerinin de göz önünde bulundurulması gerektiği düşünülmektedir.

Bilişim çağı olarak nitelendirebileceğimiz günümüz dünyasında kişisel verilerin korunması ihtiyacı ve buna yönelik uygun hukuki araçlar geliştirilmesi gerekliliği ortaya çıkmaktadır. Anayasa Mahkemesi de gerek norm denetimi gerekse de bireysel başvuru kapsamında vereceği kararlarla anayasal anlamda kişisel verilerin korunmasını isteme hakkına yönelik güvence ve ilkeleri ortaya koymaktadır.

KAYNAKÇA

Kitap ve Makaleler

- ÇEKİN, Mesut Serdar. (2018). *Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, Oniki Levha Yayınları
- HARRIS/O'BOYLE/WARBRICK (2018). *Law of the European Convention on Human Rights*, 4th Edition, Oxford.
- KAYA, Cemil (2011). "Avrupa Birliği Veri Koruma Direktifi Ekseninde Hassas (Kişisel) Veriler ve İşlenmesi", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.LIXIX, S.1-2, ss. 317-334.
- KILINÇ, Doğan. (2012). "Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, S. 61 (3), ss. 1089-1169.
- KORKMAZ, İbrahim. (2016). "Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Hakkında Bir Değerlendirme", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 124, 2016, ss. 81-152.
- KÜZECİ, Elif. (2014). "İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı", *İnsan Hakları Yıllığı*, C: 32, ss. 53-75.
- NALBANT, Atilla, DOĞRU, Osman (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar*, 2. Cilt, Avrupa Konseyi-Yargıtay.
- OĞUZ, Sefer (2018). "Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun Genel İlkeleeri", *Bilgi Ekonomisi ve Yönetimi Dergisi*, C. 13, S. 2, ss. 121-138.
- ÖNCÜ ARSLAN, Gülay (2019). *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8, Avrupa Konseyi.
- SEVİMLİ, K. Ahmet (2006). *İşçinin Özel Yaşamına Müdahalenin Sınırları*, İstanbul: Legal Yay.

İnternet Siteleri

- <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2018/12/contents/enacted> (Erişim Tarihi: 17/9/2020).
- <https://www.oecd.org/internet/ieconomy/oecdguidelinesontheProtectionofPrivacyandtransborderflowsofpersonaldata.htm> (Erişim Tarihi: 17/9/2020).
- <https://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss497.pdf> (Erişim Tarihi: 17/9/2020)

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN> (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

<https://www.refworld.org/pdfid/3ddcafaac.pdf> (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/normative_instrument/wcms_107797.pdf (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_bdsch/index.html (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805c3f7a, (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2018-16673>, E.T. 17/9/2020.

<https://apdcat.gencat.cat/web/.content/01-autoritat/normativa/documentos/960.pdf> (Erişim Tarihi: 17/9/2020).

Kararlar

Anayasa Mahkemesinin Norm Denetimi Kararları

E.2006/167, K.2008/86, 20/3/2008.

E.2010/40, K.2012/8, 6/3/2013.

E.2011/111, K.2012/56, 11/4/2012.

E.2013/39, K.2013/65, 22/5/2013.

E.2013/84, K.2014/183, 4/12/2014.

E.2014/122, K.2015/123, 30/12/2015.

E.2014/159, K.2014/151, 2/10/2014.

E.2014/176, K.2015/53, 27/5/2015.

E.2014/177, K.2015/49, 14/5/2015.

E.2014/183, K.2015/122, 30/12/2015.

E.2016/13, K.2016/127, 22/6/2016.

E.2016/181, K.2018/111, 20/12/2018.

E.2017/27, K.2017/117, 12/7/2017.

E.2017/172, K.2018/32, 28/03/2018.

E. 2017/180, K.2018/109, 6/12/2018.

Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Kararları

Ali Çığır, B. No: 2015/19298, 8/5/2019.

Ali Hıdır Akyol ve diğerleri [GK], B. No: 2015/17510, 18/10/2017.

Bülent Kaya [GK], B. No: 2013/2941, 11/5/2016.

Cansun Sarıyıldız, B. No: 2015/11671, 8/1/2020.

Erol Kumcu, B. No: 2015/18988, 9/5/2019.

Koç Holding Emekli ve Yardım Sandığı Vakfı, B. No: 2016/15421, 12/11/2019.

Mehmet Akdoğan ve diğerleri, B. No: 2013/817, 19/12/2013

Necmiye Çiftçi ve diğerleri, B. No: 2013/1301, 30/12/2014.

Orhan Kayahan, B. No: 2014/1970, 22/11/2017.

Ö.A. [GK], B. No: 2014/4868, 13/10/2016.

Rasul Kocatürk [GK], B. No: 2016/8080, 26/12/2019.

Serpil Kerimoğlu ve diğerleri, B. No: 2012/752, 17/9/2013.

Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12/11/2014.

AİHM Kararları

Marckx/Belçika [GK], B. No: 6833/74, 13/6/1979.

S. ve Marper/Birleşik Krallık [BD], 30562/04..., 4/12/2008

Bărbulescu/Romanya [BD], B. No: 61496/08, 5/9/2017.

Ciubotaru/Moldova, 27138/04, 27/4/2010

TP. ve KM Birleşik Krallık, B. No: 28945/95, 10/5/2001.

Federal Alman Anayasa Mahkemesi Kararları

BVerfG, 1 BvR 209/83, 15/12/1983.

BVerfG,1 BvR 256/08, 2/3/2010.

(Bu kararlara <https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/> adresinden erişilmiştir, Erişim Tarihi: 17/9/2020)

- Mustafa İlhan Öztürk

Benim sorum kurul başkanımız sayın Faruk Hocama. Bu kişisel verileri koruma kurulu Amazon Türkiye'ye bir ceza vermişti. Kişisel verilerin yurtdışına aktarılması nedeniyle bu cezayı da göz önünde bulundurursak, bu kararı da kişisel verilerin yurt dışına aktarılması ilgili olarak son durumu anlatabilir misiniz? Size zahmet bir de özel olarak ülkemizde serverın tutulmasını zorunlu tutmak mümkün müdür? Bu konuda neler söylersiniz?

- Prof. Dr. Faruk BİLİR

Soru için teşekkür ediyorum tabi bu Amazon'la ilgili kurulun verdiği kararda 4 tane husus var. Bunlardan bir tanesi de yurt dışına veri aktarımı ile ilgili. Amazon yapmış olduğu savunmada şunu ifade etti: Amazon, ben bu verileri yurt dışına aktarıyorum zaten, taahhüdümü de kurulun onayına sundum şeklinde. Tabi bu kanuna göre taahhüdün kurul tarafından onaylanması gerekiyor idi. Bu konuda da herhangi bir onay olmadığı için taahhüt geçerli değil. Geriye kalan husus açık rıza. Açık rızanın da dosyadan alınmadığı anlaşıldığı için bu konuda yaptırım uyguladı.

Tabi kanunun 9. maddesinde yurtdışına veri aktarımı şu şekilde düzenleniyor: Öncelikle yurt dışına veri aktarımı için açık rıza şartlardan bir tanesi. Açık rıza var ise yurt dışına veri aktarılabilir, taahhüde gerek yok. Aktarılan ülkenin güvenli ülke olmasına da gerek yok. Eğer açık rıza yok ise bu durumda veri aktarılacak ülkenin güvenli ülke olup olmadığına bakmak gerekiyor. Eğer kurul o ülkeyi güvenli ülke ilan etmişse, yine aktarım bakımından sorun yok ama şu ana kadar kurul bu güvenli ülke ile ilgili bir herhangi bir ülkeyi güvenli ülke ilan etmedi. Bu konudaki görüşmeler devam ediyor ki 9. maddede bu güvenli ülke ile ilgili olarak karşılıklılık, müteakabiliyet esası aranmakta. Bu konu ile ilgili hem ülkeler bazında hem Avrupa Birliği bazında çalışmalar devam ediyor.

Güvenli ülke yok ise bu konuda veri aktarılacak ülkedeki veri sorumlusu ile diğer ülkedeki verinin aktarılacağı ülkedeki veri sorumlusunun bir taahhüt imzalamaları ve bunu kurula onaylatmaları gerekmekte. Tabi biz bu taahhütlerini nasıl olacağını vs. bunları kurulun internet sayfasında ilan ettik. Bunun yanında Avrupa'da uygulanan -Avrupa Birliği'nde uygulanan- bağlayıcı şirket kuralları dediğimiz

bcr kısa adıyla grup şirketlerde uygulananı da kabul etti kurul. Yani şimdi günümüzde veri aktarımı için açık rıza, taahhütname, bcr ve yine kurulun çalıştığı bu genel veri koruma tüzüğünden esinlenilerek model sözleşmeler var. Standart davranış kuralları var. Biz bunları da çalışıyoruz. Tabi serverların veri merkezlerinin Türkiye’de bulunması ile ilgili olarak, bu konuda Cumhurbaşkanlığı genelgesi var. Kamu kurumları ile ilgili olarak bu verilerin yurt içindeki serverlarda tutulması ile ilgili olarak. Tabi sizin sorduğunuz soru ile ilgili olarak da şunu söyleyebilirim. Bulut hizmetinin bizim kanunumuz bakımından yurt dışından alınması hususunda, bunu biz bulut hizmeti veren şirket bizim kanunumuza göre veri işleyen herhangi bir şekilde o bulut sistemini veya veri merkezini kullanan şirket veri sorumlusu ve veri sorumlusundan veri işleyene bir aktarım gerçekleşecek. Dolayısıyla bunu da biz yurt dışı aktarımı olarak kabul ediyoruz.

Yine şöyle cevap vermek isterim elbette hem Cumhurbaşkanlığı genelgesinde hem bizim birtakım kararlarımızda hep şunu söylüyoruz, mümkün olduğunca bu veri merkezlerinin yurt içinde olması veri güvenliği açısından gereklidir. Ama Kanun bunların yurtdışına aktarımına da belli şartlarda -9. madde çerçevesinde- izin vermektedir.

- Dr. Taylan Barın

Benim sorum yine Faruk Hocam’a olacak. Tam sunumunun sonunda değinmişti, ben biraz o konuyu açmasını istiyorum. Kurulun da bir kararı var. Haziranın sonunda almış olduğu kişilerin adı ve soyadı ile arama motorları üzerinden yapılan aramalarda çıkan sonuçların indexten çıkarılması. Anayasa Mahkemesinin de bir içtihadı vardı, bu unutulma hakkına ilişkin. Siz buradaki kararın sonunda aynı zamanda yargı mercilerinin de başvurularında eş zamanlı yapılabileceğinden bahsetmişsiniz, kurulunuzda süreç nasıl işliyor?

- Prof. Dr. Faruk BİLİR

Her şeyden önce Anayasa Mahkemesi’nin geçmiş yıllarda verdiği unutulma hakkı ile ilgili kararı biz çok iyi irdeledik. Tabi orada Anayasa Mahkemesi daha çok ibreyi biraz unutulma hakkı yönünde kullanıyor ifade hürriyetinden. Şimdi önüne bir olay giderse hangi taraf ağır basar o Anayasa Mahkemesi’nin tekdirinde. Tabi bizim buradaki unutulma ve kurulun verdiği kararda unutulma hakkından ziyade ki onun kapsamında indexten çıkarılma sizin belirttiğiniz gibi öncelikle bu

Anayasa mahkemesi kararından farklı olarak dijital ortamda daha çok. Çünkü şikâyet o minvalde geldi. Arama motorlarıyla ilgili bir karar ki siz daha iyi biliyorsunuz. Anayasa Mahkemesi sadece dijital ortamda sınırlamıyor o kararını. Unutulma hakkını bize başvuru daha çok bir arama motoru ile ilgili olarak geldiği için ve bu başvuruların sayısı çok fazla olduğu için öncelikle biz şu değerlendirmeyi yaptık: Bu arama motorları bir veri sorumlusu mudur? Bizim kanun bakımından evet dedik. İkinci olarak öncelikle başvurunun arama motorlarına yapılması gerekiyor. Çünkü bizim kanunun getirdiği mekanizma kurulun bu anlamda şikâyetlerle ilgili olarak ikincil bir yetki. Önce veri sorumlusuna, bir sonuç alınamazsa veya cevap yetersiz bulunursa kurula müracaat. Öncelikle arama motorlarına gidilmesi -yine Anayasa Mahkemesi kararında da altı çiziliyor bu unutulma hakkının istisnai bir hak olduğunun altı çizildi- ve bu özellikle dijital ortamda ve indexten silinme. Bu verinin veya bu haberin internet ortamından tamamen silinmesi bizim verdiğimiz karar bu. Google İspanya kararına benziyor. Kişinin geçmişte doğru ve aynı zamanda hukuka uygun şekilde işlenmiş herhangi bir kişisel verisi ile ilgili. Üzerinden zaman geçmiş ki bununla ilgili kurul 13 kriter belirledi, bu bir dengeleme testi. Artık o arama motorunda ismi ile arandığı zaman o haberle ilişkilendirmeyecek ama farklı isim dışında o haberi aradığınız zaman aslında aynı haber karşımıza çıkıyor. Dolayısıyla burada haberin erişimden veya ortadan kaldırılması değil sadece isimle indekslenmesi vs. Diyebiliriz. Tabi bu kriterler aslında Anayasa Mahkemesinin de ortaya koyduğu kriterler. Burada mesela biz şunu söylüyoruz. Bu unutulma hakkının istisnai olmasının bir sonucu. Öncelikli olarak kamunun haber alma hakkı ya da genel olarak söylersek ifade hürriyeti ile bunların silinmesi de diyebiliriz ki, biz unutulma hakkına bir üst başlık olarak bunun altında silme, yok etme vs. yer alıyor. Dolayısıyla bunlar arasında bir dengeleme, dengelemede bakılırken sürenin o verinin mesela bir çocuğa mı ait olduğu, özel nitelikli mi olduğu, güncel mi olduğu bu haberin bir önyargıya sebep olup olmadığı arama sonucu ilgili kişi açısından risk doğuruyor mu, bu kişinin kendisi tarafından mı yayıldı, gazetecilik faaliyeti kapsamında mı, bir yasal zorunluluk var mı bu haberin yayılmasında veya ceza gerektiren bir suçla mı ilgili vs bu 13 kriterin hakkı kullanmak isteyenler ile ilgili olarak aranması gerektiğini söylüyoruz kurul tarafından.

Aslında burada şu hususa dikkat etmek gerekiyor. Mesela biz belli başlı arama motorlarına şikâyet konusu olan arama motorlarına da

aynı zamanda bu kararı tebliğ ettik. Çünkü mesela Google'ın isim vermekte sorun görmüyorum. Türkiye bakımından bu karardan sonra bu yöntemi açması gerekir. Çünkü Avrupa'da Google uzantısında bu hat kullanılabiliyor bir özel kutucuk var. O kutucuğa URL bağlantısı işlendiği zaman Google size bir cevap veriyor bunun Türkiye bakımından da bu hakkın kullanılması bakımından biz önemli olduğunu düşünüyoruz.

- Yücel ARSLAN

Sorum Mesut Serdar Hocama olacak. Mesut Hocam benim sorum kişisel verilerin korunmasına ilişkin yapay zekânın algoritmaları uygularken ulaştığı sonuçlar ve profillemeye ve otomatik karar verme süreçlerine ilişkin olacak. Öncelikle kişisel verilere ilişkin rıza göstermeden neredeyse hizmetlere erişmek yararlanmak mümkün gözükmemektedir yapay zekâ tabanlı uygulamalarda. Çoğunlukla da böyle başkalarının bilgilerini profilleyerek üçüncü kişilerin, diğer kişilerin üzerinde sonuç doğuran otomatik karar verme süreçleri ve profillemeye ile ilgili gerek yapay zekâ algoritmalarının önyargıya sahip olabileceği ayrımcılık noktasında gerekse hatalı bilgileri işleyebileceği göz önüne alındığında, ayrıca ticari anlamda gerekse teknik anlamda verilen rızanın geri alınamayabileceği söz konusu olduğuna göre, siz yapay zekâ algoritmalarının bu aşamada ki kişisel verilerin korunması ile ilgili güvenceler bakımından nasıl bir değerlendirme yaparsınız teşekkür ederim.

- Doç. Dr. Mesut Serdar ÇEKİN

Teşekkür ediyorum. Bu arada çok güzel bir soru gerçekten de. Beni şu da çok mutlu ediyor, yani kişisel verilerin korunması hususunun çok kıymetli raportörler tarafından da bu denli analiz edilmiş olması iyi uyandırması beni açıkçası bugün de tekrar çok mutlu etti.

Özel olarak sorunuza da gelince, çok güzel bir soru. Zaten belirttiğim gibi aslında kişisel veriler sadece kişisel verilerin korunması hukuku diyelim yani sadece hukuk açısından değil de ekonomi açısından da ciddi bir önem arz ediyor. Bu bağlamda genel itibari ile yapay zekânın düzenlenmesine dair malumunuz genel gerek Amerika Birleşik Devletleri gerek ise Avrupa'da ama aynı zamanda tabii ki Çin de vs. yani bütün dünya çapında aslında öneriler mevcut. Henüz öneri aşamasında çünkü çok soyut ilkeler üzerinden gidiliyor ve somut spesifik bir öneri mevcut değil an itibariyle. Tam da belirttiğiniz noktada aslında biz bu

algoritmaları yani o zaman hiç kullanmayacak mıyız? Kişisel veriyi koruyabilmemiz için veya kişisel verilerin korunması hakkı çerçevesinde hiç mi kullanmayacağız? Ne kadar feragat edeceğiz, çözüm yolları mevcut mu değil mi?

Bu bağlamda öncelikle yapay zekâ algoritmalarının çoğunda veri nerede işe yarıyor, tabi ki veriyi etiketliyorsunuz ondan sonra bu veriyle siz algoritmayı tabiri caizse öğretiyorsunuz. Nasıl karar vermesi gerektiğini gösteriyorsunuz ve algoritma farklı yöntemleri de var. Yapay zekâ teknolojilerinde gibi farklı tekniklerimizde var elbette ama veri burada çok kritik bir öneme sahip. Eğer ben anonim veri ile zaten kişiselleştirilmiş, kişiyi belirli kılabilen değil, salt anonim veri üzerinden bu işi yapabiliyorsam zaten bunu yapmam lazım ki bugünkü aslında birçok uygulama anonim veri üzerinden çalışıyor. Yani aldığı, elde ettiği veriyi anonim hale getirip ondan sonra kişileri belirli bir kategoriler oluşturuyor. Ama mesela Facebook mesela Twitter veya Instagram'dan benim verimi alıyor, evet işte 37 yaşında akademisyen, evli, çocuk sahibi, İstanbul'da ikamet ediyor. Ben acaba hangi kategoriye uygunumdur deyip beni belirli bir kategoriye sokup ona göre de karar veriyor. Bu bağlamda çözüm önerileri ne olabilir? Bir anonim veri üzerinden çalışmak isabetli olabilir. Yapay zekâ teknolojilerinde genel olarak zaten sürekli vurgulanan iki husus; bir şeffaflık iki açıklanabilirlik. Birinci hususa bakınca şeffaflık burada bizim aslında hukuki açıdan en büyük sorunumuz şu olacak. Şeffaflık ve mesela kişisel verilerin korunması hukuku bağlamında aydınlatma, bilgilendirme olarak karşımıza çıkıyor. Fakat özellikle derin öğrenme derin yapay zekâ ağlarını ele aldığımızda giriş ve çıkış katmanı arasındaki katmanlarda ne olup ne bittiğini programlayan kişiler bile açıklayamıyorlar. Şimdi blackbox yani kapalı kutu tabiri kullanılıyor. Şeffaflığın burada ne kadar gerçekleştirebiliriz, bu başlı başına bir sorun zaten. Buna göre de kişileri nasıl bilgilendireceğiz bu da başlı başına bir sorun yine şeffaflık bağlamında. Bundan öte şöyle bir sorun da yine karşımıza çıkacak; ben bütün teknik detaylarıyla bu olayı izah etmeye çalıştığımda böyle bir algoritma kullanıyorum ilgili kişileri aydınlatacağım ya da açık rızasını almadan önce bilgilendireceğim ne kadar teknik ne kadar detaylı bilgi verirsem bir o kadar bilgi kirliliğine de sebebiyet verebilecek. Öte yandan da ne kadar yüzeysel anlattıysam bu sefer özünü kaçırmış olabileceğim dolayısıyla bunu çok yani kullanıcılara veri sorumlularına çok büyük bir yük düşüyor ve hiç de kolay değil.

İkinci husus hesap verilebilirlik hususu da aslında şeffaflıkla bağlantılı bir mesele. Burada kastedilen şu aslında; yarın üretici kullanıcı veri sorumlusu sen bu teknolojiyi kullanırken lütfen kendi riskine kendin çok iyi belirle özellikle yeni siber güvenlik alanında riski sifıra indirmek benim şahsi kanaatim imkânsızdır. Bunu çok kişi de tasdik edecektir herhalde. Ama senden beklenen bütün gayreti gösterdin mi ve bunları belgeledin mi yarın bir gün de işte bir sorun ortaya çıktığında sen hangi önlemleri almıştın bunun hesabını verebilecek misin veremeyecek misin?

Bu bağlamda yine veri koruma hukukunda AB hukukunda gerek Amerika Birleşik Devletleri'nde farklı yöntemlerle risk assessment dediğimiz etki analizi unsuru ön plana çıkıyor. Etki analizi nedir? Çok basit bir şekilde izah etmeye çalışacağım -lütfen kusura bakmayın zaman dar olduğu için-. Bir faaliyete başlamadan önce onun riskini lütfen tespit edin, kayıtlarınızı alın, o riski azaltmak için makul bir seviyeye çekmek için hangi önlemleri aldınız bunları da lütfen tespit edin ve bir kenara yazın ki yarın bir gün sizin bütün bu gayretinize rağmen gösterdiğiniz özene rağmen bir sorun ortaya çıkarsa ben size devlet otoritesi olarak hesap sorduğumda siz de bunun hesabını verebilirsiniz. Bu mantıkla hareket edildiğinde ancak bu tür algoritmalar gerçekten de hukuka daha uygun hale getirilebiliyor ama dediğim gibi sizin de belirttiğiniz üzere şu an itibarıyla birçok teknolojinin kişisel verilerin korunması kanunu ile veya düzenlemeleriyle çelişkiler yaşadığını görebiliyoruz. Başka bir örneği de mesela blockchain teknolojisi. Merkezi bir sistem olmayan dağıtık bir veritabanı olan blockchaine de bir kere veri tespit etmekte bile biz çok ciddi derecede zorlanıyoruz. Kaldı ki ilgili kişi veri sorumlusunu tespit edemediğimiz için kanunundan doğan haklarını kime karşı kullanacak bu bile başlı başına büyük bir sorun olarak karşımıza çıkıyor. Son olarak da tasarım itibarıyla mahremiyet dediğimiz husus ön plana çıkıyor. Burada da yani hukukçular ve bilgisayar mühendisleri yazılımcılar artık gerçekten el ele verip bir araya gelip baştan daha tasarım aşamasında biz hukuki gereksinimleri acaba ne kadar gerçekleştirebiliriz sorusuna kafa yormalılar beraber. Bir şekilde ondan sonra da bir ürün ortaya çıkmalı, aksi takdirde çok güzel bir proje milyon dolarlar belki de harcanyor ve günün sonunda çok güzel bir teknoloji ortaya çıktığında birisi diyor ki, güzel yapmışsınız ama bu kanuna aykırı onun için de çöpe atmak zorunda kalıyorsunuz. Burada da dediğim gibi ya teknoloji ve hukukun bir arada iç içe geçmesi el ele yürümesi çok büyük önem arz ediyor kanaatindeyim.

- Aybike TUNÇ

Benim sorum Faruk Hocama olacak. Az önce kişisel verilerin yurtdışına aktarılması özellikle Amazon kararı çerçevesinde açıkladınız ama ben özellikle 108 sayılı sözleşmeyi sormak istiyordum. Yani kurumun 108 sayılı sözleşmenin uygulanmasına ilişkin vermiş olduğu karardan sonra özellikle akademik çevrelerde çok fazla tartışma çıktı. Bu konuya açıklık getirirseniz hocam çok sevinirim.

- Prof. Dr. Faruk BİLİR

Amazon kararında, Amazon savunmaların dan biri de 108 sayılı sözleşmenin 12. maddesinin bu yetkiyi verdiğiydi. Tabi biz bunu karar olarak da yayınladık, araştırdık, tartıştık. Aslında asıl önemlisi şu, biz iki yıl önce Avrupa komisyonu ile Brüksel’de yaptığımız bir toplantıda bunu sorduk. Kendilerinden 108 sayılı sözleşme Türkiye’nin güvenli ülke olmaksızın ya da 108 sayılı sözleşmeye taraf olan ülkenin güvenli ülke olmaksızın bu sözleşmeye dayalı olarak veri aktarabilir mi diye açıkça sorduk. Onlarda hayır dedi. 108 sayılı sözleşme hiçbir ülkeyi güvenli ülke yapmaz ve veri aktarımına izin vermez onların söylediği şu, bizim de yorumumuz kurulun bakış açısı bu. 108 sayılı sözleşme Türkiye’nin güvenli ülke olması bakımından iyi bir referanstır. Aynı şekilde Türkiye’nin güvenli ülke ilan edeceği ülke bakımından da iyi bir referanstır.

108 sayılı sözleşmeyi Türkiye 1981’de imzalamış, 2016 yılında onaylamıştır. Bu sözleşme 108 plus adıyla güncellenmekte. Henüz Türkiye bu sözleşmeyi imzalamadı, yani şunu söylemek istiyorum aslında bu Amazon kararından sonra birkaç veri sorumlusu da bunu dayanak olarak gösterdi. Aslında 12. maddeyi iyi okuduğunuz zaman şunu söylüyor, herhangi bir taraf devlet bir taraf devlete veri aktarımı yasaklanamaz şeklinde bir ifadesi var. Ama buradan o ülkeye veri aktarılabilir anlamını öngörmüyor ve 108 sayılı sözleşme yine orada yapılan savunmalarda Anayasa’nın 90. maddesinin son fıkrası, yani bu 108 sayılı sözleşmenin kanun niteliğinde olduğu vs. yapılıyor. Kurul bunu da değerlendirdi. 108 sayılı sözleşme Avrupa Birliği bünyesindeki direktif 95. Bunlar aslında baktığınız zaman doğrudan uygulanabilir kurallardan ziyade ülkeler arasında daha çok ülkelerin inisiyatif alacağı ya da 108 sayılı sözleşmedeki kuralları ülkelere uygulama gibi bir yükümlülük söz konusu. Dolayısıyla m. 90, evet öyle yorum yapılabilir

ancak bu 108 sayılı sözleşme de doğrudan uygulanabilir bir kural mıdır? 12. madde, biz böyle olmadığını ama taraf devletin bu konuyla ilgili bir düzenleme yapması gerektiğine karar verdik, genel olarak da akademik camiada yapılan yorum bu çerçevede diyebiliriz.

BU SAYIDA

Prof. Dr. Sevtap Yokuş

Özgürlükler Bağlamında 1982 Anayasası'nın Evrimi

The Evolution of the 1982 Constitution in the Context of Freedoms

Prof. Dr. Ali D. ULUSOY

Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri: Varoluşsal, Yapısal ve Hukuksal Bir Değerlendirme

Presidential Decrees: An Existential, Structural and Legal Consideration

Prof. Dr. Muharrem KILIÇ

Konut Hakkının Sosyopolitiği: Sosyal Haklar Sistematiği Açısından Bir Çözümleme

Socio-Politics of the Right to Housing: An Analysis in Terms of Social Rights Systematic

Arş. Gör. Sinem Servet KARAÇAM

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Işığında Özel Yaşama Saygı Hakkı Kapsamında Şeref ve İtibarın Korunması

Protection of Honour and Reputation Under The Right to Respect for Private Life in the Light of the Judgments of the European Court Of Human Rights and The Turkish Constitutional Court

Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii KAYA

İnsan Hakları Ekseninde İnternetin Kontrolü ve Hukuki Sorumluluk Rejimi

The Control of the Internet and Legal Liability Rules in the Context of Human Rights

Doç. Dr. Atila ERKAL

Avrupa Genel Veri Koruma Düzenlemesi Bağlamında Memurların Kişisel Verilerinin Korunması Hakkı

The Right of the Protection of Personal Data of Civil Servants in Terms of the European General Data Protection Regulation)



Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvurunun Kabulünün 8. Yıldönümü Nedeniyle Düzenlenen "İnternet Çağında Temel Hak ve Özgürlüklerin Korunması" konulu sempozyumda Sunulan Bildiriler



Ahlatlıbel Mahallesi İncek Şehit Savcı

Mehmet Selim Kiraz Bulvarı No: 4

06805 Çankaya/Ankara

Tel: (0312) 463 73 00 • Faks: (0312) 463 74 00

www.anayasa.gov.tr • e-posta: anayasayargisi@anayasa.gov.tr