

T.C.
İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

ÖZEL HUKUK DOKTORA PROGRAMI

Karşı Edim Olarak Kişisel Veri Taahhüdü

HAZIRLAYAN

Elif Beyza AKKANAT ÖZTÜRK
(2502180799)

DANIŞMAN
PROF. DR. HALUK NAMİ NOMER

İSTANBUL- 2022

ÖZ

KARŞI EDİM OLARAK KİŞİSEL VERİ TAAHHÜDÜ

ELİF BEYZA AKKANAT ÖZTÜRK

Veriye dayalı iş modelleri gün geçtikçe yaygınlaşmaktadır. Bu çalışmada kişisel verilerin işlenmesine dayanan iş modelleri borçlar hukuku yönüyle alınmış ve kişisel verinin sözleşme ilişkisindeki yeri belirlenmiştir. Tezin araştırma sorusu herhangi bir ücret ödenmediği, kişisel verilerin işlenmesine müsaade edildiği hallerde bir hizmet yahut üründen karşılıksız olarak yararlanıldığından bahsetmenin doğru olup olmadığıdır.

Bu kapsamda öncelikle kişisel verileri işlenen ilgili kişi ile girişimci arasındaki dengenin kurulmasına yönelik ihtiyaca dikkat çekilmiştir. Akabinde bu dengenin nasıl mümkün olabileceği ortaya konulmuş, kişisel verinin hukuki niteliği farklı hukuk sistemlerindeki yaklaşım ve tartışmalar da dikkate alınarak değerlendirilmiştir. Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinin kurulmasına ilişkin hukuki sorunlar ele alınmıştır. Tüm bu değerlendirmelerde kişisel verilerin korunmasına yönelik ilke ve esasların bu sözleşme ilişkisinin kurulmasına dair nasıl farklılıklar meydana getirdiği de açıklanmıştır. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde veri işlemenin hukuka uygunluk sebebi rızanın geri alınması esasları ve bu hakkın sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirilmiştir. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkide, veri karşılığı temin edilen edimin gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçları incelenmiştir. Son olarak kişisel veri karşılığı ilişkilerin sona ermesine ilişkin özellikli durumlara yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: kişisel veri, açık rıza, veriye dayalı iş modeli, karşı edim, haksız şart.

ABSTRACT

PERSONAL DATA AS CURRENCY

ELİF BEYZA AKKANAT ÖZTÜRK

Data-based business models are becoming widespread day by day. In this study, business models based on the processing of personal data are analysed in terms of the law of obligations and the status of personal data in the contractual relationship is determined. The research question of the thesis is whether it is correct to say that a service or product is utilised gratuitously in cases where no fee is paid and the processing of personal data is permitted (*to consent*).

In this context, firstly, the necessity of establishing the balance between the data subject whose personal data is processed and the entrepreneur is emphasised. Subsequently, ways in which this balance is possible have been put forward, and the legal nature of personal data has been evaluated by taking into account the approaches and discussions in different legal systems. Legal issues regarding the establishment of a contractual relationship that foresees the exchange of personal data for a deed are discussed. In all these assessments, it is also explained how the principles of data protection create differences regarding the establishment of this contractual relationship. In legal transactions that has personal data as consideration, the principles of withdrawal of consent and the possibility of the restriction of this right have been evaluated. also, the consequences of the non-performance are analysed. Finally, the specific situations regarding the termination of the relations in these legal transactions.

Keywords: personal data, consent, data-based business model, counter-performance, unfair contractual terms.

ÖNSÖZ

İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Programı kapsamında hazırlanan bu tez 07.11.2022 tarihinde Prof. Dr. Haluk Nami Nomer, Prof. Dr. Mehmet Serkan Ergüne, Doç. Dr. Mesut Serdar Çekin, Doç. Dr. Ece Baş Süzel ve Dr. Öğr. Üyesi Nafiye Yücedağ tarafından oluşan jüri önünde savunulmuş ve oybirliği ile başarılı bulunmuştur.

Veri koruma hukukunun borçlar hukukuyla ilişkisinin tez konum olarak belirlenmesinde ve tezimin her aşamasında desteğini, katkısını esirgemeyen ve fikirleriyle yolumu çizen tez danışmanım saygıdeğer hocam Prof. Dr. Haluk Nami Nomer'e, teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Yine her konuda kapısını çaldığım gibi tezime ilişkin de desteğini ve ilgisini esirgemeyen kürsü hocam Prof. Dr. Bilgehan Çetiner'e tez jürimde yer almakla kalmayıp tezin yazılmasındaki her aşamaya şahitlik edip tezime ilgili uzun tartışmalar yapmak için her zaman vakti olan kıymetli hocam Doç. Dr. Ece Baş Süzel'e şükranlarımı sunmak isterim. Tez savunmamda yer almayı kabul ederek tezime emek veren değerli hocalarım Prof. Dr. Mehmet Serkan Ergüne ve Doç. Dr. Mesut Serdar Çekin'e tezimin daha iyi bir eser olması için yaptıkları cömertçe katkılar için saygılarımı ve teşekkürlerimi sunarım.

Jüri üyelerim arasında yer alan bir hocam var ki kendisi bu tez konusunun belirlenmesinden, tezin son noktasının konulduğu ana kadar geçen tüm süreçte her zaman yanımda olan, her cümle için benimle birlikte saatlerce düşünen, her yazdığımı farklı bir bakış açısı katan, ufkumu açan, iyi bir hoca olmayı öğretmenin yanında bir abla gibi derdimde dertlenen, gecesini gündüzüne katan, bana sahip çıkan canım hocam Dr. Öğr. Üyesi Nafiye Yücedağ'a minnettarım.

Doktora tez süreci uzun ve meşakkatli bir yol ancak ben bu yolda yalnız olmadığım için çok şanslıyım. Tez konumun belirlenmesinde yüksek lisans tezimde olduğu gibi yine kıymetli hocam Prof. Dr. Murat Atalı'nın rolü ve etkisi yadsınamaz. Doktora tezime katkıları için kendisine saygılarımı ve şükranlarımı sunmak isterim. Tezimi kısmen yahut tamamen okuyan, bana kaynak gönderen, fikirlerini belimle paylaşan, benimle tezimi tartışan her biri birbirinden değerli dostlarım ve hocalarım, Ali Şükrü Karşlıoğlu'na, Can Eralp Elibol'a, Erva Akın'a, Mehmet Köle'ye, Meltem

Elibol’a, Mikail Bora Kaplan’a, Miray Altinkaya’ya, Vildan Peksöz hocama teşekkür etmeyi bir borç bilirim. Yine veri koruma hukuku alanında çalışan ve hem kendi tezleriyle ilgili araştırmalarını hem de benim tezime dair yorum ve katkılarını uzun ve tadı damağımızda kalan toplantılarda benimle paylaşan arkadaşlarım Cemre Bedir, Furkan Güven Taştan ve Zeynep Ülkü Kahveci’ye de teşekkürlerimi sunarım.

Doktora tez aşamasında benim adeta tez yoldaşım olan üç kıymetli dostumun ise isimlerini ayrıca zikretmemek onlara ve emeklerine haksızlık olacaktır. Yurtdışı tez araştırmalarına beraber gittim, beni sadece tez konuma dair tartışmalarda ve kaynak arayışlarımda değil; hem manen hem de madden asla yalnız bırakmayan, bana evini açan; sofrasını, yatağını benimle paylaşan ablam hocam Emine Aslı Küçükaydın’a yapılan teşekkürler kifayetsiz kalacaktır. Keza canım dostum Abdullah Furkan Korkmaz ve Şehriban İpek Aşıkoğlu’na da tezime dair her konuna saat kaç olursa olsun aradığımda derdimle karışık tezimi dinlediği için çok teşekkür ederim.

Hamburg Üniversitesinde araştırma yapma imkânını bana sunan kıymetli hocam Prof. Dr. Claudia Schubert’e ve Prof. Dr. Philip Kunig’e tezime yaptıkları katkılar için ve Hamburg’ta sadece misafir araştırmacı olmama değil; tezimin daha iyi bir tez olmasına yönelik çaba ve destekleri için teşekkür ederim*. Yine tez sürecimde engin Almanca bilgisiyle desteklerini hiç esirgemeyen canım hocam Hiltrud Kayacan’a da teşekkürlerimi sunarım. Akademik hayatımda her zaman desteğini hissettiğim saygıdeğer Dekan hocam ve Anabilim Dalı Başkanım Prof. Dr. Ömer Ekmekçi’yi saygılarımı arz ederim.

Sadece tez sürecimde değil hayatımın her aşamasında her zaman bana ve tezime vakit ayıran hayatımdaki en özel ve yeri doldurulamaz hocalarım, daimi destekçilerim Ayşe Akkanat ve babam Prof. Dr. Halil Akkanat’a, tez sürecimde bana tahammül eden, bu süreçte aramızda mesafeler olsa da desteğini, ilgisini benden esirgemeyen sevgili eşim Yasir Talha Öztürk’e, tez sürecimi neşesi ve enerjisiyle kolaylaştıran canım kardeşim Taha Berkay Akkanat’a şükranlarımı sunmak isterim.

* Ich möchte mich bei Prof. Dr. Claudia Schubert und Prof. Dr. Philip Kunig für die Möglichkeit bedanken, an der Universität Hamburg forschen zu können. Sie haben mich mit ihren Beiträgen zu meiner Dissertation und ihren Bemühungen und ihrer Unterstützung nicht nur dafür gesorgt, dass ich als Gastwissenschaftler in Hamburg arbeiten konnte, sondern auch dafür, dass meine Dissertation eine bessere wurde.

Bu tez sürecimde de yanımda olamasa da varlığını her zaman hissettiğim ve elbet bir gün kavuşacağım canımın içi anneannem Fatma GÜDÜCÜ'ye de sonsuz saygı ve sevgilerimi sunarım.

Elif Beyza Akkanat-Öztürk



İÇİNDEKİLER

ÖZ	ii
ABSTRACT	iii
ÖNSÖZ	iv
KISALTMALAR CETVELİ	xiv
GİRİŞ	1

BİRİNCİ BÖLÜM:

VERİYE DAYALI İŞ MODELİNİN HAM MADDESİ: KİŞİSEL VERİ ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARIN YASAL ÇERÇEVESİ

I. Veriye Dayalı İş Modeli Sahibi (Girişimci) ile İlgili Kişinin (Veris Sahibi) Çatışan Menfaatleri.....	11
A. İlgili Kişinin Korunması: Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması	12
1. Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı (AY m. 17).....	13
2. Bilgilerinin Geleceğini Belirleme Hakkı (<i>informational self-determination</i>) ...	15
3. Özel Hayatın Gizliliği (AY m. 20).....	16
4. AY m. 20/3: Kişisel Verilerin Özel Hükümle Korunması.....	19
5. İfade Özgürlüğü (AY m. 25, 26).....	21
B. Girişimcinin Temel Haklarının Korunması.....	22
1. Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti (m. 48/1).....	22
a. Sözleşme Özgürlüğü	22
b. Özel Girişim Özgürlüğü.....	23
2. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Geliştirme Hakkı (AY m. 5, 17).....	24
II. İlgili Kişinin Hakkına Yönelik Tasarrufları ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri	25
A. İlgili Kişinin Anayasal Haklarını Kullanması	25
B. İlgili Kişinin Korunmasında Devletin Rolü	26
C. İlgili Kişinin Kendi Hakkını “Sınırlama İmkânı”	27
III. “Ticari” Bir Değer Olarak Kişilik Değerleri	30
A. Kişisel Verinin Hukuki Niteliği ve Korunan Hukuki Değer	33
1. Kişisel Verinin İktisadi Değerini Önceleyen Yaklaşım	33
a. Kişisel Verilerin Mülkiyet Rejimi Kapsamında Korunması.....	33
i. Kıta Avrupası Mülkiyet Rejiminin Kişisel Verilerin Özelliklerine Uygunluğu.....	35
ii. Anglo-Amerikan Hukuku Mülkiyet Rejiminin Kişisel Verilerin Özelliklerine Uyumu	39
b. Mülkiyet Rejimine Alternatif Koruma İmkânları ve Kişisel Veriler.....	41

i.	Kişisel Verilerin Fikri Mülkiyet Rejimi Uyarınca Korunması.....	41
ii.	Kişisel Verilerin <i>Trust</i> Kavramı Kapsamında Korunması	42
2.	Kişilik Değeri Olarak Kişisel Veri.....	44
a.	Kişilik Hakkı Kavramı ve Kişisel Veriler.....	45
i.	Kişisel Verinin Kanuni Tanımı	47
ii.	Kişisellik Sıfatı	47
iii.	Belirlilik -Belirli yahut Belirlenebilir Olması-	48
b.	Kişilik Değerlerinin Korunması İhtiyacı	49
B.	Kişilik Hakkının Maddi Boyutu ve Hak Sahibinin İmkânları.....	52
1.	Kişilik Değerleri Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Rejimi	52
a.	Tasarruf İşlemi Türleri ve Kişilik Değerlerinin Tasarruf İşlemine Konu Edilmesi.....	52
i.	Tasarruf Kavramı ve Türleri	52
ii.	Kişilik Değerleri Üzerinde Gerçekleştirilebilecek “Tasarruflar”	53
iii.	Kişilik Değerleri Üzerindeki Tasarruflara Farklı Bir Yaklaşım: Devredilemezlik Kuralının Esnekliği.....	54
2.	Kişilik Değerlerinin Borçlandırııcı İşlemlere Konu Edilmesi.....	60
3.	Kişilik Değeri Olarak Kişisel Verinin Maddi Yönü	64
a.	Kişisel Veriler Borçlandırııcı İşlemlere Konu Edilebilir mi?	66
b.	Kişisel Veriler Tasarruf İşlemlerine Konu Edilebilir mi?	68
i.	Hak Sahibine Tanınan Korumanın İçeriğinden Hareket Eden Görüş	68
ii.	Kişisel Verilere Yönelik Tasarrufları Lisans Sözleşmesi (Telif Hukuku) Kapsamında Ele Alan Görüş.....	69
aa.	<i>Monist</i> Görüş: Devren ve Tesisen Gerçekleştirilen Tasarruflar	69
bb.	<i>Düalist</i> Görüş: Mahremiyet ve Aleniyet Hakkının Birbirinden Ayrılması	72

İKİNCİ BÖLÜM:

KİŞİSEL VERİ KARŞILIĞI SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE ÖZELLİKLERİ

I.	Kişisel Verinin Sözleşme İlişkilerindeki Yerinin Belirlenmesi.....	75
A.	Kişisel Veri Bir Ödeme Aracı mıdır?	77
B.	İfanın Konusu Olarak Kişisel Veriler.....	78
1.	Sözleşmesel Borç İlişkilerinde İfanın Konusu	79
2.	Veri Temelli İş Modelleri ve Karşı Edim Olarak Kişisel Veri	81
II.	(Açık) Rıza Beyanı ve Borcun Konusu Olarak “Hukuka Uygun” Kişisel Verileri İşleme İmkânı.....	82
A.	Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşme Kavramı	83
1.	Edim-Karşı Edim Arasındaki İlişki ve Karşılıklılık Kavramı.....	84
2.	Karşılıksız Kavramı ve Karşılıksız Borç İlişkileri	86

3. Karşı Edimin Bir Miktar Para Olarak Belirlenme Zorunluluğunun Bulunmaması..	88
B. Kişisel Verilerin Karşı Edim Oluşturduğu Hukuki İlişkiler.....	89
1. Taraflar Arasındaki İlişkinin Karşılıklı Borç Yükleyen Karakteri	89
a. Örnek 1: Sosyal Medya Platformu Kullanım Şartları (<i>Facebook</i>)	94
b. Örnek 2: Arama Motorları ve Sadakat Kart Uygulamaları.....	96
2. Doğru Verilerin Paylaşılması Bir Edimin Konusunu Oluşturabilir mi?	97
3. Taraflar Arasındaki İlişkinin Karşılıksız Bir Sözleşme Olarak Ele Alınma İmkânı	101
4. Alman Mahkemelerinin İlişkinin Borç Yüklediği Taraf Sayısına Yaklaşımı..	103
C. Kişisel Verinin Karşılık Niteliğinin Düzenlenme Girişimleri.....	105
1. 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Direktifi.....	105
2. 01.01.2022 ve 01.07.2022 Yürürlük Tarihli Alman Medeni Kanunu Değişikliği 107	
a. BGB § 312	108
b. BGB § 327	110
D. Kişisel Verilerin İşlenmesine Yönelik Açık Rızanın Hukuki Niteliği	114
1. (Açık) Rıza ile Sözleşme Tek Hukuki İşlem Olarak Ele Alınabilir mi?.....	115
2. Maddi Fiil Görüşü	117
3. Hukuki İşlem Benzeri Fiil Görüşü	118
4. Hukuki İşlem Görüşü	119
a. Açık Rıza Beyanının Tasarruf İşlemi Olduğunu Savunan Görüş.....	120
b. Açık Rıza Beyanının Tasarruf İşlemi Olamayacağını Savunan Görüş.....	124
i. Tasarruf İşlemi Nitelendirmesinin Eleştirisi	124
ii. (Açık) Rıza Beyanının Borçlandırıcı İşlem Olup Olmadığı.....	126
iii. Eksik (Doğal) Borcun İfası Olarak Açık Rıza Beyanı	127
c. Tek Taraflı Bir Hukuki İşlem Olarak Açık Rıza Beyanı	129
III. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkilerin Tabi Olacağı Borçlar Hukuku Esasları	131
A. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkilerin Tanımına İlişkin Pozitif Hukuk Düzenlemeleri	131
1. 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Direktifi Uyarınca Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Tanımı	131
2. 2019/770 sayılı Direktif'in Alman Hukuku'na Aktarılması: BGB § 327 Uyarınca Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Tanımı.....	133
3. 2019/770 sayılı Direktif'in Avusturya Hukuku'na Aktarılması: VGG.....	134
B. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Kurulması.....	135
1. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşme Önerisi	135
2. Aktif veya Pasif Kişisel Veri Sağlanmasının Taraflar Arasındaki İlişkiye Etkisi.....	139
3. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmede Kabul İradesinin Varlığı	142
a. Rızanın Açık Niteliği ve Sözleşmenin Kurulmasında Kabul İradesinin Nitelendirilmesi	142

i. (Açık) Rızanın Açık Bir İrade Beyanı Olması Zorunluluğu	144
ii. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Örtülü Kabul Beyanıyla Kurulması Mümkün Müdür?	149
b. Kişisel Veriler Karşılığı Sözleşmeler ve Genel İşlem Koşulları Denetimi .	153
c. (Açık) Rıza Beyanında Bulunmak İçin Aranılan Ehliyet Şartı ve Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmeler.....	156
i. Sınırlı Ehliyetsizlerin Veri Karşılığı Hukuki İşlemlere Taraf Olması.....	157
aa. GDPR Art. 8 uyarınca Rıza Beyanında Bulunmaya Ehliyet	158
bb. Kişilik Değerlerinin Hukuki İşlemlere Konu Edilmesinde Ehliyet	159
cc. Türk Hukukunda Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelere Ehil Olma	160
ii. Tam Ehliyetsizlerin Veri Karşılığı Hukuki İşlemlere Taraf Olması	165
C. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Tabi Olduğu Hükümlerin Belirlenmesi	168
1. Kişisel Verinin Sözleşmenin İsimlendirilmesine Etkisi.....	168
2. Kişisel Veri Karşılığı Elde Edilen Menfaat	172
a. Karşı Edim Olarak Kişisel Veri Taahhüdü İçeren Hukuki İlişkilerde Karakteristik Edim.....	172
i. Taraflar Arasında Tek Hukuki İlişki Bulunması İhtimali	173
ii. Taraflar Arasında Birden Fazla Hukuki İlişki Bulunduğu İhtimalde.....	179
iii. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Her Halükârda Vekâlet Sözleşmesi Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü.....	182
b. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkilerin Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Niteliği	183
c. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Tüketici İşlemi Niteliği	184
D. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkide İşleme Amacının Değişmesi.....	190
1. Amaç ile Uyumlu Veri İşleme Faaliyeti	191
2. Amaç Değişikliğinin Taraflar Arasındaki İlişkiye Etkisi.....	192
3. En İyi Tüketici Uygulamalarının Çözüm (?) Niteliği	197
IV. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Veri Koruma Esaslarıyla Uyumu.....	201
A. Açık Rızanın Özgür İradeye Dayanması ve Veriye Dayalı İş Modelleri (Kopplungsverbot).....	202
1. Rızanın Geçerliliği İçin Aranılan Ön Koşul: Özgür İradeye Dayanma	202
2. Hizmet Şartına Bağlı (Açık) Rıza Kavramı ve Veriye Dayalı İş Modelleri	203
3. Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Mutlak Bağlanma Yasağı	204
4. (Açık) Rızanın Özgür İradeye Dayandığı Hallerin Belirlenmesine Yönelik Kıstaslar	207
a. Girişimcinin Piyasadaki Konumu ve (Açık) Rızanın Sıhhati.....	207
a. Ürünün Para Karşılığı da Sunulması ve Tüketici Seçeneklerinin Artırılması 209	
b. Ekonomik Gereklilik.....	213
c. Bağlanma Yasağının Kişisel Verilerin Karşı Edim Olarak Nitelendirilmesi Halinde Devre Dışı Kalması.....	214
d. Bağlanma Yasağına Aykırılığın Sonucu.....	216

B. Girişimcinin (Açık) Rıza Dışında Bir Hukuka Uygunluk Sebebine Dayanma İmkânı.....	217
1. Sözleşmenin Kurulması yahut İfası İçin Gerekli Olma	221
2. Girişimcinin Meşru Menfaati	223

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

KİŞİSEL VERİ TAAHHÜDÜNÜN İÇERİĞİ İFA EDİLMEMESİ VE VERİ KARŞILIĞI SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

I. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerde Borcun Kapsamı	228
A. (Açık) Rıza Beyanında Bulunma Taahhüdü ve (Açık) Rıza Beyanı.....	228
1. (Açık) Rıza Beyanında Bulunmaya Yönelik Taahhüdün Geçerliliği	228
a. Veri Minimizasyonu İlkesi ve Aşırı Veri Toplama (TBK m. 28-TMK m. 23) 229	
i. Kişilik Hakkının Özünü ve Kişisel Verinin Niteliği	229
ii. Veri Minimizasyonu İlkesi ve Kişisel Veri İşleme Taahhütlerinin Kapsamı 231	
b. (Açık) Rıza Beyanında Bulunma Taahhüdüne Yönelik Saydamlık ve İçerik Denetimi	233
i. Bilgilendirmeye Dayanan (Açık) Rıza Kavramı ve Gizlilik Politikaları 235	
ii. Taraflar Arasındaki Denge Mekanizması Olarak (Açık) Rızanın Unsurları: Veri Karşılığı İlişkilerde “Fiyat Denetimi”	238
2. (Açık) Rıza Beyanının Geçerliliği	242
3. Taahhüdün ve (Açık) Rızanın Geçersizliğinin Hukuki İlişkiye Etkisi	243
4. Yanlış Kişisel Veri Temininin (Özellikle Kimlik Bilgisi) Sonuçları	247
5. Kişisel Veri Sağlama Borcunun İfa Edilmemesi	253
B. (Açık) Rızanın Geri Alınması	254
1. (Açık) Rıza Beyanının Her Zaman Geri Alınabilir Niteliği.....	254
a. (Açık) Rızanın Geri Alınmasının Hukuki Dayanağı	254
b. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşme İlişkilerinde (Açık) Rızanın Geri Alınma İmkânı	256
i. Rızanın Geri Alınabilir Niteliğinin Sınırlanmasına Dair Hukuki Dayanak Arayışları	258
ii. Kişisel Veri Karşılığı Elde Edilen Menfaatin Niteliğini Esas Alan Yaklaşım	262
iii. Geri Alma Hakkının Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması	264
iv. DCD ve Rızanın Geri Alınmasının Sonuçlarının Yeniden Ele Alınması İhtiyacı	267
2. (Açık) Rızanın Geri Alınmasının Sonuçları.....	269
a. (Açık) Rızanın Geri Alınmasının Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmeye Etkisi... ..	271
b. Girişimcinin Borcunun Niteliği ve (Açık) Rızanın Geri Alınması	272

c.	(Açık) Rızanın Geri Alınması ve Girişimcinin Sahip Olduğu İmkânların Çeşitlendirilmesi	277
i.	(Açık) Rızanın Geri Alınmasının Sonucu Olarak Sadece Kullanım Karşılığı Ödenmesi	278
ii.	(Açık) Rızanın Geri Alınması Hali İçin Bir Miktar Para Ödenmesinin Öngörülmesi.....	279
iii.	Sözleşmede Açık Rıza Yerine Ücret Ödenmesinin Seçimlik Yetki veya Borç Olarak Öngörülmesi.....	281
d.	BGB § 327q: Sözleşmenin Olağanüstü Feshi İmkânı	283
3.	(Açık) Rızanın Geri Alınması Hakkın Kötüye Kullanımı veya Dürüstlük Kuralına Aykırılık Teşkil Edebilir mi?	286
4.	(Açık) Rızanın Kısmen Geri Alınması.....	288
II.	Kişisel Veri Karşılığı Elde Edilen Edimin Gereği Gibi İfa Edilmemesi ve İlgili Kişinin Hakları	290
A.	2019/770 Sayılı Direktif Uyarınca Tüketicinin Hakları	291
1.	2019/770 Sayılı Direktif'in Amacı ve Yaptırım Sistemi	291
2.	Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Özel Hükümleri	294
3.	2019/770 sayılı Direktif'in Kişisel Verilere İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi.....	296
4.	Sözleşmenin Sona Ermesi ve İlgili Kişinin (Kişisel) Verilerine İlişkin Sahip Olduğu Haklar.....	300
a.	Verilerin Silinmesi.....	301
b.	Veri Taşınabilirliği (<i>Data Portability</i>).....	304
B.	Üye Devletlerin DCD'yi İç Hukuklarına Aktardıkları Düzenlemeler Uyarınca Tüketicinin Hakları	308
1.	Alman Hukuku Uyarınca Tüketicinin Hakları	308
a.	BGB Değişiklikleri Uyarınca Öngörülmüş Esaslar	308
b.	BGB Reformunun Kişisel Veri Karşılığı İlişkiler Yönünden Değerlendirilmesi	309
2.	Avusturya Hukuku'nda Tüketicinin Hakları.....	310
a.	VGG'nin Dijital İçerik Sağlanmasına Yönelik Sözleşmeler İçin Öngördüğü Hükümler	310
b.	VGG'nin Kişisel Veri Karşılığı İlişkiler Yönünden Değerlendirilmesi	312
C.	Tüketicinin Haklarının Yeniden Ele Alınması İhtiyacı ve Alternatif İmkânlar ...	313
1.	Sözleşmeye Uygun İfanın Tanımı: Veri Koruma Hukuka Aykırılıklar Tek Başına Sözleşmeye Aykırı İfadır	315
2.	Gereği Gibi İfa Etmemeye Karşı Alternatif Çözümler	316
D.	Türk Hukukunda Durum ve Çözüm Önerileri.....	318
III.	Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Sona Ermesinde Özellikli Haller	323
A.	Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Olağan Feshi	324
1.	Olağan Fesih Kavramı.....	324

2. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerde Olağan Fesih İmkânı ve Asgari Sözleşme Süresi.....	325
B. Ölümün Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelere Etkisi	326
1. Ölümün Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisine İlişkin Genel Esaslar	327
2. Sosyal Medya Kullanım Sözleşmelerinde Kullanıcının Ölümünü Konu Alan Hükümler	330
SONUÇ	335
KAYNAKÇA.....	343
ÖZ GEÇMİŞ	377



KISALTMALAR CETVELİ

AB	: Avrupa Birliği
Abs.	: Absatz
AcP	: Archiv für die civilistische Praxis
A.e.	: Aynı eser
AİHM	: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
Art.	: Artikel
AÜHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AY	: Türkiye Cumhuriyeti Anayasası
B/bkz.	: B/bakınız
BATİDER	: Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BeckRS	: Beck'sche Rechtsprechungssammlung
BGB	: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Borçlar Kanunu)
BGH	: Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi)
BGE	: İsviçre Federal Mahkemesi
BK	: 818 sayılı Borçlar Kanun
BVerfG	: Bundesverfassungsgericht (Alman Federal Anayasa Mahkemesi)
Ç/çev.	: Çeviren
CR	: Computer und Recht
DCD	: 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Direktifi
DSG	: Bundesgesetz über den Datenschutz (İsviçre Veri Koruma Kanunu)
DuD	: Datenschutz und Datensicherheit
dn.	: dipnot
E.	: Esas
EC	: European Comission (Avrupa Komisyonu)
ECHR	: European Court of Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi)
EDPB	: European Data Protection Board
EDPS	: European Data Protection Supervisor
ed/eds.	: Editör/ler
EMRK	: Europäischen Menschenrechtskonvention (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)
ERÜHFD	: Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
EU	: European Union (Avrupa Birliği)

EuCML	: Journal of European Consumer and Market Law
EuGH	: Gerichtshof der Europäischen Union (Avrupa Adalet Divanı)
EuZW	: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
FSEK	: 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
GG	: Grundgesetz (Alman Federal Cumhuriyeti Anayasası)
GPDR	: General Data Protection Regulation (Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü)
GRUR	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GRUR Int.	: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
HD	: (Yargıtay) Hukuk Dairesi
HGK.	: Hukuk Genel Kurul
HMK	: 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
ICO	: Information Commissioner's Office
İÜHFM	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
İBK	: İçtihadı Birleştirme Kararı
JIPITEC	: Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
JZ	: JuristenZeitung
K.	: Karar
K/karş.	: Karşılaştırınız
K&R	: Kommunikation und Recht
KUG	: Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie (Güzel Sanat Eserleri ile Resim/Fotoğraf Üzerindeki Telif Hakkı Yasası-Almanya)
KVKK	: 6688 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu
m./M.	: madde
MMR	: MultiMedia und Recht
N.	: Kenar numarası (Paragraf)
No.	: Number
Nr.	: Nummer
NJW	: Neue Juristische Wochenschrift
OR	: Obligationenrecht (İsviçre Borçlar Kanunu)
özl.	: özellikle
R.G.	: Resmi Gazete
s.	: sayfa

S.	: Sayı
SBE	: Sosyal Bilimler Enstitüsü
TBB	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCK	: 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
TKHK	: 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun
TTK	: 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu
Urt.	: Urteil
Vol.	: Volume
WP	: Article 29 Data Protection Working Party
Y.	: Year
Yarg.	: Yargıtay
ZGB	: Zivilgesetzbuch (İsviçre Medeni Kanunu)
ZUM	: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

GİRİŞ

Küresel internet trafiği 2002’de saniyede 100 GB iken 2016 yılında saniyede 20.000 GB’ta ulaşmıştır¹. Yine 2023 yılında 5,3 milyar aktif internet kullanıcısı olacağı tahmin edilmektedir². Bilgi patlaması ve büyüyen veri ekonomisi, yeniliği teşvik eden ama aynı zamanda tüketicileri ve verilerini sayısız ağ, uygulama ve veri tabanı içinde hapseden yeni iş modellerinin ortaya çıkmasına sebep olmuştur³. Günümüzde özel veya kamu sektöründeki çok sayıda faaliyet, şu veya bu şekilde kişisel bilgilerin toplanması ve işlenmesiyle ilişkilidir⁴. Yalnızca arama motorları, sosyal ağlar veya çevrimiçi hizmet/ürün sağlayıcıları değil, aynı zamanda kredi kuruluşları, sigorta şirketleri gibi analog hizmet sağlayıcılar da hizmetlerini iyileştirmek ve yenilikçi ve kişiselleştirilmiş ürünler geliştirmek için kişisel veri toplamaya, saklamaya ve analiz etmeye çalışmaktadır⁵. Bir adım ilerisinde ücretle/bir para karşılığı alınan ürün yahut hizmetlerin veri işleme ve böylece kişisel bir deneyim sunma vaadiyle sunulduğu görülmektedir⁶.

¹ Çevrimiçi, <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/executive-perspectives/annual-internet-report/index.html#~insights> -28.08.2022. Bununla birlikte 1994 tarihli eserler de dahi bilgi çağında yaşandığı ve bilgisayarların hâkimiyetinden bahsedildiği görülmektedir. Bkz. **Stephanos Bibas**, “A Contractual Approach to Data Privacy”, Harvard Journal of Law & Public Policy, 1994, s. 591, çevrimiçi-HEINONLINE, 24.11.2021.

² Çevrimiçi, <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/executive-perspectives/annual-internet-report/index.html#~insights> -19.11.2021.

³ **Helena Ursic**, “The Failure of Control Rights in the Big Data Era: Does a Holistic Approach Offer a Solution?”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, ed. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, s. 56. Sözleşme ilişkilerinin artık “click-wrap (tıkla kurulma)” hatta bir adım ötesinde “browse-wrap (görüntülendiği anda kurulma)” hale dönüştüğü ifade edilmektedir. Bkz. **Natali Helberger vd.**, “Digital Content Contracts for Consumers”, Journal of Consumer Policy, Vol. 36, March 2013, s. 39.

⁴ **Ursic**, s. 59.

⁵ **Lennart Chrobak**, “Proprietary Rights in Digital Data? Normative Perspectives and Principles of Civil Law”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, ed. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, s. 254.

⁶ Örneğin Google tarafından 2021 yılında satışa sunulan “Google Pixel-Phone” tanıtım reklamlarında telefonun “sizin kadar özel” olması taahhüt edilmektedir. Bkz. çevrimiçi, <https://store.google.com/category/phones?hl=de> -09.12.2021. Araç piyasası dahil tüm sektörlerde yapay zeka teknolojilerinin kullanılmaya başlandığı ve veriye dayalı iş modellerinin gün geçtikçe genişlediği ifade edilebilecektir. Bkz. **Philipp Hacker**, “Personal Data, Exploitative Contracts, and Algorithmic Fairness: Autonomous Vehicles Meet the

Veri temelli iş modelleri ve çevrimiçi hizmetler ise son 10 yılda iş ilişkilerini adeta yeniden şekillendirmişlerdir⁷. 2010 yılında *Facebook*'un dünya çapındaki reklam geliri 1.868 milyar dolar iken; 2013 yılında şirketin reklam geliri dünya çapında 6.986 milyar dolara ulaşmıştır. 2017 yılında *Facebook* dünya çapında 39.942 milyar dolarlık reklam geliri elde etmiştir. *Facebook*, 2021 yılına gelindiğinde 2017 yılındaki gelirinin yaklaşık üç katı olan 114.934 milyar gibi astronomik bir gelire ulaşmıştır⁸. Söz konusu gelirlerin %97'si kişiselleştirilmiş reklam deneyimine dayanmaktadır⁹.

Facebook gibi *Google*'ın web sitelerinden küresel reklam geliri de geriye doğru son 11 yılda artış göstermektedir. 2010 yılında, *Google*'ın web sitesi reklam geliri dünya çapında 19.44 milyar iken bu 2013 yılında 37.42 milyar ABD dolarına yükselmiştir. 2017 yılında *Google* web siteleri dünya çapında 77.79 milyar 2021 yılında ise 209.5 milyar ABD doları reklam geliri elde etmiştir¹⁰.

2018'den bu yana *Facebook*, yaşanan veri koruma skandalları nedeniyle birkaç kez kamuoyunun dikkatini çekmiş olmasına rağmen aylık aktif kullanıcı sayısı sürekli artarak 2022'in ilk çeyreğinde 2.936 milyara ulaşmıştır. "Meta" isimli *Facebook* şirketi¹¹, mesajlaşma hizmeti *WhatsApp* ve diğer bir sosyal ağ hizmeti olan

Internet of Things", International Data Privacy Law, Vol. 7, Issue 4, November 2017, s. 267 vd., çevrimiçi-SSNR-09.12.2021, ("IoT").

⁷ 2020 yılı istatistiklerine göre Avrupa Birliği'nde 16 ila 74 yaş arasındaki bireylerin %89'u internet kullanmakta ve bunların %73'ü özel ihtiyaçları için mal veya hizmet teminine yönelik sözleşmeler kurmuştur. İnternet kullanıcılarının çevrimiçi satın alımları 2010 yılına kıyasla yüzde 20 artmıştır. Bkz. çevrimiçi, https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=E-commerce_statistics_for_individuals#Proportion_of_e-shoppers_growing_steadily.2C_with_the_biggest_increase_among_young_people - 20.11.2021.

⁸ **Statista GmbH**, Werbeumsätze von Meta weltweit in den Jahren 2010 bis 2021, çevrimiçi, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/458825/umfrage/werbeeinnahmen-von-facebook/> -21.06.2022.

⁹ 2017 yılında veriye dayalı iş modellerinde 2016 yılı firma gelirleri esas alınarak kişisel verinin değeri hesaplanmıştır. Buna göre kullanıcı başı kişisel veri, veriye dayanan iş modeli sahibinin elde ettiği ortalama gelir esas alınarak hesaplandığında *Facebook* için 3-13 Amerikan Doları, *Google* için 38-45 Amerikan Doları, *Twitter* için ise ortalama 5 Amerikan Doları arasında değişmektedir. Bkz. **Walter Palmethofer, Arne Semsrott, Anna Alberts**, "Der Wert persönlicher Daten Ist Datenhandel der bessere Datenschutz?", Open Knowledge Foundation Deutschland e.V., 2017, s. 17. Ayrıca bkz. **Statista GmbH**, Werbeumsätze von Meta weltweit in den Jahren 2010 bis 2021

¹⁰ **Statista GmbH**, Werbeumsätze von Google in den Jahren 2001 bis 2021, çevrimiçi, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75188/umfrage/werbeumsatz-von-google-seit-2001/> -21.06.2022.

¹¹ Çevrimiçi, <https://about.facebook.com/meta> -05.12.2021. Ayrıca bkz. Founder's Letter 2021, çevrimiçi, <https://about.fb.com/news/2021/10/founders-letter/> -05.12.2021.

Instagram'ı da bünyesinde barındırmaktadır¹². Dünya nüfusunun neredeyse yarısına tekabül eden aktif kullanıcı sayısı, gelirinin astronomik miktarıyla da uyum arz etmektedir¹³. Başta *Facebook* ve *Google*, kişiselleştirilmiş/doğrudan (bir hedefe yönelik-“*targeted advertising*”) reklam olarak adlandırılan ilgili kullanıcıya göre oluşturulmuş reklamları gösterebilmek için kullanıcılarının kişisel verilerinin işlenmesine dayanan bir faaliyet yürütmektedir¹⁴. Bu iş modelinin temel direklerinden biri kişisel verilerdir¹⁵. *Facebook* ve *Google* reklamcılık faaliyetlerinin yanında ayrıca mevcut hizmet ve ürünlerini iyileştirmek ve yenilerini geliştirmek için kullanıcılarının kişisel verilerini işlemektedir¹⁶. Nitekim *Facebook*'un toplam gelirinin yaklaşık %98'i reklam gelirden oluşmaktadır¹⁷. Amerikan İnteraktif Reklam Bürosu (*Interactive Advertising Bureau US*) tarafından da işaret edildiği üzere: “bir web sitesini ziyaret etmek, değerler mübadelesinin (*values exchange*) gerçekleştiği ticari bir faaliyettir. Tüketiciler (hedefli) reklamlar karşılığında dijital içeriğe erişmektedir¹⁸”.

¹² **Statista GmbH**, “Anzahl der monatlich aktiven Facebook Nutzer weltweit vom 1. Quartal 2009 bis zum 3. Quartal 2021”, çevrimiçi, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/> -05.06.2022.

¹³ Kullanıcı sayısına göre en büyük sosyal ağ platformu *Facebook* birinci sırada, *Google*'a ait video platformu *YouTube*, yaklaşık 2.56 milyar ile ikinci sırada, dünya çapında iki milyar kullanıcıyla mesajlaşma servisi *WhatsApp* üçüncü sırada yer almaktadır. Bkz. **Statista GmbH**, “Ranking der größten Social Networks und Messenger nach der Anzahl der Nutzer im Januar 2022”, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181086/umfrage/die-weltweit-groessten-social-networks-nach-anzahl-der-user/#:~:text=Im%20Ranking%20der%20gr%C3%B6%C3%9Ften%20sozialen,zu%20Google%20geh%C3%B6rende%20Videoportal%20YouTube.> -05.06.2022.

¹⁴ Her ne kadar *Han*, taraflar arasındaki ilişkiyi incelerken bu ilişkide “*veri sahibinin taraf olduğu esas işlem çoğu zaman doğrudan ve asli edim olarak kişisel verinin işlenmesini konu*” almadığını ifade etse de (bkz. **İşık Aslı Han**, “Veri Sahibinin Kişisel Veri Üzerindeki Hakkının Hukuki Niteliği Işığında Kişisel Verinin Ticarileşmesi”, Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu/11-12 Ekim 2019, ed. Uğur Orhan, M. Emir Göka, Ece Göztepe, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 528, çevrimiçi-LEXPERA-Literatür-25.11.2021, (“Hukuki Nitelik”) esasında mesele tam olarak da budur. Bu yönüyle *Han*'ın ifade ettiğinin aksine veri karşılığı hukuki ilişkilerin temel gayesi, ilgili kişinin verilerinin işlenmesinin teminidir.

¹⁵ **Benedikt Buchner**, “Die Einwilligung im Datenschutzrecht-vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument”, DuD, 2010, s. 39 (“DuD”).

¹⁶ Bkz. çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -14.11.2021 (Facebook-Hizmet Koşulları); çevrimiçi, <https://policies.google.com/terms?hl=tr> -14.11.2021 (Google Gizlilik ve Şartları); çevrimiçi, <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=candidate-privacy-notice&country=germany&lang=en> -14.11.2021 (Uber-Almanya-Privacy Notice).

¹⁷ **Statista GmbH**, Werbeumsätze von Facebook weltweit in den Jahren 2010 bis 2020.

¹⁸ **IAB internet advertising revenue report**, An industry survey conducted by PwC and sponsored by the Interactive Advertising Bureau (IAB), Full year result 2013, April 2014,

Tüm bu şirketlerin yürüttükleri faaliyetlerin gerçekleştirilebilmesi adına kişisel verileri kapsamlı şekilde işledikleri görülmektedir. Kullanıcılara ait: isim-soy isim, e-posta adresi, telefon numarası, kullanıcı adı, şifre, adres, ödeme ve banka bilgileri, kimlik kartı numarası, doğum tarihi, fotoğraf ve imza bu kişisel bilgilerden bazılarıdır. Ayrıca konum bilgileri ve uygulamanın kullanılması sırasında kullanıcı tercihleri, cihaz verileri işlendiği gibi; üçüncü kişilerden yani diğer kullanıcılardan da kullanıcıları hakkında veriler toplanmaktadır¹⁹.

İktisadi İş birliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD), kişisel veriler kullanılarak elde edilen ekonomik değeri: verilerin toplanması veya verilere erişim, verilerin depolanması ve birleştirilmesi, verilerin analizi ve aktarımı ve verilerin kullanımı olmak üzere dört aşamadan oluşan bir değer zinciri olarak tanımlamaktadır²⁰. Veri ve esasen veriye erişim imkânı, dijital ekonomiyi yönlendirmektedir. Bu kapsamda kişisel verilerin işlenmesi bizzatı bir ekonomik değeri bünyesinde barındırmaktadır²¹. *Facebook* ve *Google* başta olmak üzere veriye dayanan iş modeli sahiplerinin piyasadaki konumu ve gelir kaynakları bu tespiti doğrular niteliktedir. Kişisel verilerin ekonomik faaliyetler bakımından kilit bir rol üstlendiği ifade edilmelidir. İş dünyasını ve sosyal hayatı şekillendiren birçok iş modeli, kişisel verilerin işlenmesi esasına dayanmaktadır. Bu çalışmada, belirli bir hizmetin kullanımı için bir miktar para ödenmesini gerektirmeyen hukuki ilişkiler, sözleşmeler hukuku ve kişisel verilerin korunması esasları dikkate alınarak değerlendirilecektir. Bu kapsamda tez konusunun başlığı olarak “*karşı edim olarak kişisel veri taahhüdü*” tercih edilmiştir.

çevrimiçi, https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/05/IAB_Internet_Advertising_Revenue_Report_FY_2013.pdf - 30.11.2021.

¹⁹ Her şirket kullanım politikaları kapsamında kişisel verilerin doğrudan reklamcılık (kişiselleştirilmiş) için üçüncü kişilerle paylaşılmadığı/paylaşılmayacağı da yer almaktadır. Bunun yanında *Uber*’in otonom araç girişimlerinin bulunduğu da ayrıca dikkat çekilmelidir (topladığı verilerin genişliği dikkate alındığında bu işi başarmaya yakın olduğu ifade edilmektedir). Bkz. **Thomas Schulz**, “Uber-ambitioniert”, Digitalisierung-DER SPIEGEL (16.06.2017), çevrimiçi, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/uber-ambitioniert-a-9ebd9d73-0002-0001-0000-000151666462> -14.11.2021.

²⁰ **OECD**, “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value”, OECD Digital Economy Papers No. 220, 02.04.2013, s. 10 vd., çevrimiçi, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/exploring-the-economics-of-personal-data_5k486qtxldmq-en -14.11.2021.

²¹ **OECD**, s. 11.

Mevcut çalışmanın temelinde yer alan araştırma sorusu, herhangi bir ücret ödenmediği, kişisel verilerin işlenmesine müsaade edildiği hallerde bir hizmet yahut üründen “karşılıksız (*free, kostenlos, gratis*)” olarak yararlanıldığından bahsetmenin doğru olup olmadığıdır²². Girişimcilerin bu nevi ilişkileri “karşılıksız-ücretsiz” olarak isimlendirmesi yaygındır. Bu yaygın isimlendirmenin sebebi ise her şeyden önce bunun etkili bir pazarlama aracı olmasıdır²³. Artık gün geçtikçe ücretsiz ürünün olağandışı değil kural olduğu bir çağın kapıları aralanmaktadır²⁴.

Türk Borçlar Kanunu uyarınca düzenlenmiş satış yahut kira sözleşmesinin karşılıklı borç doğuran karakterinden şüphe duyulmaz. Ancak veri koruma hukuku uyarınca (açık) rıza beyanının bir sözleşme ilişkisi kapsamında edim olarak kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı; mümkün ise bu edimin sözleşmeler hukuku anlamında “karşı edim” olarak nitelendirilmesinin uygun olup olmayacağı hususları henüz açıklığa kavuşturulabilmiş değildir²⁵. Bu tartışma kişisel verinin hukuki niteliği ile doğrudan ilgilidir. Bu çalışma kapsamında kişisel verinin hukuki

²² *Sattler*, ailelerin çocuklarına: “Yabancıardan asla şeker almayın!” öğütünde bulunurken yaygınlaşan ücretsiz ürün ve hizmetler karşısında toplumun savunmasızlığına dikkat çekmektedir. Bkz. **Andreas Sattler**, “Autonomy or Heteronomy-Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR”, *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 225 (“Contract Law 2.0”). Bu nitelendirmenin yanıltıcı olduğu ve ne ekonomik ne hukuki olarak bu ilişkilerin ücretsiz olarak nitelendirilemeyeceği yönünde bkz. **Chris Jay Hoofnagle, Jan Whittington**, “Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price”, *UCLA Law Review*, Vol. 606, 2014, s. 606, çevrimiçi, SSRN, 01.12.2021.

²³ **Daniel L. Rubinfeld, Michal Gal**, “The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”, *Antitrust Law Journal*, Vol. 80, 2016, s. 521, çevrimiçi-HEINONLINE-15.11.2021; **Heike Schweitzer**, “Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen”, *Regulierung-Wettbewerb-Innovation*, eds. Torsten Körber, Jürgen Kühling, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 296; **Zohar Efroni**, “Gaps And Opportunities: The Rudimentary Protection For “Data-Paying Consumers” Under New EU Consumer Protection Law”, *Common Market Law Review*, Vol. 57, No. 3, June 2020, s. 799, (“Data-Paying”). Girişimcinin amacı müşteri çevresini genişletip piyasadaki yerini sağlamlaştırma ve hatta genişletmektir. Bir hizmet yahut içeriğin (ürün) “karşılıksız” olduğu reklamı ise girişimci için kaçırılmayacak bir fırsattır. Ancak piyasada *Friedman*’ın de kitabına başlık yaparak vurguladığı üzere “hiçbir nimet karşılıksız sunulmaz (“*There’s no such thing as a free lunch*”)” bkz. **Milton Friedman**, *There’s No Such Thing as a Free Lunch*, Open Court Publishing Company, 1975). “Ücretsiz” tekliflerin içeriği hakkında değerlendirmeler için ayrıca bkz. **David Adam Friedman**, “Free Offers: A New Look”, *New Mexico Law Review*, Vol. 38, Issue 1, Winter 2008, s. 52 vd., çevrimiçi, <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol38/iss1/3/> -15.11.2021.

²⁴ **Hoofnagle, Whittington**, s. 608.

²⁵ Ayrıca bkz. **Louisa Specht**, *Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung: Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels*, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2012, s. 3 (“Konsequenzen”).

niteliği ortaya konulduktan sonra “edim” olarak kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı ile sözleşme ilişkisinin kurulma ve ifa aşamasıyla ilgili sorunlar ele alınacaktır. Bu bağlamda farklı hukuk sistemlerinin konuya yaklaşımları da değerlendirilecektir.

Kişisel verinin hukuki ve işlem hayatındaki fiili konumu değerlendirilirken konuya ilişkin yapılan araştırma ve sosyal deney sonuçlarından da mümkün olduğunca yararlanılacaktır. Bu kapsamda konuya ilişkin Anglo-Amerikan hukuk sisteminde özellikle İngiltere ve ABD’de yürütülen tartışmalar ile Kıta Avrupası hukuk sisteminde özellikle Almanya, Avusturya, Hollanda ve İsviçre yürütülen güncel tartışmalara değinilecek, özellikle taslak yahut yürürlükte olan ilgili hukuki düzenlemeler esas alınacaktır.

Bu çalışma bakımından AB’nin 2019/770 sayılı “Dijital İçerik ve Dijital Hizmetlerin Tedarikini Konu Alan Sözleşmeler Dair Direktif” (DCD) önem arz etmektedir. Direktif bu çalışma kapsamında yer alan tartışmaların güncelliğini koruduğuna işaret etmektedir²⁶. Avrupa Birliği’nde dijital içerik ve hizmetlerin sağlanmasına ilişkin sözleşmelerin tabi olacağı esasların düzenlenmesi ihtiyacını karşılamak ve hukuki belirlilik sağlamak adına kaleme alınmış bulunan DCD, 2019 yılı itibarıyla imzalanıp Birlik müktesebatına dahil olmuştur. DCD’yi bu çalışma adına özellikli kılan ise kişisel veri karşılığı hukuki ilişkileri de düzenlediği iddiasıdır²⁷. DCD üye ülkeler tarafından iç hukuklara aktarılmasına bu hukuki ilişkilere yönelik üye devlet tercihleri ortaya çıkmaya başlamıştır. Buna ek olarak 2019-2023 yılı Kalkınma Planı (On Birinci Kalkınma Planı) uyarınca çevrimiçi hizmetlerde tüketicinin korunmasıyla ilgili mevzuat gözden geçirilecek ve uygulamalar iyileştirileceğine yer verilmiştir²⁸. Bu sebeple söz konusu hedefe yönelik DCD’nin katkısının ortaya konulması gerekmektedir.

Çalışmanın Planı

²⁶ Bu düzenleme, kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından bir birlik-yeknesaklık temin etmemiştir. Bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 828. Ancak DCD sadece konuyu üye devletlerin gündemine taşıdığı için dahi değerlidir.

²⁷ DCD-Art. 3/10.

²⁸ **Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı**, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), N. 521.1, s. 128, çevrimiçi, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf> -21.06.2022.

Kişisel verilerin korunması ihtiyacı, devlet eliyle gerçekleştirilen işleme faaliyetleri ekseninde ilk defa gündeme gelmiştir. Nitekim Türk hukukunda kişisel verilerin korunmasının Anayasa’da düzenlenmesi sebebi olarak “*kamu makamlarının keyfî müdahalelerine karşı*” kişilerin korunması gösterilmektedir²⁹. Ancak gelinen noktada kişisel veri koruma rejiminin artık özel hukuk ilişkilerini de yakından ilgilendirdiği görülmektedir³⁰. Özel hukuk kişileri uyarınca gerçekleştirilen işleme faaliyetleri, kişisel verilerin korunması ihtiyacının ayrıca ele alınması gerekmektedir. Bu meselenin önemini vurgulamak amacıyla giriş bölümünde konum verisine³¹ yönelik işleme faaliyetine dair iki önemli örneğe değinilecektir:

- (1) “*Strava*” bir egzersiz takip uygulamasıdır. San Francisco merkezli olan bu uygulama egzersiz etkinliğini takip etmek için cep telefonunun GPS özelliğini kullanmaktadır³². Uygulama kullanıcılarının koşarken veya bisiklet sürerken kullandığı yolları gösteren bir ısı haritası yayımlamıştır ve harita 2015-2017 yılları arasına aittir³³. “*Strava*” uygulama kullanımının Amerikan ordusunda yaygın olması sebebiyle ordunun Suriye ve Afganistan’daki hareketleri yayımlanan bu ısı haritasıyla orta çıkmıştır³⁴.
- (2) Bir kişinin belirli bir zaman diliminde nerede olduğunu bilmek (konum bilgisi) ilgili kişinin kişisel tercihleri, zevkleri, davranışları ve sosyal ilişkilerinin kolaylıkla bilinmesini sağlayacaktır³⁵. Yapılan çalışmalar

²⁹ Bkz. Anayasa Mahkemesi Genel Kurul, E. 2013/122, K. 2014/74, T. 09.04.2014, çevrimiçi-LEXPERA-İçtihat-11.11.2021.

³⁰ **Andreas Sattler**, “From Personality to Property?: Towards a Holistic Approach?”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, eds. Mor Bakhoum, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, s. 31, (“Personality”). Kişisel verilerin korunmasına yönelik bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı (*informational-self determination*) nüfus sayım kararı olarak bilinen Alman Federal Anayasa Mahkemesinin önüne gelmiş bir uyuşmazlıkta doktrine kazandırılmış bir terimdir. Bkz. Birinci Bölüm/I./A./4.

³¹ Bir gerçek kişinin konum verisi GDPR Art. 4/1 (“*location data*”) uyarınca açıkça zikredildiği üzere kişisel veri niteliğindedir.

³² “*Fitness app Strava lights up staff at military bases*” (28.01.2018), çevrimiçi, <https://www.bbc.com/news/technology-42853072> -17.11.2021.

³³ “*Fitness app Strava lights up staff at military bases*” (28.01.2018).

³⁴ “*Fitness app Strava lights up staff at military bases*” (28.01.2018).

³⁵ **Zohar Efroni**, “Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation”, Smart Urban Mobility-Law Regulation and Policy, eds. Michèle Finck, Matthias Lamping, Valentina Moscon, Heiko Richter (MPI Studies on

ortaya koymuştur ki *Apple* kullanıcı konum verilerini kapatmış olmasına rağmen, kişinin konum bilgisini işlemeye devam etmektedir. Bir diğer ifadeyle GPS özelliği üzerinden kullanıcılar takip edilmeye devam edilmektedir³⁶.

Verilen örneklerde de görüleceği üzere kişisel verilerin işlenmesinin tüm sonuçları öngörülememektedir. Diğer yandan kullanıcının iradesi hilafına veri işleme faaliyetinin devam ediyor olmasının ilgili kişiye etkisi, kişilerin kendilerine karşı ne ölçüde korunması gerektiği sorusunu da gündeme getirmektedir³⁷. Bu durum kişilerin, verilerine yönelik tasarruf imkânlarının sözleşme serbestisi ilkesi karşısında ne ölçüde himaye görmesi gerektiği sorusunun tartışmaya açmaktadır.

Bu çalışma kapsamında da tüm bu soru ve sorunlar ve kişisel verilerin işlenmesine dayanan iş modelleri borçlar hukuku yönüyle ele alınacak ve kişisel verinin sözleşme ilişkisindeki yeri belirlenmeye gayret edilecektir. Çalışmanın birinci bölümünde kişisel verileri işlenen ilgili kişi ile girişimci arasındaki dengenin kurulmasına yönelik ihtiyaca dikkat çekildikten sonra bunun hangi çerçevede mümkün olduğu ortaya konulmaya çalışılacaktır. Ayrıca kişisel verinin hukuki niteliği farklı hukuk sistemlerindeki yaklaşım ve tartışmalar da dikkate alınarak

Intellectual Property and Competition Law, Vol. 29), Berlin, Springer-Verlag, 2020, s. 262 ("Location"). Konum verisi ile kişi ve toplum özelin yapılabilecek çıkarımlarla ilgili ayrıca bkz. **Samiul Hasan, Xianyuan Zhan, Satish V. Ukkusuri**, "Understanding Urban Human Activity and Mobility Patterns Using Large-scale Location-based Data from Online Social Media", çevrimiçi, ResearchGate-17.11.2021 ve ayrıca bkz. **Efroni**, Location, s. 267-268.

³⁶ **Kate O'Flaherty**, "Apple's iPhone 11 Pro Collects Location Data, Even When Told Not To", (04.12.2019), çevrimiçi, <https://www.forbes.com/sites/kateoflahertyuk/2019/12/04/apple-iphone-11-iphone-11-pro-location-privacy-issue/> -17.11.2021. Bu kapsamda kullanıcıların beklentilerinin ve muhtemelen *Apple*'ın gizlilik politikasının aksine, tüm uygulamalar ve sistem hizmetleri için konum hizmetlerini tek tek kapatarak konum tabanlı sistem hizmetlerini tamamen kapatmak imkansızdır. Bunun yerine kullanıcıların cihaz ayarlarında tüm küresel konum servislerini kapatması gerekmektedir. Nitekim bir IT uzmanı tarafından *iPhone 11 Pro*'nun ayarlarında bireysel konum servisleri devre dışı bırakıldığında GPS verilerinin nasıl toplandığını gösterilmiştir. Kullanıcılar konum kullanma ayarını "Asla/Never" olarak ayarladıklarında bile konum verilerinin toplanmaya devam ettiği görülmüştür. Bkz. **Efroni**, Location, s. 258. Ayrıca bkz. **Zack Whittaker**, "Apple Says its Ultra Wideband Technology is Why Newer iPhones Appear to Share Location Data, Even When the Setting is Disabled" (5.12.2019), çevrimiçi, https://guce.techcrunch.com/copyConsent?sessionId=3_cc-session_2108a344-4bd5-48f8-9acc-9667d0a673d9&lang=en-US -17.11.2021.

³⁷ Konum verisi, veriye dayalı iş modellerinde esaslı önemi haizdir. Bkz. **Gabriel Seiberth, Wolfgang Gründiger**, "Data-Driven Business Models in Connected Cars, Mobility Services & Beyond", s. 6-7, çevrimiçi, https://www.bvdw.org/fileadmin/user_upload/20180509_bvdw_accenture_studie_datadrivenbusinessmodels.pdf -17.11.2021.

belirlenecektir. Yine bu bölüm kapsamında ilgili kişinin kişisel verilerinin mali yönünden istifade etme imkânının sınırları tartışılacaktır.

Çalışmanın ikinci bölümde mümkün kabul edildiği ölçüde kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinin kurulmasına ilişkin hukuki sorunlar ele alınacaktır. Kişisel verinin bir edim niteliğinde olup olmadığı değerlendirilecektir. Kişisel veri karşılığı sözleşmenin borç yüklediği taraf sayısı esas alındığında ne şekilde isimlendirilmesi gerektiği sorusu cevaplanacaktır (*tek tarafa borç yükleyen-karşılıklı*). Bunun yanında kişisel verinin konu edildiği hukuki ilişkilerin karakteristik ediminin ne olduğu ve kişisel verinin sözleşme ilişkisinde yer almasının ilgili sözleşme tipine etkisi tartışılacaktır. Tüm bu değerlendirmeler esnasında kişisel verilerin korunmasına yönelik ilke ve esasların bu sözleşme ilişkisinin kurulmasına dair nasıl farklılıklar meydana getirdiği de açıklanacaktır. Ayrıca kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin sözleşmenin kurulması, ehliyet, genel işlem koşulu ve haksız şart denetimi yönüyle değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Çalışmanın son bölümü olan üçüncü bölüm kapsamındaysa kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde veri işlemenin hukuka uygunluk sebebi rızanın geri alınması esasları ve bu hakkın sınırlandırılmasının mümkün olup olmadığı değerlendirmeye tabi tutulacak; kişisel veri karşılığı hukuki ilişkide, veri karşılığı temin edilen edimin gereği gibi ifa edilmemesinin sonuçları ele alınacaktır. Son olarak kişisel veri karşılığı ilişkilerin sona ermesine ilişkin özellikli durumlara yer verilecektir.

Kişisel veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluğu, veriye dayalı iş modelleri için hayati öneme sahiptir. Kişisel verilerin işlenmesiyle gelir elde edilmesi ve bu işlemenin esasları, girişimcinin³⁸ temel hakkını (girişim özgürlüğü) kullanmasının bir sonucudur. Karşısında kişisel verileri işleme faaliyetine tabi tutulan ilgili kişi için öngörülmüş bulunan bir koruma rejimi söz konusudur. Bu kapsamda girişimci ile kişisel verilerin korunması ile girişimcinin ekonomik çıkarları ve temel hakları arasında bir menfaat dengesi gözetilmek zorundadır. Yapılacak tercihin etkisi sadece

³⁸ Çalışma boyunca “Unternehmer/entrepreneur” kelimelerinin karşılığı olarak girişimci kelimesi tercih edilmiştir. Girişimci veriye dayalı iş modeli çerçevesinde faaliyet gösteren gerçek yahut tüzel kişileri ifade etmek üzere kullanılmıştır. Alternatifi olabilecek tacir kelimesi kavramsal olarak farklı zorunlulukları içermesi sebebiyle, iş sahibi ise eser sözleşmesi kapsamında taşıdığı anlam sebebiyle tercih edilmemiştir.

girişimciyle ilgili kişi arasındaki ilişkiyle sınırlı değildir. İlgili kişinin korunmasına ilişkin şartların sıkılaşmasının piyasaya olumsuz etkilerinin olması kaçınılmazdır³⁹. Girişimci ile ilgili kişinin menfaatleri arasındaki denge ihtiyacının hukuki çerçeveye oturtulabilmesi adına bu çalışmanın bir katkı sunacak olması umut edilmektedir.

Kişisel verinin hukuki niteliğine ilişkin tartışmalar ve edim niteliği sorunu ilk defa sadece veri için gündeme gelen bir tartışma yahut zorluk değildir. Satış sözleşmesi ile eser sözleşmesi ayrımının yapılması yahut ürün kirası ile konut kirasının veya işgörme edimi içeren sözleşmelerin sınıflandırılması karmaşık hayat olaylarında her zaman birtakım nitelendirme problemlerini gündeme getirmiştir, getirmektedir ve getirmeye devam edecektir. Bu yönüyle çalışma boyunca sözleşme özgürlüğünün hukuki sorunlara ve nitelendirmeye etkisi göz ardı edilmeyecektir. Günümüzde her hukuk alanının şöyle yahut böyle veriyle ilgili hale geldiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bu çalışma kapsamında ise araştırma sınırının aşılması adına kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilmesi bakımından tartışmanın sadece borçlar hukuku ile sınırlı olmadığına işaret edilmekle yetinilecektir⁴⁰.

³⁹ Posner'a göre, mahremiyetin korunması halinde bundan istifade edecek kişiler-mahremiyet düzenlemelerinin lehtarları, ortalama bir kişiden daha fazla tutuklanma, ceza mahkumiyeti veya daha zayıf kredi sicili olan kişiler olacaktır. Bu takdirde işverenler ve alacaklılar, sırasıyla zayıf istihdam risklerini veya zayıf kredi risklerini elemek için bu kıstasları kullanamazlarsa bu durum servetin beyazlardan çıkıp bu ırksal ve etnik grupların üyelerine yeniden dağıtılmasıyla sonuçlanabilecektir. Bkz. **Richard A. Posner**, "The Economics of Privacy", The American Economic Review, Vol. 71, No. 2, May 1981, s. 405, çevrimiçi, JSTOR-18.11.2021.

⁴⁰ Kişisel verilerin korunmasına yönelik sözleşmesel düzenin kanun hükümlerinden daha tercihe şayan olduğu savunulan günlerden (bu yönde bkz. **Bibas**, s. 605 vd.) bugüne gelindiğinde veri koruma esaslarının yetersizliğinden dem vurulduğu ifade edilebilecektir. Bu noktada "veri kirliliği (*data pollution*)" kavramını ortaya atan **Ben-Shahar**, özel hukuk kuralları da dahil olmak üzere veri koruma hukukundaki mevcut esasların yetersizliğine dikkat çekmektedir. Tıpkı çevreye atıkların verdiği zararları önlemek adına öngörülmüş bulunan özel esaslar dikkate alınarak fazla veri toplamanın da bu çerçevede yaptırıma bağlanması ve düzenlenmesi ihtiyacına işaret etmektedir. bkz. **Omri Ben-Shahar**, "Data Pollution", Journal of Legal Analysis, Vol. 11, 2019, s. 104 vd., çevrimiçi, SSRN-23.11.2021. Keza **Hacker** ise FSEK m. 45/1 uyarınca eser sahibinin yeniden satışlardan pay alması esasının kıyasen veri temelli iş modelleri için de uygulanmasını ve fakat toplanan meblağın ("*personal data royalty fee*") ilgili kişilere değil vergi gibi tüm topluma özgülenmesini ve bunun da bağımsız uluslararası otoriteler (organizasyonlar) nezdinde toplanıp herkes yararına kullanılmasını önermektedir. Bkz. **Philipp Hacker**, "Lessons from IP Markets for Data Markets: On Moral Rights, Property Rules, and Resale Royalties", Intellectual Property Quarterly, Issue 7, 2018, s. 64 vd., çevrimiçi, SSRN-09.12.2021, ("IP").

BİRİNCİ BÖLÜM:

VERİYE DAYALI İŞ MODELİNİN HAM MADDESİ: KİŞİSEL VERİ ÜZERİNDEKİ TASARRUFLARIN YASAL ÇERÇEVESİ

I. Veriye Dayalı İş Modeli Sahibi (Girişimci) ile İlgili Kişinin (Veris Sahibi) Çatışan Menfaatleri

Veriye dayalı iş modelleri hem kişisel verisi yahut verisi işlemeye tabi tutulan kişinin hem de bu iş modeliyle gelir elde edenlerin temel haklarıyla doğrudan ilişkilidir. Bu sebeple veriye dayalı iş modellerinin belirtilen bu durum göz önünde bulundurularak ele alınması gerekmektedir¹. Bu bölüm kapsamında veriye dayalı iş modellerinin, ilgili kişi ve girişimcinin hangi temel hakkı/hakları ile ilişkili olduğu ortaya konulacak; devletin her iki tarafın temel haklarını koruma yükümlülüğünün kapsamı belirlenecektir.

Her iki hak süjesinin sahip olduğu haklar öncelikle temel haklar bağlamı üzerinden ele alınmalıdır. Unutulmamalıdır ki anayasada yer alan temel haklara ilişkin kurallar “*objektif bir değerler düzeni*” oluşturur². Bu düzen hukukun tüm alanlarını kapsayacak kadar geniştir³. Nitekim AY m. 11’de: “*Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kuralları*” niteliği özellikle vurgulanmıştır⁴. Anayasa’da yer alan başta temel hak ve hürriyetlere ilişkin olmak üzere tüm esaslar, her hukukî ilişkide öncelikli başvuru kaynağıdır⁵. Bu sebeptendir ki çalışma kapsamında hak

¹ Kişisel verilerin korunmasını talep hakkının mutlak bir hak olmadığı ve diğer temel hak ve hürriyetler ile arasında bir denge gözetilmesi gerektiği GDPR-Dibace 4 uyarınca belirtilmiştir.

² Lüth-Urteil (Lüth): BVerfG Urt. v. 15.1.1958-1 BvR 400/51, BeckRS 1958, 869, N. 20, çevrimiçi, BECK-ONLINE-05.10.2021 (“Lüth”).

³ Lüth, N. 20.

⁴ Buna ek olarak AY m. 138’de hakimlere: “...Anayasaya, kanuna ve hukuka uygun olarak vicdanî kanaatlerine göre” karar vermeleri bir görev olarak yüklenmiştir.

⁵ Anayasaların özel hukuk ilişkilerine etkisi için bkz. II. (özellikle II./C.).

sahiplerinin menfaatleri ve hukuki pozisyonları öncelikle anayasal çerçevede açıklanacaktır⁶.

A. İlgili Kişinin Korunması: Anayasal Bir Hak Olarak Kişisel Verilerin Korunması

Veriye dayalı iş modelleri, verisi işlemeye tabi tutulan kişi/ler ile ilgili girişimci arasında bir çıkar çatışmasına sebep olmaktadır. Veriye dayalı iş modellerinde bu modelin ekonomik başarısı, kişisel verilerin mümkün olabilen en geniş kapsamda işlenmesine bağlıdır. Veriye dayalı bir iş modelinin sahibi (*girişimci*), ekonomik menfaatlerini geliştirmeye yönelik olarak mümkün olduğu kadar fazla miktarda kişisel veriyi işleyebilmek arzusunda olacaktır⁷. Buna karşın kişisel verileri işlenen kişi ise bu işlemeye karşı temel hak ve hürriyetler düzeyinde bir korunmaya ihtiyaç duymaktadır.

Kişisel verilerin korunması, kişisel verilerin bizzat kendisinin korunmasına değil kişisel verileri işlenen kişilerin korunması yöneliktir⁸. Temel hedef verilerin değil; kişilerin temel hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır⁹. Böylece gerçekte kişisel verilerin korunması, başlı başına bir amaç değil, bilakis temel hak ve özgürlüklerin korunmasına hizmet eden bir araçtır¹⁰. Bu niteliği dikkate alındığında kişisel verilerin korunmasını talep imkânının anayasada güvence altına alınmış birçok hakkın

⁶ Doktrinde kişisel verilerin korunmasına yönelik esasların devletle birey arasındaki ilişkiler (dikey) özelinde gelişmiş olması sebebiyle bireyler arasındaki ilişkilere (yatay) uygulanmasının yerinde olduğu de tartışma konusu edilmektedir. Bkz. **Sattler**, Personality, s. 28. Bununla birlikte veri koruma hukukuna hâkim yaklaşım uyarınca veri sorumlusunun özel hukuk yahut kamu hukuku aktörü (kişisi) olması sebebiyle bir ayırım gözetilmemesi olduğuna dikkat çekilmelidir. Bkz. **Sattler**, Personality, s. 34.

⁷ **Christina Kühnl**, Persönlichkeitsschutz 2.0: Profilbildung und-nutzung durch Soziale Netzwerke am Beispiel von Facebook im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA, Köln, De Gruyter, 2016, s. 45.

⁸ **Gloria González Fuster**, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Law, Governance and Technology Series 16, Springer, 2014, s. 130; **Sezen Kama Işık**, Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 119.

⁹ AY m. 20/3, doktrinde “*kişisel verilerin korunmasını isteme*” hakkı olarak hakkın kapsamını belirlemesi yönüyle eleştirilmektedir.

¹⁰ GDPR-Dibace 1, **Mesut Serdar Çekin**, Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 35; **Mehmet Bedii Kaya**, “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge”, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku-Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-I (17 Nisan 2019-Haydarpaşa), eds. Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 41.

kapsamında yer aldığı tespit edilecektir¹¹. Veri koruma hukuku sadece mahremiyetin korunmasına değil aynı zamanda diğer birçok temel hak ve hürriyetin güvence altına alınmasına hizmet eder¹². Kişisel verilere yönelik koruma, başta bireysel özerklik, ayrımcılığa uğramama, ifade özgürlüğü ve nihayetinde insan onurunun korunması için öngörülmüş özel bir koruma mekanizmasıdır¹³.

1. Kişinin Dokunulmazlığı, Maddi ve Manevi Varlığı (AY m. 17)

Kişisel verilerin korunması anayasada güvence altına alınmış birçok hakla doğrudan ilişki içerisindedir. Bu kapsamda ilk olarak insan onuru ve kişiliğin serbest geliştirilmesi hakkı zikredilmelidir (AY m. 17). Nitekim kişisel verilerin korunması hakkının anayasa hukuku ekseninde bu hak ile varlık kazandığı ifade edilebilecektir¹⁴. İnsan onuru ve kişiliğinin serbestçe geliştirilmesi hakkı, kişinin araç haline getirilmesine engel olmaya yöneliktir¹⁵. Kişisel verilerin korunmasının temelinde de aynı gaye yer almaktadır.

AY m. 17 uyarınca hüküm altına alınmış kişi dokunulmazlığı, anayasanın başlangıç hükümleri arasında yer almaktadır. Buna göre: “*her Türk vatandaşının onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” ilan edilmiştir. Bu hüküm kişilerin dijital dünyada muhatap kaldığı sorunlar adına da geçerlidir. Unutulmamalıdır ki özellikle AY m.

¹¹ Kişisel verilerin korunması ihtiyacı esasında birçok hakkın kapsamında yer alan temel değerle ilişkilidir. Bu sebeple mahremiyet ve kişisel verilerin korunmasının diğer birçok hakkın da korunmasına hizmet ettiği ifade edilmektedir (“*enabling function of privacy and data protection*”) bkz. **Manon Oostveen, Kristina Irion**, “The Golden Age of Personal Data: How to Regulate an Enabling Fundamental Right?”, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?*, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, s. 12-13.

¹² Veri koruma hukukunun amacı veri işleme faaliyetlerinde adil davranılmasına ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasına hizmet eder; sadece mahremiyetin korunmasına değil. Bkz. **Natali Helberger, Frederik Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna**, “The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law”, *Consumer Market Law Review (CML)*, Vol. 54, Issue 5, 2017, s. 1435.

¹³ **Oostveen, Irion**, s. 21. Sadece kişisel nitelikte verilerin korunmasının bu hakların korunması adına yeterli olmadığı ve diğer verilerin (kişisel olmayan “*non-persona data*”) de korunması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Oostveen, Irion**, s. 22.

¹⁴ **Kama Işık**, s. 219.

¹⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından geliştirilen söz konusu kıstas, insan onurunun ihlal edilip edilmediğini tespiti yöneliktir. Bkz. BVerfG, Beschluß vom 08.01.1959-1 BvR 396/55, NJW 1959, çevrimiçi, BECK-ONLINE-29.04.2021, s. 427.

17, diğer hak ve özgürlükleri tamamlayıcı bir işleve de sahiptir¹⁶. Hakkın koruma alanının kapsamı da bu işlevine uygun olarak mutlak sınırlarla daraltılmamış böylece özellikle teknolojik gelişmelere, çağın değişen ihtiyaçlarına cevap verir niteliği muhafaza edilmek istenmiştir.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, Alman Anayasası kapsamında AY m. 17'ye denk düşen hükmü (*GG. Art. 1, GG Art. 2, Abs. 1, -insan onuru, genel kişilik hakkının korunması*) anayasa hukuku anlamında kişilik hakkının üç görünümünün koruma altına alındığını vurgulamıştır¹⁷. Bunlar; kendi kaderini tayin, kendini koruma ve kendini ifade etmektir¹⁸. Alman Federal Mahkemesi, bu üç görünüm ekseninde kişisel verilerin korunmasının da kendi kaderini tayininin bir diğer ifadeyle “*bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının*” bir yansıması olduğunu ve bu hakkın kaynağının da bu madde olduğunu ifade etmiştir¹⁹.

¹⁶ Alman Anayasası'nda aynı korumanın öngörüldüğü hükümler olan GG Art. 1/Abs. 1 ile GG Art. 2/Abs. 1, “isimsiz özgürlükler” (*unbenanntes Freiheitsrecht*) olarak adlandırılır ve bu hükümlerin tüm diğer özgürlükleri tamamlayıcı nitelikleri Anayasa Mahkemesi tarafından da özellikle vurgulanır. Bkz. BVerfG, Beschl. v. 13.05.1986-1 BvR 1524/84, NJW 1986, 1859, çevrimiçi, BECK-ONLINE-29.04.2021; **Udo Di Fabio**, Grundgesetz-Kommentar, eds. Theodor Maunz, Günter Dürig, Werkstand: 94, 2021, Art. 2. Abs.1, N. 128; çevrimiçi, BECK-ONLINE-29.04.2021.

¹⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kişisel verilerin korunması (*bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı*) özel hayatın gizliliği yahut mülkiyet hakkından ziyade insan onurunun korunması (kişiliğin korunması) ekseninde ele alınmaktadır. Diğer anayasal hakların hepsinin (*özel hayatın gizliliği, kişisel verilerin korunması, ifade hürriyeti, bilgilerinin geleceğini belirleme*) insan onurunun ve haysiyetinin korunmasına hizmet eden araçlar olarak tanımlanmaktadır. Mahkeme'nin yaklaşımı kişisel verilerin korunmasının temelinde veri koruma ilkeleri, irade özgürlüğü (kendi kaderini tayin) ve değer biçilmesi mümkün olmayan insan onurun yer aldığı yönündedir. Bkz. **Antoinette Rouvroy, Yves Poullet**, “The Right to Informational Self Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy”, Reinventing Data Protection?, Eds. Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul De Hert, Cecile de Terwangne, Sjaak Nouwt, Springer Netherlands, 2009, s. 53-54.

¹⁸ **Di Fabio**, GG Art. 2, Abs. 1, N. 166; Bkz. BVerfG, Urteil vom 15.12.1983-1 BvR 209/83 u. a. (Volkszählungsurteil), NJW, 1984, 419. Mahkemenin dikkat çektiği bu üç görünüm, aynı zamanda Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda yer alan farklı hükümlerin de kapsamına dahildir Aşağıda bu maddeler incelenecektir. Bkz. I./A.

¹⁹ Alman Federal Anayasa Mahkemesi, GG Art. 2, Abs. 1'in kapsamında bilgi teknolojisi sistemlerinin gizliliği ve bütünlüğünün garanti edilmesi hakkının da genel kişilik hakkı korunmasının kişisel verilerin korunması yönüyle yer aldığını ifade etmektedir. bkz. I./A./2.

2. Bilgilerinin Geleceğini Belirleme Hakkı (*informational self-determination*)

Bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı, 1983 tarihli Alman Federal Anayasa Mahkemesinin meşhur nüfus sayımı kararında ilk defa kullanılmış ve tartışmaya açılmıştır²⁰. İlgili kararda dikkat çekildiği üzere kişilere yönelik veri işleme faaliyeti sonucunda, kişilerin ayrıntılı kişilik profillerinin oluşturulmasına engel olunmalıdır. Bu kapsamda bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı “*bireyin kişisel verilerinin ifşasını (açıklanmasını) ve kullanımını ilke olarak belirleme yetkisini*” koruma altına alan anayasal bir haktır. Her tür kişisel veriye yönelik işleme faaliyetine karşı kişilerin korunması, bu hakkın bir gereğidir²¹. Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından da dikkat çekildiği üzere, bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı kişiliğin geliştirilmesi ve insan onurunun bir görünümüdür²². Bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı dijital dünyada kişiliğin korunmasına hizmet eder²³.

Bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı aynı zamanda kişinin kendi verileri üzerindeki tasarruf imkânına işaret eder. Hayatına dair bilgilerin, ilişkilerinin ne zaman ve hangi ölçüde dış dünyaya yansıtılacağına kural olarak kişinin kendisi karar vermelidir. Söz konusu hak, sadece bu kişisel veriler üzerinde yine kişinin kontrol imkânına sahip olmasını korumaya değil aynı zamanda hayatını nasıl yönlendireceğine de kendisinin karar vermesini sağlamak için öngörülmüştür²⁴. Bu anlamda kendi kaderini tayin hakkı, mülkiyet hakkından doğan bir menfaati korumadığından²⁵; bu hakkın varlığı, hak sahibine kişisel verileri üzerinde bir mülkiyet hakkı bahşetmek anlamına gelmez. Bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının varlık amacı, devletin kişisel verilerinin işlenmesine dair esasların

²⁰ Volkszählungsurteil, s. 419.

²¹ Volkszählungsurteil, s. 419.

²² Volkszählungsurteil, s. 419.

²³ **Elif Küzeci**, “İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 32, 2014, s. 56 (“Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”).

²⁴ **Rouvroy, Poulet**, s. 51.

²⁵ Volkszählungsurteil, s. 419; **Küzeci**, Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı, s. 57. Bu kapsamda söz konusu hakkın bir mülkiyet unsuru olarak algılandığı (kimlik bilgilerinin çalınması ifadesi dahi bu algıyı gözler önüne serer) bir meta olarak değerlendirildiği ve bu görüşün Alman Federal Anayasa Mahkemesinin meseleye yaklaşımına aykırı olduğu yönünde bkz. **Rouvroy, Poulet**, s. 51 vd. Kişinin verileri üzerindeki hakkının niteliğine yönelik tartışma için bkz. III./A.

belirlemesi, böylece kişinin iradesinin ve bağımsızlığının korunmasıdır²⁶. Kişisel verilerin korunması verinin değeriyle değil; ilgili kişinin değeriyle ilgilidir. Bu sebeple kişinin, verilere yönelik işleme faaliyetlerine karşı korunması gerekmektedir²⁷.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının başlangıç bölümünde de dikkat çekildiği üzere anayasaların varlık amaçlarından biri de insan onuru ve kişiliğin korunmasıdır²⁸. Bu doğrultuda veriye dayalı iş modelleriyle günlük hayatın her aşamasında karşı karşıya olan kişinin, hangi verisinin ne zaman, kimler tarafından ve ne için işlendiğini bilmediği takdirde serbestçe karar verdiğinden söz edilemez²⁹.

3. Özel Hayatın Gizliliği (AY m. 20)

Özel hayatın gizliliği hakkı, kişisel verilerin korunmasına dair özel fıkranın kapsamında yer aldığı ve kişisel verilerin korunmasına yönelik anayasal temellerden bir diğeridir. Kişisel verilerin korunması sebeplerinden biri de özel hayatın gizliliğinin korunmasıdır. Özel hayatın gizliliği hakkının merkezinde kişisel bilgi ve verilerle kişinin toplumla ilişkisine yönelik sınırları yer alır³⁰. Bu sebeptendir ki kişisel

²⁶ Kişinin verilerinin işlenmesine yönelik denetim imkânını haiz olması, kendi hayatını dilediği gibi yaşaması için zorunlu ve fakat yetersidir. **Rouvroy, Poulet**, s. 51; **Küzeci**, Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı, s. 57; **Paul Schwartz**, “The computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-Determination”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 37, 1989, No. 4, s. 690. Alman hukukunda kişisel verilerin korunmasına yönelik devletin pozitif yükümlülükleri için bkz. A./I./5.

²⁷ Alman Federal Anayasa Mahkemesi 2008 tarihli kararında bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının koruma kapsamının yeterliliğini tartışmıştır (Nichtigkeit der Vorschriften zur Online-Durchsuchung im Verfassungsschutzgesetz Nordrhein-Westfalen- BVerfG, Urt. v. 27.02.2008-1 BvR 370/07, NJW, 2008, s. 822 (çevrimiçi, BECK-ONLINE-02.07.2021)). Kararda hakkın koruma kapsamının yetersiz olduğu ve bu haktan ayrıca bilgi teknolojisi sistemlerinin gizlilik ve bütünlüğünün teminini talep hakkının (*das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme*) da anlaşılması gerektiği sonucuna varmıştır. Kararda bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının sistematik ve büyük çapta veri toplama faaliyetlerine (*veri tabanları*) karşı koruma temin etmediği sonucuna varılsa da hakkın koruma kapsamına yönelik nicel bir sınırlama bulunmadığına dikkat çekilmelidir. Bkz. **Franziska Leinemann**, *Personenbezogene Daten als Entgelt*, Berlin, Peter Lang, 2020, s. 44; **Hubertus Gersdorf**, *Informations- und Medienrecht*, Beck'sche Online-Kommentar, eds. Hubertus Gersdorf, Boris P. Paal, 32th Edition, 01.05.2021, GG Art. 2, N. 23, çevrimiçi, BECK-ONLINE-02.07.2021.

²⁸ **Zafer Gören**, “Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, *Anayasa Yargısı*, Cilt 9, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1992, s. 165, çevrimiçi, <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6434/zgoren.pdf> -04.05.2021.

²⁹ **Küzeci**, “Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”, s. 56.

³⁰ **Raymonds Wack**, “Introduction”, *Privacy I*, ed. Raymonds Wack, New York University Press Reference Collection, Washington 1993, s. xi.

verilerin korunmasına yönelik birçok ulusal yahut uluslararası hukuki düzenlemede, bu hakkın hukuki dayanağı olarak özel hayatın gizliliği hakkı gösterilmektedir³¹.

Türkiye'nin de taraf olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde kişisel verilerin korunması hakkına özgülenmiş bir madde mevcut değildir. Bu sebeple kişisel verilerin AİHS m. 8 uyarınca koruma altında olduğu kabul edilmektedir³². AİHM içtihatlarının etkisiyle Avrupa Adalet Divanı da kişisel verilerin korunmasını bağımsız bir hak olarak değil; özel hayatın gizliliğinin korunması ekseninde ele almaktadır³³. AİHM buna ek olarak kişinin toplumsal hayata katılmasının önemine, özel hayatın kişinin “*yakın çevresi (inner circle)*” sınırlı ele alınmasının özel hayatın gizliliğinin korunması hakkının çok dar bir alana yönelik koruma temin etmesine sebep olacağına, özel hayat hakkının (AİHS m. 8), kişinin başka insanlarla ilişki kurmasını ve bu ilişkiyi devam ettirmesini de koruması kapsamına aldığına işaret etmektedir³⁴. Ayrıca birçok AİHM kararında özel hayatın gizliliği hakkının demokratik bir toplum için vazgeçilmezliğine vurgu yapılmaktadır. Kişilerin kendi görüş ve fikirlerini açıklayabilmesi, hayat pratiklerini serbestçe tayin edebilmesi kendisini özgür hissetmesine bağlıdır³⁵. Kişiler, özel kişiler yahut kamu organları tarafından haklarında tutulan kayıtlar ve bilgiler esas alınarak davranışlarının

³¹ **Elif Küzeci**, Kişisel Verilerin Korunması, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 294 (“Kişisel Veriler”).

³² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve bu sözleşmede yer alan hakların içeriği, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından somut olayın özellikleri ile birlikte günün koşulları esas alınarak belirlenmektedir (bkz. *Tyner v. United Kingdom*, 5856/72, 25.04.1978). Mahkemenin bu yaklaşımının etkisiyle m. 8'in kişisel verileri korumaya yönelik etkin bir korumayı temine yeterli olduğu ve ayrı bir düzenlemeye ihtiyaç bulunmadığı görüşü savunulmaktadır. Bkz. **Fuster**, s. 48. Bu yaklaşımın da etkisiyle her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde doğrudan kişisel verilerin işlenmesi düzenlenmemişse de kişisel verilerin teknolojinin getirdiği imkânlar vesilesiyle işlenmesi AİHM tarafından 8. Madde kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz. **Kama Işık**, s. 88-89; **ECHR**, Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights, 31.08.2022, s. 7, N. 3, çevrimiçi, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Data_protection_ENG.pdf -29.09.2022.

³³ **Kama Işık**, s. 138.

³⁴ *Niemietz v. Germany*, 13710/88, 16.12.1992, N. 29. Kararda aynı paragrafın ilk cümlesinde (N. 29) özel hayat kavramının tüm unsurlarını barındıran bir tanımının yapılmasının mümkün ve gerekli olmadığına da dikkat çekilmektedir. Aynı yönde bkz. *ECHR*, *Copland v. UK*, 62617/00, 05.07.2007, N. 43; *Bărbulescu v. Romania*, 61496/08, 05.09.2017, N. 70.

³⁵ Kişinin özgür bir toplumda yaşıyor olmanın keyfine varması gerektiği yönünde bkz. **Rouvroy, Poulet**, s. 57; **Di Fabio**, Art. 2. Abs.1, N. 166-168.

yorumlanacağı korkusunu yaşamaksızın düşüncelerini açıklayabilmeli, hayatlarını yönlendirebilmelidir³⁶.

Sonuç itibarıyla farklı hukuki dayanaklardan hareket edilmişse de gerek Alman Federal Anayasa Mahkemesinin³⁷ gerekse AİHM'in ulaştığı sonuçlar ve korumak istediği değerler paraleldir³⁸. Doktrinde de AİHS m. 8/1'de düzenlenmiş bulunan özel hayatın gizliliği hakkının, bilgilerinin geleceğini belirleme hakkını içerdği kabul edilmektedir³⁹.

³⁶ Özel hayatın gizliliğiyle kişisel verilerin korunması hakkı arasındaki bir diğer paralellik de her iki hakkın da diğer haklarla olan ilişkisi sebebiyle uzun süre doğrudan koruma altına alınmamış olmalarıdır. Bununla birlikte yaşanan siyasi ve teknolojik gelişmelerle birlikte kişisel verilerin korunması hakkı gibi ve fakat ondan önce özel hayatın gizliliğinin korunması ihtiyacı da kendisini göstermiş ve başta içtihatların sonrasında da yasal düzenlemelerin konusu haline gelmiştir (*özellikle II. Dünya Savaşından sonra*). Bkz. **Hamide Zafer**, Özel Hayatın Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta, İstanbul 2010, s. 6; **Güçlü Akyürek**, Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Çeşitli Hukuk Dallarında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, 2. Bası, Seçkin, İstanbul 2015, s. 105 vd. Hali hazırda ABD anayasasında ve anayasanın ek maddelerinde özel hayatın gizliliğine hasredilmiş bir hüküm yer almaz. Yargı kararları uyarınca söz konusu hakkın bir gölge olarak ("*penumbra*") anayasaya ek maddelerde (1, 2, 3, 4, 5, 9, ve 14. *Değişiklik-Amendment*) yer aldığı ifade edilmektedir. bkz. **Andrew B. Arnold**, A Pocket Guide to the US Constitution, Georgetown University Press, 2th Edition, Washington DC, 2018, s. 114.

³⁷ Ancak Alman Federal Anayasa Mahkemesinin mahremiyet esaslı değil; kişinin kendisini geliştirme özgürlüğü esaslı konuya yaklaştığı ifade edilebilecektir.

³⁸ Amerikan hukuku anlamında kişisel verilerin korunması (*right to privacy*) özel hayatın gizliliği temeline dayansa da hakkın koruma alanı ve içeriğine yaklaşım Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden (*AİHM'in yaklaşımından*) oldukça farklıdır. Her iki hukuk sisteminde de özel hayatın korunması, demokratik bir toplumun gerekleri arasında sayılır. Ancak Amerikan hukukunda hakkın içeriği "mahremiyet beklentisi" esas alınarak tarif edilmiştir. Böylece, verilerin kayıt altına alındığının öngörebileceği hallerin korumanın kapsamına dahil olmadığı kabul edilmektedir (*kamusal alanlar-işçinin işvereni tarafından verilerinin işlenmesi gibi*). AİHM ve AİHS'e taraf devletler m. 8'i yalnızca insan onurunun korunmasının değil; aynı zamanda kişiliğin özgürce gelişmesinin bir ön koşulu olarak ele alınmaktadır. Bu kapsamda kişilerin kendisini ifade edebileceği bir alana (*kamusal yahut değil fark etmeksizin*) sahip olması ve bu alanda gözetim altında olmaksızın fikirlerini paylaşma imkânına sahip olması gerektiği vurgulanmaktadır. Amerikan hukukunda hakkın özü bulunulan alan ile doğrudan ilgili iken; Kıta Avrupası anlayışında kişinin nerede olduğundan bağımsız olarak içinde bulunulan durum esas kabul edilmektedir. Aynı yönde bkz. **Rouvroy, Poulet**, s. 64.

³⁹ **Hubertus Gersdorf**, Informations- und Medienrecht, eds. Hubertus Gersdorf, Boris P. Paal, EMRK Art. 8, N. 29, 33. Edititon-01.05.2021, Beck'sOK, çevrimiçi, BECK-ONLINE-02.07.2021.

4. AY m. 20/3: Kişisel Verilerin Özel Hükümle Korunması⁴⁰

Kişisel verilerin anayasal bir hak olarak korunmasına ilişkin Türk hukukundaki ilk ve en öncelikli hukuki dayanak şüphesiz AY m. 20/3'tür⁴¹. AİHM, kişisel verilerin korunmasına hukuki dayanak olarak özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen AİHS m. 8'e işaret etmektedir⁴². Benzer bir yaklaşımın kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükmün de burada yer aldığına dikkat çekilerek Türk hukukunda da geliştirilebileceği savunulmaktadır⁴³. Nitekim KVKK m. 1'de: "... kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak ..." kanunun amaçları arasında sayılmıştır. Türk hukukunda Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ve birçok Avrupa ülkesinin aksine⁴⁴ kişisel verilerin korunması ayrı bir fıkra ile anayasada yerini almıştır⁴⁵. Buna göre:

"AY m. 20/3: (Ek fıkra: 7/5/2010-5982/2 md.) 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."

⁴⁰ Bu hüküm kişisel verilerin korunmasını talep imkânını, anayasal güvenceye almışsa da madde kapsamında doğuran özel hukuk bağlamında hakkın nitelendirilmesine yönelik bir tercih yer almaz.

⁴¹ Bu çerçevede kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinden ayrı bir kişilik değeridir. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm/II. Ve III.

⁴² AİHS'nin aksine, CFR (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*), özel hayatın gizliliği hakkının dışında (CFR, art 7/1) kişisel verilerin korunmasına ilişkin özel hüküm içermektedir (CFR, art 8/1).

⁴³ AİHM kişisel verilerin korunmasına hukuki dayanak olarak özel hayatın gizliliği hakkını düzenleyen AİHS m. 8'e işaret etmektedir. Benzer bir yaklaşımın (*kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükmünde burada yer aldığına dikkat çekilerek*) Türk hukukunda da geliştirilebileceği yönünde bkz. **Küzeci**, Kişisel Verileri, s. 293. Nitekim KVKK m. 1'de: "...kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayatın gizliliği olmak üzere kişilerin temel hak ve özgürlüklerini korumak" amacı, düzenlemenin amaçları arasında sayılır.

⁴⁴ Avrupa ülkelerinin tamamında kişisel verilerin korunmasına ilişkin güncel mevzuat durumu için bkz. **Kama Işık**, s. 46 vd.

⁴⁵ Bu fıkra 2010 yılında Anayasa'ya eklenmişse de bu tarihten öncesinde bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı ve kişisel verilerin korunmasını Anayasal koruma altındadır. Bkz. **Küzeci**, s. 286.

Söz konusu hükümle ilgili dikkat çeken ilk husus AY m. 13 uyarınca atıf yapılan ve bir temel hakkın sınırlanması sebebi teşkil edecek özel sınırlama sebebine yer verilmemiş olmasıdır. Bu durum doktrinde temel hakkın sahibine (ilgili kişiye) daha geniş bir koruma tanınması ele alınmışsa da bu görüşe iştirak edebilmek mümkün değildir⁴⁶. Tam tersine hükümde hakkın sınırlanabilme sebepleri açıkça öngörülmeyp sınırlama sebebinin kanunla öngörülmesinin mümkün olması, hakkın kişiyi koruyucu etkisini zayıflatır⁴⁷. Böylece herhangi bir kanuni düzenlemeyle bir sınırlama sebebi engeline takılmaksızın hakkın sınırlanması mümkün kılınmış olmaktadır⁴⁸. Sınırlama sebepleri kanun düzeyinde serbestçe belirlenip, değiştirilebilecek yahut genişletilebilecektir. Bu da hakkın ölçsüz sınırlandırılmasına sebep olabilecektir⁴⁹. Bu kapsamda özel bir sınırlama sebebi öngörülmemiş bulunan haklar için hakkın sınırları⁵⁰ ve tabi olduğu sınırlama rejiminin ne olacağı tartışılmalıysa da sınırlamanın hakkın objektif içeriği ve kötüye kullanılması yasağını bertaraf için gerçekleştirilebileceği ifade edilmektedir⁵¹. Ayrıca temel hak ve hürriyetlere ilişkin her sınırlamanın AY m. 13 ile uyum içerisinde olması lüzumu da atlanmamalıdır⁵². Kişisel verilerin korunmasına yönelik AY m. 20/3'te sınırlama sebebi bulunmasa da bu hak AY m. 13 ile uyumlu olarak,

⁴⁶ “... Kişi hürriyeti ve güvenliğinden özel hayatın gizliliğine konut dokunulmazlığından haberleşmenin gizliliğine kadar birçok hakta özel sınırlama sebebi yer almaktadır. Anayasanın kişisel verileri düzenleyen hüküm de ise yalnızca kişisel verilerin ancak kanunda öngörülen hallerde veya kişinin açık rızası ile işlenebileceğini hüküm altına almıştır. Bu haliyle kişisel verilerin korunması hakkı ekstra üst düzey bir koruma altına alınmıştır.” (Kaya, s. 43).

⁴⁷ Aynı yönde bkz. Kama Işık, s. 213 vd.; Küzeci, s. 291.

⁴⁸ Temel hakka yapılan bir müdahale, üç aşamadan oluşan bir teste tabi tutulur. Söz konusu testin aşamaları: hukukilik/kanunilik ve meşru amaç ve müdahalenin ölçülü olup olmadığıdır. Bkz. Haydar Burak Gemalmaz, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Bası, İstanbul, 2017, s. 139 vd. Meşru amaç ancak ilgili hak için öngörülmüş bulunan sınırlama sebepleri olabilecektir.

⁴⁹ AY m. 13 uyarınca temel hak ve hürriyetler ilgili hakkın özüne dokunulmaksızın “yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir.” Bu yönüyle ilgili maddenin temel haklar için bir genel koruma normu olduğu ileri sürülmektedir. Zühtü Arslan, “Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa’nın 13. Maddesi Üzerine Düşünceler”, Anayasa Yargısı, Cilt 19, 2002, s. 141. AY m. 20/3 uyarınca da gündeme gelebilecek koruma normu da bu kapsamda AY m. 13 olacaktır.

⁵⁰ Özel sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların sınırlandırılmasına ilişkin esaslar için bkz. O. Korkut Kanadoğlu, Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul, Beta Basım Yayın A.Ş., 2004, s. 29 vd.; Refik Tiryaki, Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara Yetkin Yayınları, 2008, s. 126 vd.

⁵¹ Tiryaki, s. 133.

⁵² Bu kıstaslar, “sınırlamanın sınırı” olarak isimlendirilmektedir. Bkz. Arslan, s. 143.

hakkın özüne dokunulmaksızın, “*Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine*” aykırılık teşkil etmeyecek şekilde sınırlandırılabilir.

AY m. 20/3’ün temel amacı tüm veri koruma rejimlerinde olduğu gibi bilgisel gücün bir diğer ifadeyle veri işleme faaliyeti sonucu elde edilen üstünlüğün dengeye kavuşturulmasıdır⁵³. Bu kapsamda maddeyle ilgili dikkat çekilmesi gereken bir diğer noktaysa kişisel verilerin korunması hakkının kişinin kişisel verilerinin işlenmesine yahut işlenmemesine karar verme yetkisini de içermesidir. Bu yönüyle söz konusu hakkın iki boyutu vardır: bir anayasal savunma olarak kişisel verilerin işlenmesinin engellenmesi (*hakkın olumsuz içeriği*) ve hangi kişisel verilerin işleneceğine karar verip bunları paylaşma yetkisi (*hakkın olumlu içeriği*)⁵⁴.

5. İfade Özgürlüğü (AY m. 25, 26)

Kişisel verileri koruma altına alan bir diğer temel hak ise AY m. 25 ve 26 uyarınca düzenlenmiş bulunan ifade özgürlüğüdür⁵⁵. Kişinin düşüncelerini serbestçe ifade etmesini yahut etmemesini güvence altına alan söz konusu temel hak, aynı zamanda hak sahibinin açıklamanın muhatabı ve içeriğiyle ilgili karar verebilmesini kapsar⁵⁶. Kişisel verilerin korunması adına da ifade hürriyetinin bu yönü hayati bir öneme sahiptir. Dijital dünyada kişinin her adımı bir iz bırakmaktadır. Bu izlerin bir araya getirilmesiyle oluşturulan profiller, kişilerin hareketlerinin öngörülebilir bir hal almasına sebep olduğu gibi kişilerin sonraki hareketlerinin yönlendirilmesini de kolaylaştırmaktadır⁵⁷.

⁵³ **Rouvroy, Poulet**, s. 69; **Alan F. Westin**, *Privacy and Freedom*, New York, Ateneum, 1967, p. 7.

⁵⁴ Bu sınıflandırma, bilgilerin geleceğini belirleme hakkı kapsamında Alman Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yapılmıştır. Bkz. BVerFG, Urt. v. 15.12.1983-1 BvR 209/83 (Volkszählungsurteil); **Hüseyin Can Aksoy**, “The Right to Personality and Its Different Manifestations As the Core of Personal Data”, *Ankara Law Review*, Vol. 5 No. 2, 2008, s. 241. Söz konusu yaklaşım Kıta Avrupası veri koruma hukukuna da hâkimdir. Nitekim GPDR-Dibace 7 uyarınca, gerçek kişilerin kendi verileri üzerinde hâkimiyetleri bulunmalıdır (“*Natural persons should have control of their own personal data.*”)

⁵⁵ Alman Federal Anayasa Mahkemesi de kişilik hakkının bir görünümü olarak kişinin kendisini ifade edebilme, temsil edebilmesine işaret etmiştir. Bkz. **Di Fabio**, GG Art. 2, Abs. 1, N. 166.

⁵⁶ **Kama Işık**, s. 225; **Küzeci**, s. 297.

⁵⁷ Mahremiyetin ve kişisel verilerin korunmasının sadece kişiyi değil toplumu da koruduğu yönünde bkz. **Priscilla M. Regan**, *Legislating Privacy, Technology, Social Values and Public Policy*, New York, 1995, s. 321; **Daniel J. Solove**, *The Digital person, Technology and privacy in an Information Age*, New York University Press, 2004, s. 57; **Paul M. Schwartz**,

B. Girişimcinin Temel Haklarının Korunması

1. Çalışma ve Sözleşme Hürriyeti (m. 48/1)

AY m. 48/1 çalışma ve sözleşme serbestisini düzenlemektedir. Buna göre: “Herkes, dilediği alanda çalışma ve sözleşme hürriyetlerine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir” (AY m. 48/1). Bu maddeyle esasında birbirine yakın nitelikte üç ayrı özgürlük düzenlenmiştir: çalışma özgürlüğü, teşebbüs özgürlüğü ve sözleşme özgürlüğü⁵⁸. Avrupa Komisyonu bünyesinde faaliyet gösteren Venedik Komisyonu tarafından hazırlanan raporda, ekonomik özgürlükler: (1) mülkiyet hakkı, (2) sanayi ve ticaret özgürlüğü, (3) sözleşme özgürlüğü⁵⁹ olarak öngörülmüştür⁶⁰.

a. Sözleşme Özgürlüğü

Girişimci faaliyetlerini, AY m. 48 hükmü ile güvence altına alındığı kabul edilen sözleşme özgürlüğü kapsamında gerçekleştirmektedir⁶¹. Sözleşme özgürlüğü, bir sözleşme ilişkisinin kurulması yahut kurulmaması da dahil olmak üzere tarafların ulaşmak istediği hukuki sonucu elde edebilmek adına irade beyanının şeklini, içeriğini, muhatabını serbestçe belirleyebilmesidir⁶². Sözleşme özgürlüğü, hukukun

“Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy control, and Fair Information Practice”, Wisconsin Law Review, 2000, s. 787.

⁵⁸ **Ahmet Battal**, “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I-11 Mayıs 2001, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 48; Ekonomik özgürlükler olarak isimlendirilen çalışma, sözleşme ve özel teşebbüs kurma özgürlüğünün haklar sınıflandırmasındaki yeri, içerik ve kapsam sorunuyla ilgili bkz. **Tiryaki**, s. 39 vd. Sözleşme özgürlüğünün mülkiyet hakkının ayrılmaz bir parçası olduğu yönündeki görüşlerin tamamı için bkz. **Tiryaki**, s. 122 vd.

⁵⁹ **Michel Herbiet**, “The constitutional basis of the economic order during a period of transition from a planned economy to a market economy” Report of the European Commission for Democracy through Law-Constitutional Aspects Of The Transition to a Market Economy, 1994, çevrimiçi, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1994\)008-e -08.10.2021](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1994)008-e -08.10.2021).

⁶⁰ Çalışmanın kapsamı dikkate alınarak sadece sözleşme özgürlüğüne dair değerlendirmelere yer verilmiştir.

⁶¹ Sözleşme özgürlüğünün özel hukuk düzeninin temelinde yer aldığı yönünde bkz. **Turgut Tan**, Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara, Todaie Yayınları, Yayın No: 210, 1984, s. 133.

⁶² **Necip Kocayusufpaşaoğlu**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017, § 40, N. 1-2; **Halûk**

güncel gelişmelere açık olmasını temin ettiği gibi taraf iradesinin önemini vurgular⁶³. Sözleşme özgürlüğü, hukuk düzeninde eşit düzeyde kabul edilen tarafların, birbiriyle anlaşarak arzu ettikleri hukuki sonuca ulaşmalarını sağlar⁶⁴. Böylece irade sahibi kişilerin eşitliği ilkesi, hukuki ilişkilerde hayata geçirilmiş olur⁶⁵. Veri karşılığı gerçekleştirilen sözleşmelerin de bu bağlamda değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu tür bir sözleşmenin kurulmuş olması her iki tarafı bakımından da anayasal bir hakkın kullanımınıdır⁶⁶.

b. Özel Girişim Özgürlüğü

AY m. 48 uyarınca teşebbüs özgürlüğü, her kişinin (*gerçek yahut tüzel*) dilediği alanda özel teşebbüsler kurarak bu teşebbüsle iktisadi faaliyette bulunabileceğini ifade etmektedir⁶⁷. Hakkın muhatabı devlet karşısında doğrudan bir kişi olarak müteşebbistir⁶⁸. Bu durum veriye dayalı iş modeli kurmuş bulunan özel hukuk gerçek ve tüzel kişilerinin, bu faaliyetlerini anayasal bir hakkın koruması altında yürütme imkânına sahip olduklarına işaret etmektedir⁶⁹. Dolayısıyla veri temelli bir iş modeli geliştirilmesi de kişisel verilerin korunması gibi anayasal himaye görür. Temel hak ve özgürlüklerin sınırlandırılmasına ilişkin ilkeler, AY m. 48'in

N. Nomer, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2021, N. 50.

⁶³ Hakkın kapsamının sadece sözleşme olarak tanımlanan hukuki ilişkilerle sınırlı olmadığı ve tek taraflı işlemler de dahil olmak üzere tüm hukuki işlem türlerini kapsamına aldığı yönünde bkz. **Battal**, s. 49.

⁶⁴ Bu sebeple sözleşme özgürlüğünün devlet için negatif bir yükümlülük teşkil ettiği yönünde bkz. **Tiryaki**, s. 134.

⁶⁵ **Tiryaki**, s. 135. Bu eşitliğin fiilen gerçekleşmesinin mümkün olmadığı hukuki ilişkilere hukuk kuralları yoluyla müdahale edilmesinin de sözleşme özgürlüğünün amacına hizmet etmektedir. Bu yönde bkz. **Arzu Küçükyağcı**, "Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması", **AÜHFD**, Cilt 53, S. 4, Yıl: 2004, s. 108. Bu sebeple hakkın pozitif yükümlülük yükleyen bir yönü olduğu savunulabilir.

⁶⁶ AY m. 48 kapsamında yer alan sözleşme özgürlüğü için de bir özel sınırlama sebebi getirilmemiştir. Bu hakkın nasıl sınırlandırılacağı hakkında bkz. **Tiryaki**, s. 126 vd.; Özel sınırlama sebebi öngörülmemiş hakların sınırlandırılması hakkında ayrıca bkz. I./A./4.

Tiryaki, s. 163.

⁶⁸ **Battal**, s. 48; **Tiryaki**, s. 166. Kamu hukuku sükelerinin (kamu girişimlerinin) bu kapsamda yer almadığı yönünde bkz. **Tiryaki**, s. 166.

⁶⁹ Ayrıca bkz. CFR art. 15, 16 ve 17. Söz konusu özgürlükle ilgili olarak kanunların bir kişinin iş yapmasına nasıl izin verdiğine bağlı olarak hüküm ifade edeceğinin atlanmaması gerektiği hakkında bkz. **Eduardo Gill-Pedro**, "Freedom to conduct business in EU law: Freedom from interference or freedom from domination?" *European Journal of Legal Studies* Vol. 9, No. 2, Y. 2017, s. 119, çevrimiçi, https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/46070/EJLS_2017_Gill.pdf?sequence=1&isAllowed=y -02.07.2021.

kapsamına dahil olduğu kabul edilen teşebbüs hürriyeti bakımından da geçerli olacaktır⁷⁰. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin sınırlama, Anayasa madde 13 gereği ancak kanunla ve ölçülülük ilkesine riayet edilerek gerçekleştirilebilir⁷¹.

(Kişisel) veriye sadece “sahip olunması” önemli değildir; (kişisel) veriden anlamlı bir çıktı elde edilmesi halinde bu (kişisel) veri değere dönüşecektir⁷². Veriye dayalı iş modellerinde (kişisel) veriden bir çıktı elde edilmesine dayanır ki bu çıktı esasında girişimcinin bir temel hakkına dayanarak yürüttüğü faaliyetin sonucu elde edilecektir. Bunun bir sonucu olarak kişisel verilerin korunmasına yönelik gerçekleştirilecek her türlü hukukî düzenleme, aynı zamanda girişimcinin anayasal bir hakkının sınırlandırılması anlamına geleceği için sadece ilgili kişinin menfaatleri esas alınarak değil girişimci ile ilgili kişinin menfaatleri ve anayasal hakları arasında bir denge gözetilerek yapılmak durumundadır⁷³. Girişimcinin gerçek yahut tüzel kişi olabileceğine de dikkat çekilmelidir. Tüzel kişiler de yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler (TMK m. 48)⁷⁴.

2. Kişinin Maddi ve Manevi Varlığını Geliştirme Hakkı (AY m. 5, 17)

Anayasa’nın “Başlangıç” hükümlerinde her Türk vatandaşının “*hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddi ve manevi varlığını bu yönde geliştirme hak ve yetkisine doğuştan sahip olduğu*” hüküm altına alınmıştır. Bunun yanında AY

⁷⁰ Sözleşme özgürlüğünden farklı olarak AY m. 48/2 uyarınca teşebbüs özgürlüğü için özel sınırlama sebepleri öngörülmüştür. Buna göre: “Devlet, özel teşebbüslerin milli ekonominin gereklerine ve sosyal amaçlara uygun yürümesini, güvenlik ve kararlılık içinde çalışmasını sağlayacak tedbirleri alır.”

⁷¹ ABAD’ın *Google Spain* kararında örtülü de olsa girişimcinin girişim hürriyetinin de korunması gerektiği yönünde ele alınabileceği yönünde bkz. **Eyüp Kun**, “Inherent Role of the Freedom to Conduct a Business under GDPR: The Tailored Liability of Search Engines”, 18.08.2020, çevrimiçi, SSRN-18.12.2021.

⁷² **John D. Kelleher, Brendan Tierney**, Veri Bilimi, çev. Onur Öztürk, İstanbul Can Sanat Yayınları A.Ş., 2019, s. 19 vd.

⁷³ GDPR-Dibace 4 uyarınca kişisel verilerin korunmasının mutlak bir hak olmadığına ve korumanın işlevi ve diğer haklarla ilişkisinin göz önünde bulundurulması gerektiğine dikkat çekilmiştir.

⁷⁴ **Zafer Gören**, “Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi-Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I-11 Mayıs 2001, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, s. 37. Alman Anayasası’nda tüzel kişilerin hak sahipliği ayrı bir madde olarak düzenlenmiştir. Bkz. GG. Art. 19. Türk hukuku bakımından ise 6216 sayılı Kanun m. 46/2: “Özel hukuk tüzel kişileri sadece tüzel kişiliğe ait haklarının ihlal edildiği gerekçesiyle bireysel başvuruda” bulunabileceği hükmünü içermektedir.

m. 5 bir pozitif yükümlülük olarak devletin amaç ve görevleri arasında: “*insanın maddi ve manevi varlığının gelişmesi için gerekli şartları hazırlamaya*” çalışmaya da yer vermiştir. İlgili kişinin anayasal koruması başlığı altında da dikkat çekildiği üzere AY m. 17/1 uyarınca da kişinin maddi ve manevi varlığının korunması ve geliştirilmesi hakkı hüküm altına alınmıştır. Veriye dayalı iş modeli sahibinin bu faaliyeti de maddi varlığının geliştirilmesi kapsamında yürütülen bir faaliyet olarak AY m. 17/1’in koruması kapsamında yer alan bir faaliyet niteliği taşımaktadır. Ayrıca vurgulanmalıdır ki AY m. 17/1, diğer bütün temel hakların özünü ve amacını oluşturur. Bütün temel hak ve hürriyetlerin esasında kişinin maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirebilmelerini sağlamak üzere tanındığını ifade etmek yanlış olmayacaktır⁷⁵. Bu hukukî durumun bir sonucu ve gereği olarak ilgili kişiyle girişimci arasındaki menfaat dengesi gözetilirken her iki menfaat grubunun aynı hakkın farklı yönleri kapsamında korunduğu ve biri için gerçekleştirilecek sınırlamanın, aynı hakkın içeriğini tayinde doğrudan etkili olacağına dikkat etmek gerekir⁷⁶. İnsanın kişilik yapısı gereği başkalarıyla etkileşime ihtiyaç duyan doğası göz önünde bulundurulmalı ve toplumu oluşturan tüm paydaşların çıkarları birbirine karşı dengelenmeli ve bu dengenin herkesi etkileyeceği atlanmamalıdır⁷⁷.

II. İlgili Kişinin Hakkına Yönelik Tasarrufları ve Devletin Pozitif Yükümlülükleri

A. İlgili Kişinin Anayasal Haklarını Kullanması

Veriye dayalı iş modelleri, kişinin anayasal düzeyde koruma altında olan haklarıyla doğrudan ilişkilidir. Kişisel verilerini veriye dayalı bir iş modelinde kullanma iradesi gösteren kişi AY m. 17 ve 20/3 uyarınca güvence altına alınan

⁷⁵ **Mehmet Akad**, Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1984, s. 168.

⁷⁶ Veriye dayalı iş modeli sahibinin bir ekonomik menfaati söz konusudur. Her ne kadar AY m. 35 (GG Art. 14), medeni hukuktaki teknik ve dar anlamından daha geniş olarak tüm mevcut malvarlığı değerleri ve ekonomik getirisi olacak hukuki pozisyonları kapsamına alsa da mevcut malvarlığına yapılan müdahalelere karşı güvence sağlamaktadır. **Gemalmaz**, s. 124. Bu sebeple söz konusu hak bir hak, bir şirketin faaliyetini ve bunu mümkün kılan piyasa koşullarını koruyamayacağından veriye dayalı iş modeli sahibinin mülkiyet hakkı kapsamında anayasal bir güvenceden istifade edemeyeceğine dikkat çekilmelidir. Bkz. **Leinemann**, s. 50.

⁷⁷ **Rouvroy, Poulet**, s. 56

anayasal bir hakkını kullanmış olur. Ancak bu kişi, bu hakkın kullanılması kapsamında kişisel verileri üzerinde sahip olduğu imkânlardan tamamen vazgeçemez. Bir diğer ifadeyle kişi, anayasa hukuku anlamında koruma altına alınmış hiçbir hakkından dolayısıyla özel hayatın gizliliği, ifade hürriyeti, bilgilerinin geleceğini belirleme hakkından tamamen feragat edemez⁷⁸. Elbette bu noktada temel hakların kullanılmasıyla bu haklardan feragat edilmesi birbirine karıştırılmamalıdır⁷⁹.

Alman Federal Anayasa Mahkemesinin nüfus sayımı kararında kişisel verilerin açıklanması, temel hakkın kullanılması olarak nitelendirilmiştir⁸⁰. Bu yaklaşımın bir gereği olarak ilgili kişinin bir veriye dayalı iş modelinden istifade etmesi (ör. sosyal medya hesabı kullanılması) de bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının kullanılması kapsamında değerlendirilebilecektir⁸¹. Kişi bir yandan hakkını kullanırken diğer yandan bu hakkın varlığının tehlikeye düşmesi de söz konusu olabilecektir ki devletin temel hakları koruma yükümlülüğü de bu noktada ortaya çıkacaktır⁸².

B. İlgili Kişinin Korunmasında Devletin Rolü

Alman Federal Anayasa Mahkemesi, *Lüth* kararında temel hakların, tüm hukuk sistemiyle ilişkili objektif bir değerler sistemi olduğunu beyan etmiştir⁸³. Temel hak ve hürriyetlerin korunmasını temin etmek adına devletin pozitif yükümlülükleri olduğu ve bunun sadece bireyle devlet arasındaki ilişkilerde, hakları korumaya yönelik hukuki çerçeveyi belirlemek diğer bir ifadeyle bir koruma rejimi öngörmekle sınırlı olmadığı kabul edilmektedir⁸⁴. Nitekim bilgilerinin geleceğini

⁷⁸ **Di Fabio**, Art. 2, Abs. 1, N. 229.

⁷⁹ Aksine, temel haklardan feragat, temel hakların kullanılmasının bir alt kümesi olarak da ele alınmaya elverişlidir. bkz. **Herbert Bethge**, Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland/Handbuch des Staatsrechts, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, eds. Josef Isensee, Paul Kirchhof, Herbert Bethge, 3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2011, § 203, N. 6.

⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983, BvR 209/83, NJW 1984, 419.

⁸¹ **Leinemann**, s. 43.

⁸² **Leinemann**, s. 52.

⁸³ Lüth, N. 20.

⁸⁴ BVerfG, Urt. v. 01.12.2009- u.a.1. BvR 2857/07, BVerfGE, 125, 39, 78 f., NVwZ 2010, 572, çevrimiçi, BECK-ONLINE-31.07.2021. Pozitif yükümlülükler kavramının hakkın kavramının daralmasına sebep olduğu yönünde bkz. **Catriona McKinnan**, “Rights: their basis and limits”, Political Concepts, eds. Andrew Mason, Richard Bellamy, Manchester,

belirleme hakkı da devlet eliyle gerçekleştirilen bir kişisel veri toplama faaliyeti kapsamında gündeme gelmiş bir haktır. Ancak bir temel hakkın içeriği itibarıyla sadece devlet tarafından hakkın gereklerine uymasını temin etmek üzere devlete karşı bir savunma imkânı olarak değerlendirilmesi, hakkın anlamını yitirmesine yol açacaktır⁸⁵. Bu sebeple hakkın korunması adına devletin yükümlülüğünün üçüncü kişilerin (*özel hukuk ilişkileri*) de hakkın gereklerine uygun davranmasını temin etmek olduğu kabul edilmektedir⁸⁶.

Bu kapsamda Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin, *X and Y v. Netherlands*⁸⁷ kararına temas edilmesi gerekmektedir. Söz konusu kararda Mahkeme, AİHS m. 8 kapsamında hakkın gereklerine uygunluğu sağlamak bakımından devletin yükümlülüğünün, sadece kendi işlem ve eylemleri ile sınırlı olarak ele alınamayacağını altını çizmiştir⁸⁸. Devletin ayrıca özel hukuk kişilerinin de bu hakkın gereklerine uygun davranmasını teminle yükümlü olduğunu vurgulamıştır⁸⁹.

C. İlgili Kişinin Kendi Hakkını “Sınırlama İmkânı”

Devletin ilgili kişiyi hem kendi tasarrufları hem de üçüncü kişilerin işlem ve eylemlerine karşı koruma yükümlülüğü altında olduğu kabul edilmektedir. Gelineen noktada devletin, aynı zamanda hak sahibini kendi tasarruflarına karşı da koruma

Manchester University Press, 2003, s. 18-19. Hakkın kapsamının devletin pozitif edim yükümlülükleri esas alınarak tayin edilemeyeceği ve bu sebeple pozitif yükümlülüklerin hakkın içerisine etkisi olmayacağı yönünde bkz. **Tiryaki**, s. 44.

⁸⁵ **Udo Di Fabio**, Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen: Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz, München, C.H. Beck, 2016, s. 25; **Hans-Jürgen Papier**, “Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft”, NJW, 2017, s. 3030, çevrimiçi, BECK-ONLINE- 31.07.2021.

⁸⁶ **Rouvroy, Poulet**, s. 55; **Papier**, s. 3030; **Kama Işık**, s. 362. Ayrıca henüz bu hususu tüm yönleriyle değerlendiren bir mahkeme kararı olmasa da özel hukuk kişilerinin hakkın gereklerine aykırı davranmasını önleyecek hukuki düzenlemelerin yapılmamasının bizatihi devletin sorumluluğuna gidilmesi adına yeterli olacağı ifade edilir. Bkz. **Kama Işık**, s. 362. Devletin hukuk düzenini temel hak ve hürriyetleri korumaya elverişli hukuki bir çerçeve oluşturma yükümlülüğünün kapsamını inceleyen Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararı örneği için bkz. BVerfG, Urteil vom 01.12.2009- 1 BvR 2857/07 u.a., NVwZ 2010, 570-580, çevrimiçi, BECK-ONLINE-02.07.2021. Bu kapsamda kararda: (1) devletin çatışan çıkarlar arasında bir denge gözeten bir düzen öngörme (yasalaştırma); (2) ilgili düzenin hakkın korunması için etkili ve uygun olması, (3) öngörülen soyut koruma düzeninin fiilen bu korumayı temin etmesi halinde temel hakları koruyucu bir sistemin söz konusu olduğu ifade edilmiştir. Bkz. NVwZ 2010, 572.

⁸⁷ Application No: 8978/80, 26.03.1985, çevrimiçi, <https://hudoc.echr.coe.int> -31.07.2021.

⁸⁸ *X and Y v. Netherlands*, Application No: 8978/80, 26.03.1985, N. 23.

⁸⁹ *X and Y v. Netherlands*, Application No: 8978/80, 26.03.1985, N. 23.

yükümlülüğünün söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir⁹⁰. Somut bir durumda kişisel verilerle ilgili kararları verme, karar sonucu muhtemel yarar ve zararları dikkate alarak ve kişisel bir bakış açısıyla değerlendirme yetkisi mutlak suretle hak sahibine aittir⁹¹. Bu husustaki değerlendirme, bir diğer ifadeyle dışa vurma yahut açıklamama kararı her hak sahibi tarafından farklı ve öznel ve bu da işin niteliğine uygun düşmektedir⁹². Bu çerçevede de devletin sorumluluğuna dair değerlendirmenin de nesnel değil; öznel kıstaslar kullanılarak yapılması doğru olan yaklaşım tarzıdır. Hak sahibinin tasarruflarını da kapsamına alan mutlak koruma, kişinin sosyal yönüyle de bağdaşmaz. Zira kişi sosyalleşmek, iletişim kurmak suretiyle diğer kişilerle etkileşim içerisinde kalarak gelişir⁹³.

İlgili kişinin kişisel verisini açıklaması, bilgilerinin geleceğini belirleme hakkını kullanmasıdır. Bununla birlikte girişimciler tarafından yürütülen veri işleme süreçleri bu hakka yönelik tehlikeler barındırmaktadır. Bu sebeple ilgili hakkın, devlete yüklediği pozitif yükümlülükler önem kazanmaktadır⁹⁴. Devletin insan

⁹⁰ *Von Münch*, devletin (yasama, yürütme ve yargı olmak üzere tüm azalarıyla), temel hak sahibini kendi iradesine karşı koruyup korumayacağı sorusuna cevaben, hakkın kendisine karşı da korunması (*Grundrechtsschutz gegen sich selbst*) kavramını icap etmiştir. Bu kavram, kişinin yaşamına veya fiziksel bütünlüğüne yönelik tasarruflarına dair tartışma kapsamında geliştirilmiştir. Bkz. **Ingo von Münch**, “Grundrechtsschutz gegen sich selbst?”, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Hamburg, Mohn Siebeck, 1977, s. 124.

⁹¹ **Hans Peter Bull**, “Persönlichkeitsschutz im Internet: Reformeifer mit neuen Ansätzen”, NVwZ 2011, s. 258; **Barbara Sandfuchs**, Privatheit wider Willen?-Verhinderung Informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015, s. 128.

⁹² Kişinin verilerine yönelik farklı kararlar verebilme eğilimde olduğu ve bu sebeple verilerini koruma imkânının mülkiyet hakkı esas alınarak izah edilmesinin uygun olacağı yönünde bkz. **Pamela Samuelson**, “Privacy as Intellectual Property”, Stanford Law Review, 52/5, 2000, s. 1132.

⁹³ BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 (Volkszahlungsurteil), s. 422; **Julia Stinner**, “Informationelle Selbstbestimmung und Grenzen rechtlicher Regulierung”, Zukunft der informationellen Selbstbestimmung, Herausgegeben von der Stiftung Datenschutz, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2016, s. 154.

⁹⁴ Temel hak ve hürriyetlerin korunması rejimi kapsamında devletlerin insan haklarıyla ilgili olarak üç ana ödevi söz konusudur. Buna göre devlet temel hak ve hürriyetlere: (1) saygı göstermek, (2) temel hak ve hürriyetleri korumak ve (3) temel hak ve hürriyetlerin gereklerini yerine getirmekle mükelleftir. Bkz. **Jean-François Akandji Kombe**, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Belçika, Avrupa Konseyi Yayınları, 2008, s. 5, çevrimiçi, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811pozitif_yukumluluk.pdf - 31.07.2021. Devletin pozitif yükümlülüğü gereğini yerine getirmek olarak ifadesini bulmuştur. Bu kapsamda devlet hakkın tam manasıyla etkin kılınması amacıyla özel pozitif tedbirler almalıdır. Bkz. **Ida Elisabeth Koch**, “The Justiciability of Indivisible Rights”,

onurunu ve dolayısıyla ilgili kişinin kişisel verileri üzerindeki temel hakkını korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünün kapsamı hak sahibinin kendi iradesiyle hareket etmesini garanti eden önlemleri almasıyla sınırlıdır⁹⁵. Bu yönüyle devletin yükümlülüğü, yasama organının gerçekleştireceği düzenlemelerde kendisini gösterecektir. Devlet bu kapsamda üçüncü kişilerin müdahalelerine karşı ilgili kişinin hakkını gereği gibi kullanmasını temin edecek önlemler almak durumundadır ki bu yükümlülük de yasama organı tarafından yerine getirilecektir. Bu nedenle tartışma devletin, kişisel veriyi bir karşı edim (ifa nesnesi-ifanın konusu)

olarak düzenlemenin devletin hakkı koruması görevine bir hanel getirip getirmediği sorusu üzerinde yoğunlaşmaktadır. Bu tartışma uyarınca cevaplanması gereken soru kişisel verilerin sözleşme ilişkilerinde edim olarak yer alabilmesi, hak sahibinin (ilgili kişinin) kendi iradesiyle hareket etmesini garanti eden önlemleri bertaraf edip etmediği yahut tersine bu tür bir düzenlemenin söz konusu önlemlere katkı sunup sunmadığıdır⁹⁶.

Veriye dayalı iş modeli kapsamında ilgili kişiyle girişimci arasında kurulacak ilişki bir özel hukuk ilişkisi olacaktır. Bu durumda ilgili kişinin anayasa ile güvence altında alınmış temel hak ve hürriyetlerinin söz konusu hukukî ilişkiye etkisinin de değerlendirilmesi gerekir. Özel hukukun öngördüğü eşitlik düzeninde özel hukuk ilişkilerinde kişilerin temel haklarına dayanıp dayanamayacağı ve dayanabilecekse dahi ne ölçüde dayanabileceği sorusu, temel hakların yatay etkisi olarak adlandırılan hukukî kavram kapsamında tartışılmaktadır⁹⁷.

Anayasada öngörülen temel haklara ilişkin kurallar objektif bir değerler düzeni oluşturur ve bu sebeple bu kurallar hukukun tüm alanlarına sirayet eder⁹⁸. Bu

Nordic Journal of International Law, Vol. 72, No. 1, 2003, s. 12, çevrimiçi, HeinOnline-31.07.2021.

⁹⁵ Bu korumadan kişisel verilerinin akıbetine dair bağımsız karar veremeyenler dahi yararlanmalıdır. Bkz. **Sandfuchts**, s. 135.

⁹⁶ **Leinemann**, s. 58.

⁹⁷ Temel hakların yatay etkisi ile kast edilen bir temel hakkın etkisinin temel hakkın sahibi özel hukuk kişilerini de kapsayacak bir etkiyi haiz olduğu iddiasıdır. Bkz. **Gören**, s. 4. Doğrudan uygulama ise yürürlükte olan bir hukuk kuralının ayrıca bir uygulama kuralına ihtiyaç duyulmaksızın somut olaya uygulanabilmesidir. Bkz. **Tekin Akıllıoğlu**, İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019, s. 86. Anayasa hükümlerinin soyut ve genel olmaları sebebiyle çoğunlukla uygulanabilmek için bir düzenlemeye ihtiyaç duyulduğu ve istisnaen doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu yönünde ayrıca bkz. **Akıllıoğlu**, s. 85-86.

⁹⁸ Lüth, N. 20.

etkinin ne tarzda gerçekleştirileceği uygulama ve norm düzeyinde farklı ele alınıyorsa da etkinin varlığı inkâr edilmemektedir⁹⁹. Bu sebeple veriye dayalı iş modeli sahibine karşı anayasal bir hakkın himayesinde yer alıyor olmak, ilgili kişi için koruma aracıdır. Elbette aynı zamanda veriye dayalı iş modeli sahibinin de bir anayasal hakkına dayandığı göz önüne alındığında hem ilgili kişinin hem de girişimcinin menfaatlerinin dengelenmesi ihtiyacı bir kez daha kendisini gösterecektir¹⁰⁰.

III. “Ticari” Bir Değer Olarak Kişilik Değerleri

Verinin bu yüzyılın “*petrolü*” olarak tanımlandığı¹⁰¹ günümüzde hukukun neredeyse her alanı da veri ile ilgili bir hale bürünmüştür. Günümüzde kişilerin “*ağa*

⁹⁹ Alman hukukunda özel hukuk kişileri arasındaki yatay ilişkilerde anayasa hükümleri doğrudan uygulama alanı bulamaz. Bu hükümler, özel hukuk ilişkilerine ancak özel hukukta yer alan belirli tipteki birtakım normlar vasıtasıyla uygulanan yahut boşluk hallerinde boşlukların doldurulması adına bir diğer ifadeyle dolaylı olarak etkili olan kurallardır. Bu kapsamda anayasa uyarınca korunması öngörülen değerler, adeta özel hukuk ilişkilerine gerek düzenlemelerin yorumlanması suretiyle gerekse boşlukların (*hüküm içi-kanun boşluğu*) doldurulması vesilesiyle “sızarlar”. Bkz. **Peter Krause**, “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht-Teil 1”, JZ 1984, s. 660, çevrimiçi, JSTOR-05.10.2021; Bu yaklaşıma atfen Türk hukukunda bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 40, N. 1-2; **Rona Serozan**, Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018, s. 142; Böylece temel hakların özel hukuk alanında da işlevi pekiştirilir. Nitekim Türk yargı sisteminde de dolaylı etkinin zımnen kabul edildiği ifade edilebilecektir. Bu yönde kararlar için bkz. **Gören**, s. 24-27. Ancak AY m. 11 ve 138 karşısında özel hukuk ilişkilerinde anayasa hükümlerinin doğrudan uygulanamayacağı ve etkisinin dolaylı etkiliyle sınırlı olduğunun savunulması güçtür. Bu durumda Anayasa’nın, anayasal haklara, anayasanın çizdiği sınırları aşan düzenlemeler bakımından doğrudan uygulanacağı da savunulabilecektir. Böylece ilgili hüküm yokmuş gibi davranılıp, ilgili hakkı düzenleyen anayasa maddesinin doğrudan uyumazlığa uygulanacaktır. Bu yönde bkz. **Gören**, s. 30-32. Yine kamu düzeni ve ahlaka uygunluk kavramları uyarınca sözleşme ilişkilerine “sızdığı” kabul edilen temel hakların TBK m. 20-25, 27’nin esasında Anayasa hükümlerinin “bağlayıcılığını kamu özneleri ile sınırlı” olmaktan çıkaran nitelikte olduğu ve yatay etkinin yorumla değil “açık pozitif dayanak” ile belirlenmiş olduğu da ifade edilmektedir. Bkz. **Akılhoğlu**, s. 102.

¹⁰⁰ Kişisel verilerin korunması esaslarının, veri üzerinde ilgili kişi tasarrufları ve dolayısıyla işleme faaliyetlerine yönelik engel teşkil etmediği yönünde bkz. **Alexander Bijok**, Kommerzialisierungsfester Datenschutz, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 313.

¹⁰¹ The Economist, May 2017; naklen: **Ben-Shahar**, s. 104. Verinin değil, “big data”nın bu yüzyılın petrolü olduğu yönünde bkz. **Maria Deutscher**, “IBM’s CEO Says Big Data is Like Oil, Enterprises Need Help Extracting the Value”, siliconANGLE, çevrimiçi, <https://siliconangle.com/2013/03/11/ibms-ceo-says-big-data-is-like-oil-enterprises-need-help-extracting-the-value/> -01.08.2021; EC, “Building a European Data Economy”, COM, 2017, 9 final 10.01.2017, s. 2, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-09.10.2021>.

bağımlı” hale gelmiş olması bir vakiadır¹⁰². Bunun bir sonucu da toplumun ekonomisinin veri temelli ekonomi modeline dönüşmesidir¹⁰³. Sözleşmeler hukuku da bu durumdan kendi payına düşeni almış görünmektedir. Özellikle dijital içerik ve dijital hizmetlerin sağlanmasına yönelik sözleşmeler, kişisel verilerin korunması esasları sözleşme hukuku alanında yeni sorunlar doğurmuştur¹⁰⁴. Öncelikle çevrimiçi içerik ve dijital hizmetler birçok sektörde etki alanı hızla genişleyen yeni ürünler ortaya çıkmıştır. Hatta öyle ki 2018 yılında dünyada ilk defa çevrimiçi video hizmetlerine abone olanların oranı, kablolu aboneliklerin oranını geçmiştir¹⁰⁵.

Ticari hayattaki ve tüketim alışkanlıklarındaki söz konusu gelişim ve değişim bir başka görünür eğilimle de yan yana ilerlemektedir ki bu da kişisel veriler de dahil tüm verilerin ekonomik bir değere dönüşmesidir. Bu durum tüketici işlemlerinde, dijital-çevrimiçi ürün artık yalnızca para karşılığı değil, aynı zamanda verilere erişim imkânı karşılığında da temini olgusunu gündeme getirmiştir¹⁰⁶. Buna göre bir dijital platformu kullanmak isteyen kişiler bunun karşılığında bir defaya mahsus bir ücret, düzenli abonelik ücreti ya da farkında olsunlar yahut olmasınlar¹⁰⁷ bu ücretlere ek olarak veya sadece kişisel verilerini sağlamayı karşı tarafa vermeyi taahhüt etmektedir.

Kaspersky Labs tarafından Londra’da Eylül 2017’nin başında düzenlenen sergide bir sokak sanatçısının özel eserleri iki günlüğüne sergilenmiştir. “*The Data Dollar Store*” isimli sergide eserler sadece kişisel veri karşılığında satışa sunulmuştur. Bu sergiyle kişilerin günlük hayatta esasında kişisel veri karşılığında gerçekleştirdiği işlemlere dikkat çekilmek istenmiştir. *Kaspersky Labs* bu sergiyi, kişilerin, kişisel verileri karşılığında bir işlem yaptıklarının farkında oldukları

¹⁰² **Kaya**, s. 33. *Kaya* burada zikredilen “bağımlılığın” mutlaka olumsuz bir anlamı olmadığını da ifade eder. Buna göre: “*İnsan, modern toplumda ağı bağlı oldukça sosyal, kültürel ve maddi gelişimini sağlar.*” **A.e.**, s. 33.

¹⁰³ **Jose Maria, Cavanillas, Edward, Curry, Wolfgang, Wahlster**, *New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe*, Open-Access, Springer, 2016, s. 3.

¹⁰⁴ **Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer**, *Data as Counter-Performance—Contract Law 2.0?*, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 10.

¹⁰⁵ **Lohsse, Schulze, Staudenmayer**, s. 10.

¹⁰⁶ **Lohsse, Schulze, Staudenmayer**, s. 10.

¹⁰⁷ Yapılan çalışmalar tüketicilerin kişisel verilerinin maddi değer olduğu ve çevrimiçi ürünlerden “*ücretsiz*” olarak istifade etmediklerinin bilakis verileriyle ödeme yaptıklarının farkında olduklarını göstermektedir. Bkz. **Lohsse, Schulze, Staudenmayer**, s. 11 vd.

ihhtimalde nasıl davranacaklarını tespit amacıyla açmıştır. Bu kapsamda bir kişinin cep telefonunun fotoğraf galerisinde yer alan üç fotoğrafı veya *WhatsApp* görüşmelerden herhangi üç tanesinin ekran görüntüsünü bir kupayı satın almak için ödeme aracı olarak kullanmaya razı olup olmadığı araştırılmak istenmiştir. Böylece kişisel verilerin kişi için değerine dikkat çekilmesi hedeflenmiştir¹⁰⁸. Keza *Rhode Island*'daki *Shiru Coffee*, Brown Üniversitesi öğrencilere kişisel verileri (*isim, bölüm, doğum tarihi, telefon numarası, ilgili alanları, cinsiyetleri, öğrenci numaraları vb.*) ile içecek alma imkânı tanımaktadır¹⁰⁹.

Örnek düzeyinde korkutucu görünse de yapılan araştırmalar kişilerin kişisel veri güvenliği konusunda ilk görünüşteki hassasiyetlerinden farklı davranma eğiliminde olduğunu göstermiştir. Kişilerin çok küçük menfaatler (*1 pizza hediyesi, %10 indirim vb.*) karşılığında kişisel verilerini paylaşmaya hazır olduğu ortaya çıkmıştır¹¹⁰. “Mahremiyet Paradoksu (*Privacy Paradox*)” olarak ifade edilen söz konusu durum karşısında özellikle internet üzerinden gerçekleştirilen hukuki işlemlerde kanun koyucuların nasıl bir tutum sergilemesi gerektiği de tartışmaya açılmıştır¹¹¹.

İş dünyasını şekillendiren birçok iş modeli, kişisel verilerin işlenmesine dayanmaktadır. Belirli bir hizmetin kullanımı için bir miktar para ödenmesini gerektirmeyen veriye dayalı iş modelinin yasal olarak tabi olacağı sınır ve esasların ne olduğu tespit edilmelidir. Bunun için öncelikle kişisel veriler üzerinde ticari bir değer olarak tasarruflarda bulunmanın mümkün olup olmadığı ve mümkünse hangi şartlar altında mümkün olduğu sorularının cevaplanması gerekmektedir¹¹². Kişisel veriler üzerinde hak sahibinin imkânlarıysa doğrudan kişisel verinin hukuki

¹⁰⁸ Çevrimiçi, <https://www.kaspersky.de/blog/data-dollar-store/14921/>, 05.10.2021.

¹⁰⁹ **Charlotte Empey**, Is sharing personal data for free java worth the risk?, Blog-Avast, 11.11.2018, çevrimiçi, <https://blog.avast.com/shiru-cafe-offers-free-coffee-for-personal-data-10.10.2021>. Projeye yönelik geri dönüşler incelendiğinde öğrencilerin verileri karşılığında kahve içiyor olmaktan mutlu oldukları ve milyonlarca şirkete verilerini karşılıksız olarak veriyorken karşılığını aldıkları şeffaf bir hizmet alıyor olmaktan mutlu olduklarını ifade ettikleri tespit edilmiştir.

¹¹⁰ Kişilerin çok küçük menfaatler karşılığında verilerinin işlenmesine rıza göstermeye hazır olduğu yönünde çarpıcı örnekle için ayrıca bkz. **Hacker**, IP, s. 51.

¹¹¹ **Susan Athey, Christian Catalini, Catherine E. Tucker**, “The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk”, çevrimiçi, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2916489 -23.12.2021.

¹¹² **Leinemann**, s. 59; **Küzeci**, Kişisel Veriler, s. 67.

niteliğiyle ilgilidir. Bu sebeple öncelikle kişisel verinin hukuki niteliğine dair bir tercihte bulunulmalıdır. Akabinde söz konusu hukukî nitelendirmeye uygun olarak kişisel verilerin tabi olduğu koruma rejimi izah edilip; hak sahibinin özel hukuk ilişkilerinde sahip olduğu imkânlar ele alınmalıdır.

A. Kişisel Verinin Hukuki Niteliği ve Korunan Hukuki Değer

Kişisel veri, belirli yahut belirlenebilir nitelikteki bir kişiye ilişkin her türlü bilgidir¹¹³. Kişisel verilerin korunması ile hangi menfaat/menfaatlerin korunmak istendiği hala üzerinde düşünölmeye devam edilen bir hukuki sorundur. Kişisel verinin, her türlü hukuki işleme konu edilebilir nitelikte bir şey olarak mı yoksa kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak mı ele alınması gerektiği günümüzde de güncelliğini ve tüm hararetini koruyan bir tartışmadır. Bu tartışmaysa kişisel verilerin korunmasına yönelik “sosyal değer” merkezli yaklaşım ile “iktisadi” yaklaşım arasındaki görüşler ekseninde şekillenmektedir¹¹⁴.

1. Kişisel Verinin İktisadi Değerini Önceleyen Yaklaşım

a. Kişisel Verilerin Mülkiyet Rejimi Kapsamında Korunması

Mülkiyet hakkı yüzyıllardır cismani varlıklar üzerinde tesis edilmiştir. Bu kapsamda hak sahipliği cismani varlıklar üzerinde gündeme gelmiş ve bu varlıkların hukuki işleme konu edilmesi söz konusu olmuştur. Ancak zamanla maddi olmayan şeyler üzerinde hak sahipliği tesis edilme ihtiyacı ortaya çıkmış ve bu kapsamda örneğin fikri haklara ilişkin hukuki rejim oluşturulmuştur¹¹⁵. Maddi ve gayri maddi varlıkların koruma rejimlerinde nitelikleri gereği farklı esaslar tercih edilmiştir. Bu sebeptendir ki her ikisi de (*mülkiyet-fikri mülkiyet*) bir mutlak hak teşkil etmekle

¹¹³ KVKK m. 3/d; GDPR, Art. 4/1.

¹¹⁴ “Bu, aslında her iki kıtanın bilgi altyapısına bakış açısındaki farklılığın bir uzantısıdır. Gerçekten Avrupa’da “bilgi toplumu”ndan söz edilirken, ABD’de daha çok “bilgi ekonomisi”nin tartışıldığı görölmektedir.” bkz. **Küzeci**, s. 67; **Handbook on European data protection law 2018 edition**, European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018, s. 18, çevrimiçi, https://www.echr.coe.int/documents/handbook_data_protection_eng.pdf -01.08.2021; **J.E.J. (Corien) Prins**, “The Propertization of Personal Data And Identities”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Vol. 8.3, October 2004, s. 1, çevrimiçi, <http://www.ejcl.org/> -01.08.2021.

¹¹⁵ **Kirsten Johanna Schmidt**, *Datenschutz als Vermögensrecht-Datenschutzrecht als Instrument des Datenhandels*, Zürich, Springer, 2020, s. 14.

birlikte hakkın konusunun özellikleri sebebiyle farklı esaslar öngörülerek korumaya tabi tutulmuşlardır¹¹⁶.

Bir mutlak hak olması sebebiyle hak sahibine tanıdığı yetkilerin genişliği dikkate alınarak kişisel veriler de dahil olmak üzere veriler üzerindeki hak sahipliğinin de mülkiyet rejimi hükümleri uyarınca ele alınması gündeme gelmiştir. Bu sebeple kişisel verilerin mülkiyet rejimi uyarınca korunmasının mümkün olup olmadığı ve mevcut mülkiyet rejiminin verinin yahut kişisel verilerin özellikleriyle ne ölçüde bağdaştığı incelemeye tabi tutulmalıdır.

Kişisel verilerin iktisadi değerini esas alan görüşler, ilgili hakkın mülkiyet rejimi koruması kapsamına alınması gerektiği kanaatindedir. Bu kapsamda bir kişiye ait verilerin üzerinde ilgili kişinin mülkiyet hakkının bulunduğu, bu sebeple de diğer varlıkların maliklerinin sahip olduğuna benzer geniş bir denetim hakkını haiz olduğu kabul edilir. Veri koruma hukuku uyarınca kişiye verileri üzerinde bir “hakimiyet-sahiplik” bahşedildiği açıktır¹¹⁷. Bu sahiplik esaslarının mülkiyet rejimi uyarınca ele alınması önünde bir engel görülmemektedir. Böylece veri temelli iş modelleri karşısında hak sahibi geniş bir korumadan yararlanabileceği gibi hak sahibinin verileri üzerindeki tasarruf imkânı da genişlemiş olacaktır¹¹⁸.

¹¹⁶ **Schmidt**, s. 17.

¹¹⁷ **Bijok**, s. 379. Bu kapsamda kişisel veri üzerindeki hak sahipliğinin veriyi anlamlı kılan kişi olarak tayin edilmesi de önerilmiştir (“*Skripturakt*”). Böylece aktif olarak işlenmek üzere üçüncü kişilere temin edilen verilerde hak sahibi veri öznesi iken; pasif yöntemlerle elde edilen verileri anlamlı kılan veriyi işleyen/işlettiren (veri sorumlusu) olacağı için ilgili veriler üzerindeki hak sahipliği de bu kişilere ait olmalıdır. Bu görüş için bkz. **Herbert Zech**, *Information als Schutzgegenstand*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, s. 400 (“*Schutzgegenstand*”); Nitekim bu görüşe paralel olarak ABD mahkemeleri, verilerin şirketler tarafından toplandıktan sonra mülkiyet hakkının konusu olabileceğini kabul etmektedir. Bkz. *Nw. Airlines Privacy Litig.*, No. Civ. 04-126, 2004 WL 1278459, at *4, D. Minn. June 6, 2004, Bu görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. **Bijok**, s. 369-370.

¹¹⁸ **Kenneth C. Laudon**, “Markets and Privacy”, 39 Communications of the ACM 9, 1996, s. 103; **Jerry Kang**, “Informational Privacy in Cyberspace Transactions”, Stanford Law Review, Vol. 50, 1998, s. 1256; **Ann Bartow**, “Our Data, Ourselves: Privacy, Propertization, and Gender”, University of San Francisco Law Review, Summer 2000, s. 683 vd., s. 695, çevrimiçi, HeinOnline-01.08.2021; **Lawrence Lessig**, “Privacy as Property”, Social Research, 69/1, 2002, s. 247, çevrimiçi, JSTOR-01.08.2021.

i. Kıta Avrupası Mülkiyet Rejiminin Kişisel Verilerin Özelliklerine Uygunluğu

Kıta Avrupası hukuk sisteminde kişisel verilerin mülkiyet rejimine tabi olabilmesi için birtakım özellikleri barındırıyor olması gerekmektedir. Öncelikle hakkın içeriğinin belirli olması, kamuya açıklık (*alenilik*), hakka yönelik ihlallerin başta haksız fiil hukukuna dayanan tazminat talebiyle desteklenir olması ve nihayetinde hakkın devrinin ve mirasçılara intikalinin mümkün olması gerekmektedir¹¹⁹. Öncelikle kişisel niteliğindeki veriler, Kişisel Verilerin Koruması Kanunu uyarınca öngörülen koruma esaslarına tabidir. Bu nedenle hak konusunun belirli olabilmesi için kişisel verilerin diğer verilerden ayrılması gerekmektedir¹²⁰. Ancak verinin kişisel niteliğinin tespit edilmesi çoğu zaman zordur¹²¹.

Kişisel veriler üzerinde, eşyayla aynı esaslar uyarınca tasarruf edilebilmesi mümkün değildir¹²². Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile kişisel veri sahiplerine tanınan yetkiler ve bu yetkilerin kullanılmasının sonuçları, mülkiyet rejiminden

¹¹⁹ **Schmidt**, s. 19 vd. ve 27. Nitekim bu kıstaslar esas alınarak mutlak hak türleri sınıflandırılmaktadır. Bu kapsamda hakkın konusu esas alınarak aynı hak, fikri haklar ve kişilik hakkı ayrımı yapılırken; hakkın devir kabiliyeti esas alınarak devri mümkün olan mutlak haklar-devri mümkün olmayan mutlak haklar ve Alman hukuku ekseninde geliştirilmiş çerçeve haklar (*Abwägungsoffene Rechte*) bu sınıflandırmalardan biridir. Çerçeve hakların GG Art. 1 uyarınca öngörülmüş kişilik hakkı gibi, hakkın kapsamının ve koruma alanının belirsiz olduğu halleri ifade ettiği belirtilmektedir. Bkz. **Franz Hofmann**, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017, s. 177; **Zech**, *Schutzgegenstand*, 2012, s. 87. Bu tür haklar İsviçre ve Türk hukukunda doğrudan yer almasa da bu hakların benzerlerinin ilgili hukuk sistemlerinde hiç yer almadığını söylemek de eksik bir değerlendirme olacaktır. Örneğin ticari sırrın ne olduğunun belirlenmesi İsviçre Federal Mahkemesi tarafından bu hak kategorisine dahil bir hak olarak ele alınmasıyla çözüme kavuşturulmuştur. Yine kişilik hakkının da çerçeve bir hak olduğu savunulmaktadır. Bkz. **Alexander Peukert**, *Güterzuordnung als Rechtsprinzip*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, s. 195. Avrupa ülkelerinde mülkiyet hakkının özellikleri ve hakkın konusuna ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Andreas Boerding, Nicolai Culik, Christian Doepke, Thomas Hoeren, Tim Juelicher, Charlotte Roettgen, Max V. Schoenfeld**, “Data Ownership-A Property Rights Approach from a European Perspective” *Journal of Civil Law Studies*, Vol. 11, No: 2, Article 5, 2018, s. 339 vd.

¹²⁰ Kişisel veriler, en az bir belirli veya belirlenebilir kişiyle semantik bağı olan ve bir veri taşıyıcısında bulunan, söz-dizilimsel olarak sınırlandırılmış bilgi olarak da tanımlanabilir. Bkz. **Schmidt**, s. 31.

¹²¹ Kişisel veri kavramının kapsamına ilişkin bkz. **Bygrave, Tosoni**, Art 4 (1).

¹²² **Schmidt**, s. 31.

farklıdır¹²³. Mülkiyet rejimi birbiriyle yarışan haklar rejimi olarak da anılmaktadır¹²⁴. Bunun aksine bir verinin kullanımı ancak veri gizli olduğu sürece engellenebilir. Kopyalama veya yeniden üretme kolaylığı nedeniyle veriler kamuya açık hale getirildikten sonra, tıpkı diğer maddi olmayan şeyler bakımından söz konusu olduğu gibi veriden istifade edilmesinin önüne geçilmesi mümkün değildir. Ayrıca aşınmaya ve yıpranmaya maruz kalan maddi varlıkların aksine veriler eskimez. Veriye “sahip” olan kişi, veriyi münhasıran kullanma hakkını da haiz değildir. Bu nedenle “sahip olmak” yerine verilere erişimden bahsetmek daha uygun düşecektir¹²⁵.

Erişim, temelde birbiriyle yarışmayan ve dolayısıyla münhasır olmayan bir yetkiyi ifade eder ki bu, veri hakkında bilgi sahibi olunması (*depolanması*) veya başka şekilde veriden istifade edilmesiyle mümkün hale gelmektedir¹²⁶. Böylece Türk hukukunun da içerisinde yer aldığı Kıta Avrupası hukuk sistemi mülkiyet rejiminin, kişisel verilerin niteliğine uygun değildir. Bu sebeptendir ki kişisel verilerin mülkiyet rejimi uyarınca korunması fikrinin kaynağı ve taraftarları Anglo-Amerikan hukuk çevresinde yer almaktadır¹²⁷.

Kıta Avrupası hukuk siteminde yer alan ülkeler de dahil olmak üzere tüm Avrupa ülkelerinde kişisel veriler üzerindeki hak sahipliğinin mülkiyet rejimi

¹²³ **Schmidt**, s. 32. Kişisel verileri üzerinde gerçekleştirilecek tasarruflarla ilgili bkz. Birinci Bölüm/III./B.

¹²⁴ **Herbert Zech**, “Daten als Wirtschaftsgut-Überlegungen zu einem “Recht des Datenerzeugers” Gibt es für Anwenderdaten ein eigenes Vermögensrecht bzw. ein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht?”, CR, Heft 3, 2015, s. 141 (“CR”); **Schmidt**, s. 32.

¹²⁵ **Schmidt**, s. 32. Veriler üzerindeki hak sahipliğini ifade etmek üzere veri sahibi ifadesinin uygun olmadığı ve sahiplik yerine yeni kavramlar geliştirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Sjef van Erp**, “The need for a common vocabulary on “data ownership”, European Property Law Journal, De Gruyter, Vol. 8, Issue: 1, 2019, s. 3.

¹²⁶ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 120. Buna karşılık verilerin gizli kalması yahut ilanı hususunda yetkili kişinin belirlenmesi birbiriyle yarışacak bir yetkilendirmedir. Bu yönde bkz. **Schmidt**, s. 33. Kişisel veri üzerinde hak sahibinin yetkilere ilişkin ayrıca bkz. Birinci Bölüm/III./B.

¹²⁷ Bkz. Birinci Bölüm/III./A./1./ii. **Han**, Anglo-Amerikan hukuk çevresinde yer alan ABD hukuk öğretisinde, mülkiyet hakkının “*eşyanın kendisiyle ilgili olmaktan ziyade, eşya ile malik arasındaki münhasır sahiplik ve hâkimiyet rejimini ifade eden bir kavram*” olarak ele alındığını ifade etmektedir. bkz. **Han**, Hukuki Nitelik, s. 521, dn. 38. Öncelikle atıf yapılan eser Amerikan hukukuna değil, Avusturalya (eşya) hukukuna aittir. Bkz. **Samantha J. Hepburn**, Principles of Property Law, 2. Edition, Sdney, Cavendish Publishing Pty Limited, 2001. Buna ek olarak atıf yapılan yerde **Hepburn**, hukuken mülkiyet kavramını izah etmiştir. Buna göre hukuken mülkiyet kavramı, hak konusu nesnenin kendisi olarak değil; bunun yerine bir gerçek yahut tüzel kişinin bu nesneyle ve hak konusuyla ilgili olarak dünyanın geri kalanıyla-üçüncü şahıslarla olan ilişkisidir. Bkz. **Hepburn**, s. 1. Bu yönüyle ilgili cümle anlam yönünden hatalı aktarıldığı gibi ABD hukuku uyarınca mülkiyet anlayışının açıklandığı bölümde yapılan bu atfın dayanak cümlesine katkı sunmayacaktır.

ekseninde gerçekleştirilmesinin mümkün olduğu da savunulmaktadır¹²⁸. Özellikle veri koruma hukuku alanında gerçekleştirilen düzenlemelerde Avrupa Birliği ülkeleri arasında verinin serbest dolaşımının temin edilmesi amacının ön plana çıkıyor olmasının da verinin bir malvarlığı değeri olarak ele alındığını gösterir bir delil olduğu ifade edilmektedir (GDPR Art. 1/3)¹²⁹. Ancak mülkiyetin konusu ve mülkiyet hakkına konu şeyin hukuki işlemlere konu edilmesi esaslarının, verinin niteliği göz önüne alınarak özel düzenlemeye ihtiyaç duyulduğuna da dikkat çekilmektedir¹³⁰. Yapılan düzenlemeler uyarınca ise veri üzerindeki hak sahipliğinin *sui generis* bir mülkiyet rejimi olarak adlandırılması, verilere erişim (kullanım-işleme) yetkilerinin lisans sözleşmesi vasıtasıyla temin edilmesi ve ilgili kişinin *erga omnes* savunma hakkını (*negative right to defense*)¹³¹ muhafaza edeceği öngörülmüştür¹³².

Öncelikle Avrupa Birliği üye ülkeleri arasında serbest veri dolaşımının amaçlanıyor olması, veriler üzerinde hak sahiplerine mülkiyet yahut mülkiyet benzeri bir hak ihdas edilmesine gerekçe olamaz. Verilerin Birlik üyesi devletlerde serbest dolaşımı ile üçüncü kişilerin veri üzerinde hak iddia edebileceği bir rejim

¹²⁸ Bir adım ilerisinde Kıta Avrupası da dahil Tüm Avrupa ülkelerinde yürürlükte olan GDPR hükümlerinin kişisel veriler üzerinde mülkiyet benzeri bir rejim meydana getirdiği savunulmaktadır. Bkz. **Jacob M. Victor**, “The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy” The Yale Law Journal, Vol. 123 No: 2, November 2013, s. 515, çevrimiçi, <https://www.yalelawjournal.org/comment/the-eu-general-data-protection-regulation-toward-a-property-regime-for-protecting-data-privacy> - 09.10.2021. GDPR uyarınca kişilerin verileri üzerinde hak sahiplikleri tanınmış, kişisel veri işlemeye rıza gösterilmiş olmasına rağmen kişilerle veri arasındaki bağın devam etmesi öngörülmüş ve mülkiyet hakkında olduğu gibi herkese karşı ileri sürebileceği bir koruma mekanizması vasıtasıyla ilgili kişiler koruma altına alınmıştır (**Victor**, s. 515). Tüm bu gerekçeler birlikte değerlendirildiğinde esasında kast edilenin kişisel verilerin bir mutlak hak çerçevesinde koruma altına alındığının ifade edilmek olduğu kanaati oluşmaktadır. Nitekim **Victor**’un benimsediği mülkiyet tanımı da bu durumu teyit etmektedir. Bkz. **Victor**, s. 518 vd.

¹²⁹ **Boerding vd.**, s. 332. Ayrıca bkz. -kişisel olmayan (*non-personal*) veriler için- EU, 2018/1807, Art. 1, (Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union), çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-09.10.2021>.

¹³⁰ **Boerding vd.**, s. 343, 352, 359. Söz konusu değişikliklerin her ülkenin iç hukukunda yapması gerektiğine zira mülkiyet hakkının *property*, birlik düzeyinde düzenlenmesinin Avrupa Birliği prensipleri uyarınca mümkün olmadığına dikkat çekilmiştir. Bkz. **Boerding vd.**, s. 353. Avrupa Birliğine üye devletlerde eşya hukuku esasları için bkz. **European University Institute (EUI) Florence, European Private Law Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg**, Real Property Law and Procedure in the European Union-General Report-Final Version, 2005.

¹³¹ Rızaya dayalı yahut hukuka aykırı veri işleme faaliyetlerine yönelik savunma hakkı

¹³² **Boerding vd.**, s. 363, 369.

öngörülmesi arasında doğrudan bir ilişki bulunmaz. Kaldı ki her ne kadar GDPR Art. 1/3 kişisel verilerin serbest dolaşımının gerçek kişilerin korunmasıyla bağlantılı nedenlerle kısıtlanmayacağını veya yasaklanamayacağını düzenliyorsa da düzenleme uyarınca kişisel verilerin korumasının öncelikli olduğu da açıktır¹³³. Ayrıca (kişisel) veriler için önerilen mülkiyet rejimi, olağan mülkiyet rejiminin ana esaslarından ayrılan yeni düzenlemeler yapılması ihtiyacını ortaya koyan, *de lege ferenda* bir koruma rejimi önerisi olmaktan ileri gidememiştir.

Tüm bunların yanında veri koruma hukuku uyarınca hak sahibine tanınan koruma dikkate alındığında, eşya (şey) üzerindeki hak sahipliğini koruyan mülkiyet rejiminden çok daha avantajlıdır¹³⁴. Bu sebeple veri üzerindeki hakimiyetin mülkiyet rejimi uyarınca ele alma eğilimi, her iki hukuk sistemi adına farklı bir ihtiyacı karşılamaya yöneliktir. Kıta-Avrupası hukuk sistemi uyarınca mülkiyet rejiminin yahut mülkiyet benzeri rejimin devreye sokulmak istenmesinin sebebi, doğrudan ilgili kişiye yönelik bir koruma ihtiyacına değil; verinin işlemlere konu edilmesi halinde işlem güvenliğinin sağlanmasına yöneliktir. Ancak Anglo-Amerikan hukuk çevresi uyarınca kişisel veriler dahil veri üzerinde mülkiyet rejiminin önerilmesinin sebebi, ilgili kişiye ayrıcalıklı bir koruma rejimi sunmaktır¹³⁵.

Son olarak Kıta Avrupası hukuk sistemi içerisinde kişisel verinin mülkiyet rejimine tabi olması adına en büyük engel ise kişilik dışı olma niteliğini taşıyor olmasıdır. Nitekim Kıta Avrupası sistemi içerisinde yer alan Avusturya hukukunda eşya vasfını haiz olmak için cismanilik unsuru aranmaz¹³⁶. Ancak insan dışı olan ve kişiler tarafından kullanılan her şey “eşya” olarak tanımlanmaktadır¹³⁷. Kişisel verinin ilgili kişiyle olan sıkı ilişkisi, cismanilik unsurunun eşya vasfı için aranmadığı

¹³³ **Matthias Walker**, Die Kosten kostenloser Dienste-Personenbezogene Daten als neues Zahlungsmittel, Berlin, Duncker & Humblot, 2021, s. 131.

¹³⁴ **Bijok**, s. 409. *Bijok*, mülkiyet rejimi uyarınca veri üzerindeki “hakimiyetin” izahı önündeki en büyük engelin bağlanma yasağı (“*Kopplungsverbot*”, GDPR, Art. 7/4) başta olmak üzere veri koruma hukuku esaslarının mevcut ele alınma eğilimi olduğu ve fakat mülkiyete alternatif bir “sahiplik” rejiminin de tartışmaya açılabilirliğini ifade etmektedir. bkz. **A.e.**, s. 412-413.

¹³⁵ Bkz. Birinci Bölüm/III./A./1./ii.

¹³⁶ ABGB § 285.

¹³⁷ ABGB § 285: “*Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.*” (İnsan dışı olan ve kişiler tarafından kullanılan her şeye hukuki anlamda eşya olarak adlandırılır). Türk hukukunda bu tanımın karşılığı ise malıdır. Bkz. **Halûk Nami Nomer, Mehmet Serkan Ergüne**, Eşya Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, N. 27.

hukuk düzenleri yönünden de -örneğin Avusturya Hukuku- kişisel veriler için mülkiyet rejiminin uygulanması önünde engel teşkil edecektir.

ii. Anglo-Amerikan Hukuku Mülkiyet Rejiminin Kişisel Verilerin Özelliklerine Uyumu

Verilerin ve dolayısıyla esasında ilgili kişinin verisi üzerinde sahip olduğu mülkiyet hakkı vesilesiyle korunması yaklaşımının, mülkiyet hakkına yönelik Kıta Avrupası hukuk sistemlerinden oldukça farklı bir sistem olan Anglo-Amerikan hukukunda taraftar bulması tesadüf değildir. Mülkiyet hakkının konusunu oluşturan eşya tanımına¹³⁸ yahut hak sahipliğine dair farklı esaslar¹³⁹ öngörülmüş bu iki sistemde kişisel verilerin ele alınma yönteminin farklılık arz etmesi olağandır¹⁴⁰. Bu kapsamda Anglo-Amerikan hukukunda mülkiyet, menfaatler demeti olarak tanımlanır ve bir şey üzerindeki mutlak hakimiyet ile sınırlı ele alınmaması gerektiği savunulur¹⁴¹. Kişisel veriler üzerindeki hak sahipliğine ilişkin de kişisel veri üzerindeki mülkiyet hakkının kişisel ilgili kişiyle bağının hiçbir zaman çözülmediği ve veri hukuki işlemlere (*hakkın “devri” dahil*) konu edilse bile herkese karşı ileri sürülebilecek “olumsuz edim yükümü (*negative covenant*)” içerdiği kabul edilmektedir¹⁴².

¹³⁸ Türk-İsviçre hukukunda, cismanilik unsuru esas alınarak tanımlanan eşya kavramının kendisi kişisel verilerin eşya hukuku uyarınca ele alınmasını zorlaştırmaktadır. Eşya “*cismani bir varlık olup sınırları belirli olan üzerinde hakimiyet kurmaya elverişli kişi dışı varlıklardır.*” Bu tanım doktrinde yapılmaktadır. Alman hukukunun aksine (*BGB § 90*) ne İsviçre ne Türk hukukunda eşyanın kanuni tanımı bulunur. Eşya kavramı ve tanımı için bkz. **Sanem Aksoy Dursun**, Eşya Kavramı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012, s. 5 vd. İngiliz ve Amerikan hukukunda eşyanın cismani bir varlık olması aranmaz. Bkz. **Alison Clarke, Paul Kohler**, Property Law Commentary and Materials, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, s. 18; **Peter Hay**, Law of the United States, 2. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 2005, s. 178. **Thomas W. Merrill, Henry E. Smith**, Property Law, New York, Oxford University Press, 2010, s. 9. Mülkiyetin konusunu oluşturacak şeylere ilişkin kavramın yeniden ele alınması gerektiği ve cismanilik unsurunun aranmaması insan dışı olmanın yeterli olması gerektiği yönünde bkz. **Boerding vd.**, s. 236.

¹³⁹ Hem Amerikan hem İngiliz hukukunda farklı derecelerde hak sahiplikleri söz konusu olabildiği gibi hakkın ileri sürüleceği çevre bakımından mülkiyet hakkı başlığı altında incelemeye tabi tutulan her unsur farklılık arz etmektedir. Bkz. **Hay**, s. 178 vd.; **Clarke, Kohler**, s. 180.

¹⁴⁰ Eşyanın tanımdaki kişi dışı olma unsuru, kişisel verilerin eşya niteliğini haiz olması önünde görülebilecek engellerdendir. Bu noktada kişilik değerlerine yönelik hak sahibinin mali yetkilerinin olması, ilgili değerler eşya niteliğine sahip olacağı anlamına gelmez.

¹⁴¹ **Victor**, s. 518, özl. dn. 24.

¹⁴² **Victor**, s. 525. Bununla birlikte kişilerin serbestçe verilerini niteliği fark etmeksizin hukuki işlemlere konu edebilmesi gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. **Lessig**, s. 250 vd.

Bununla birlikte Anglo-Amerikan sistemi içerisinde de temelde mülkiyetin korunma gerekçeleriyle kişisel verilerin niteliği uyuşmamaktadır¹⁴³. Verinin, sahibi ile olan ilişkisi, bir şeyin malikiyle olan ilişkisinden önemli ölçüde ayrılmaktadır. Bu sebeple mülkiyet hakkını esas alan koruma rejimi çerçevesinde veri üzerindeki tasarrufların hukuki çerçevesinin izah edilmesi bir diğer zorluk arz eden husustur¹⁴⁴.

Anglo-Amerikan hukukunda veri üzerinde hak sahipliğinin mülkiyet olarak (*property*) nitelendirilmesinin sebebi kişisel veriler üzerinde hak sahibinin söz sahibi olmasını ve aktif bir pozisyona kavuşmasını sağlamaktır. Böylece sadece veri mahremiyetinin sağlanmasının yeterli olmadığı ve ilgili kişinin, kişisel verileri üzerinde söz sahibi olması ihtiyacına vurgu yapılmaktadır¹⁴⁵. Nitekim kişisel verilerin korunmasına yönelik düzenlemelerin yürürlüğe girmesi öncesinde Türk hukukunda da kişisel verilerin korunmasının sadece veri mahremiyeti olarak anlaşılmasının eksik ve yetersiz olduğu savunulmuştur¹⁴⁶. Bu sebeple kişisel verilerin aynı zamanda bir kişilik değeri olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmıştır¹⁴⁷. Sonuç itibarıyla hukuk sistemlerinin tanıdığı imkânların farklılığı aynı sonuca ulaşabilmek için farklı hukuki çözümler önerilmesine sebebiyet vermiştir. Ayrıca mülkiyet rejimine dayanan koruma Anglo-Amerikan hukuk çevresi bakımından iradenin ön planda olduğu bir koruma rejiminin varlığına işaret etmektedir¹⁴⁸. Bu yönüyle de daha önce dikkat çekildiği üzere bu rejimin kişisel

¹⁴³ Mülkiyet hakkının temelinde, pazardaki sınırlı kaynakların bölüştürülmesi yer alır. Bkz. **Samuelson**, s. 1136. Bununla birlikte Amerikan hukukunda mahkemelerin, verinin işletmeler tarafından işlenmek üzere toplandıktan sonra üzerinde mülkiyet benzeri bir hakkın söz konusu olduğu yönünde kararlar verdiği ifade edilmektedir. Bkz. **Victor**, s. 517, dn. 20. Örneğin Minnesota Bölge Mahkemesi, *Northwest Airlines*'a gönüllü olarak kişisel bilgilerini verdiklerinde ve *Northwest Airlines* bu bilgileri bir veri tabanında derlediğinde, kaydın kendisinin (dolayısıyla verilerin) "Northwest'in mülkü haline geldiği" yönünde hüküm tesis etmiştir. Bkz. *In re Nw. Airlines Privacy Litig.*, No. Civ. 04-126, 2004 WL 1278459, at *4 (D. Minn. 6 June 2004).

¹⁴⁴ **Küzeci**, s. 70.

¹⁴⁵ Bkz. **Jessica Litman**, "Information Privacy/Information Property", *Stanford Law Review*, Vol. 52, No: 5, May 2000, s. 1283, çevrimiçi, SSRN-09.10.2021.

¹⁴⁶ **Aksoy**, s. 241.

¹⁴⁷ **Aksoy**, s. 238, 242.

¹⁴⁸ Bu sistemde hak sahipliğinin (1) mülkiyet kuralları, (2) sorumluluk kuralları ve (3) devredilemezlik esası ile korunduğu kabul edilmekte; mülkiyet rejiminde mülkiyet hakkına sahip olduğu kabul edilen kişinin elinden ilgili hak konusunun ancak rızasıyla tarafı olduğu hukuki ilişkiler ekseninde alınabileceği kabul edilmektedir (bir evin satılması gibi). Bkz. **Calabresi, Guido, A. Douglas Melamed**, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", *Harvard Law Review*, Vol. 85, No. 6, April, 1972, s. 1090, çevrimiçi, HeinOnline, 10.12.2021.

veriler üzerindeki hak sahipliği esaslarını izahta önerilmesinin sebebi hak sahibinin/ilgili kişinin söz sahipliğinin temin edilmesidir.

b. Mülkiyet Rejimine Alternatif Koruma İmkânları ve Kişisel Veriler

i. Kişisel Verilerin Fikri Mülkiyet Rejimi Uyarınca Korunması

Kişisel verinin, ilgili kişiyle arasındaki “*ayrılmaz bağ*” yanında ekonomik yönü de dikkate alınarak kişisel verilerin fikrî mülkiyetle benzerlik arz ettiği ve bu sebeple fikri mülkiyet rejimi uyarınca korunması önerilmektedir¹⁴⁹. Ancak bu çözüm önerisi de kişisel verinin bir fikri ürün olarak ele alınmasının mümkün olmadığı belirtilerek eleştirilmektedir¹⁵⁰. Kıta Avrupası hukuk sistemlerinde mülkiyetin konusunu oluşturmak bakımından aranan şartların kişisel veriler özelinde temin zorluğu karşısında kişisel verinin teknik anlamıyla bir eser olmamasına rağmen ilgili kişinin korunması adına yeni çözümler ileri sürülmekte ve başka hukuki koruma rejimleri ve kavramlar da bu alana dahil edilmektedir¹⁵¹. Bununla birlikte kişinin verilerini hukuki işlemlere konu etmesi halinde telif hukukunda mevcut lisans sözleşmesi esaslarının, kişisel veriler için uygulanması önerisi de getirilmektedir¹⁵².

Fikri mülkiyet hukukuna ilişkin kurallar incelendiğinde Kıta Avrupası’na yabancı olsa da Anglo-Amerikan hukuk çevresinde kural olarak bir mülkiyet rejimi ihdas edildiği ve bir aitlik esası öngörüldüğü ifade edilebilecektir¹⁵³. İstisna olarak bir sorumluluk rejimi ve bazı durumlarda, fikri mülkiyet hakkının kişisel bileşeniyle bağlantılı olarak kısmi devredilemezlik esası öngörülmüştür. Bir hakkın niteliği sorusunun yanı sıra, onu koruyan kuralın ne olduğu da önemlidir. Hakkın konusunun kimin, hangi koşullar altında kullanabileceği, tabi olduğu kurallara göre belirlenecektir.

¹⁴⁹ Samuelson, s. 1130; Küzeci, s. 71. Kişinin fikri mülkiyet esaslarına tabi olarak korunmasına yönelik ayrıca bkz. III./B./b./ii.

¹⁵⁰ Samuelson, s. 1141.

¹⁵¹ Küzeci, s. 70.

¹⁵² Kıta Avrupası veri koruma hukukunda eser sahibinin manevi haklarına benzer ve fakat ondan bir adım ileride bulunan her zaman verilerinin işlenmesine itiraz etme imkânı ile donatılan ilgili kişinin, verileri üzerinde lisans sözleşmesi imzalayabileceği savunulmaktadır. Bkz. Victor, s. 524.

¹⁵³ Hacker, IP, s. 56.

Öte yandan, kişisel veriler, hak sahibine açıkça bir aitlik imkânı değil, aksine kişisel verilerin işlenmesiyle elde edilecek menfaatten istifade imkânı tanıyan ve bunları bireyler arasındaki işlemlere konu edebilmeyi sağlayan, emredici yahut yedek kurallarla bir diğer ifadeyle sözleşmesel rejimle koruma altına alınmaktadır. Bu sebeple fikri mülkiyet esaslarının kişisel veriler için doğrudan uygulanabilir olduğunun savunulması mümkün değildir. Bu kapsamda fikri mülkiyet hukukundaki esasların veri koruma hukuku için kıyasen uygulanması önerilmektedir¹⁵⁴.

Esasında fikri mülkiyet hukukunun öncelikli koruma alanı ve varlık amacıyla veri koruma hukukunun amacı farklılık arz etmektedir. Telif hukuku bir diğer ifadeyle fikri mülkiyet esasları, öncelikle eser sahibinin maddi-ekonomik çıkarlarını korumaya yöneliktir. Buna karşın veri koruma hukukunun öncelikli varlık amacı, ilgili kişinin mali olmayan çıkarlarının korunmasıdır¹⁵⁵. Eser sahibiyle eseri arasındaki ilişki-bağ ile ilgili kişi ile kişisel verileri arasındaki ilişki-bağ yoğunluk itibarıyla farklıdır¹⁵⁶. Nitekim fikri mülkiyet esaslarının veri koruma hukukuyla uyumunu irdeleyen görüşlerde de veri koruma hukukuyla fikri mülkiyetin ortak köklerinin araştırılması esnasında bu öncelik farkı gözlemlenebilir niteliktedir¹⁵⁷. Bu yüzden ki kişisel veri üzerindeki hak sahipliği ve yetki düzenine fikri mülkiyet esaslarının doğrudan değil kıyasen uygulanması önerilmektedir¹⁵⁸. Bu önerinin sonuçları ve kişisel veri ile ilgili kişi arasındaki ilişkiye uyumuysa ayrıca incelenecektir¹⁵⁹.

ii. Kişisel Verilerin *Trust Kavramı Kapsamında Korunması*

Common Law sistemi menşeli *equity rejimi ve trust kavramı*, ilgili kişinin korunması adına bir çözüm önerisi olarak sunulmaktadır. Böylece kişinin farklı derecelerde sahiplik imkânını haiz olması temin edilecektir. Aslen lehtara (*beneficiary*) ait olan hak konusu şeyden *equity* rejimi uyarınca güvenilen (*trustee*),

¹⁵⁴ **Hacker**, IP, s. 56.

¹⁵⁵ **Carmen Langhanke**, Daten als Leistung, Tübingen, Mohn Siebeck, 2018, s. 172.

¹⁵⁶ **Langhanke**, s. 172.

¹⁵⁷ Fikri mülkiyet ile veri koruma hukukunun ortak köklerine yönelik inceleme için bkz. **Hacker**, IP, s. 49 vd.

¹⁵⁸ **Hacker**, IP, s. 56 ve 66.

¹⁵⁹ Bkz. Birinci Bölüm/III./B.

de istifade etme imkânına kavuşacak ancak asla hak konusu üzerinde tam egemen kabul edilmeyecektir¹⁶⁰.

Bu görüş uyarınca kişisel verilerin eşya hukuku uyarınca sınırlı sayıda kabul edilen aynı hak sahipliği ve hakkın konusu şeylerden niteliği itibarıyla farklı olduğu ve bu sebeple veri üzerinde varlığı kabul edilebilecek hakların eşya hukukundaki sınıflandırmadan ayrıca sınıflandırılıp sahipliklerin derecelendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶¹. Hali hazırda veriye dair sahiplik derecelerinin çeşitli düzeylerde var olduğu (maddi, gayri maddi, insan ürünü -*human creation*-); söz konusu hakkın içeriğini veriye erişim, veriyi kontrol, veriyi taşıyabilme-*portability* ve silme yetkilerinin oluşturduğu; veri üzerindeki söz sahipliği sınırlarının bu yetkilerden hangisine/hangilerine sahip olduğu dikkate alınarak belirlenmesi önerilmektedir¹⁶². Bu yaklaşım kişisel verilerin korunmasının sebebini göz ardı etme tehlikesini içermesi yönüyle eleştiriye açıktır. Veri koruma hukukun amacı veriyi değil; ilgili kişiyi korumaktır¹⁶³.

Kişisel veriler, *equity* esaslı¹⁶⁴ *trust* kavramıyla ele alındığı takdirde öncelenen, verinin ekonomik değeri olacaktır. *Trust* hak sahipliği ile haktan istifade etme imkânını birbirinden ayıran ve hak konusundan istifade edilme imkânını genişleten *common law* kurumudur¹⁶⁵. Bu sebeple söz konusu yaklaşım, Kıta

¹⁶⁰ **Sjef van Erp**, “Management as Ownership of Data”, *Data as Counter-Performance—Contract Law 2.0?*, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 92.

¹⁶¹ **van Erp**, s. 93.

¹⁶² **van Erp**, s. 93. İlgili sisteme dair hukuki çerçevenin çizilebilmesi içinse *Québec* tröstünün sahipsiz mülkiyet kavramı genel hatlarıyla örnek olarak gösterilmektedir. Bkz. **van Erp**, s. 93.

¹⁶³ Bkz. I./A., ayrıca bkz. **Küzeci**, *Kişisel Veriler*, s. 73 vd. *Küzeci*, kişisel verinin bir hak olarak korunma rejimine dair: (1) ekonomik hak ve (2) insan hakkı yaklaşımı başlıklarını tercih etmişse (**Küzeci**, *Kişisel Veriler*, s. 67, 73) de mülkiyet hakkı da bir insan hakkı olması sebebiyle bu başlıklandırmanın yanıltıcı olabilecektir.

¹⁶⁴ *Common law* sistemi uyarınca *equity* kavramı özel bir yargılama sonucu mahkemeler tarafından oluşturulan kurallar bütünüdür. Mevcut yasal kurallar ve bu kuralların öngördüğü prosedürler adaletsizliği gidermek için yetersiz olduğunda, bir mahkemenin tazminata hükmederken genel adalet ilkelerine güvenmesi gerektirir. Kaynağıysa İngiliz hukukunda yer alan “Court of Chancery” den almaktadır. *Equity* rejimi örf ve adete göre değil vicdana göre karar verilmesinin söz konusu olduğu bir hukukun kaynağına işaret etmektedir. Bu kapsamda mahkemelerin aynen ifaya hükmetmesi yahut yargısal emir (*injunction*) kararları kaynağını *equity*’den alır. bkz. **John M. Scheb II, Hermant Sharma**, *An Introduction to the American Legal System*, 5. Edition, New York, Wolters Kluwer, 2020, s. 94-96.

¹⁶⁵ **Scheb II, Sharma**, s. 1304.

Avrupası hukukunda izahı ve konumlandırılması güçlük arz etmesinin yanında verinin, sahibi ile ilişkisini diğer bir ifadeyle kişilik değeri boyutunun ihmal edilmiş olması sebebiyle eleştiriye açıktır¹⁶⁶. Kişisel verilere mülkiyet esasına dayalı bir koruma teminiyle verilerin kullanımının sınırlandıracağı bir yanılgıdan ibarettir. Sorun daha çok kişisel verilerin nasıl, hangi bağlamda ve ne amaçla işlendiğinin şeffaf kılınmasıdır. Bu durumda tartışma münferit bir kişisel veri üzerinde ilgili kişinin hangi yetkileri haiz olduğunu ortaya koymanın ötesindedir¹⁶⁷.

2. Kişilik Değeri Olarak Kişisel Veri

Bu çalışma kapsamında tercih edilen yaklaşım kişisel verilerin bir kişilik değeri olarak korunmasıdır. Türk hukukunda anayasal koruma altına alınmış bir hak olan kişisel verilerin, bir kişilik değeri olduğu ve kişilik hakkının kişinin ideal çıkarlarının korunmasını hedef tuttuğu kabul edilmelidir¹⁶⁸. Unutulmamalıdır ki bir kavrama ilişkin hukuki nitelendirme, ilgili kavramın değerlendirmeye tabi tutulduğu hukuk düzeni içerisinde bir yer bulabilmesini temin etmek için yapılır. Bu sebeptendir ki nitelendirme, sistem bütünüyle uyum içerisinde olmalıdır. Her ne kadar kişilik hakkı kapsamında yer alan değerler halen öncelikli olarak maddi olmayan çıkarları korumak adına var olsalar da kişiliğin korunmasında ticari çıkarların korunmasının eskiye nazaran daha önemli hale gelmeye başladığı gerçeği de dikkate alınmalıdır¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Kişisel verilerin mülkiyet hakkı yahut fikri mülkiyet esasları uyarınca ele alınmasının hak sahibinin menfaatlerini daha etkili koruduğunun bir yanılsama olduğu yönünde bkz. **Prins**, s. 5-7. Kıta Avrupası sistemi uyarınca da kişisel verilerin mülkiyet hakkı kapsamında korunmasına imkân bulunduğu yönünde bkz. **Prins**, s. 1.

¹⁶⁷ Bu anlamda kişisel verilerin korunması, sadece sahip olunabilecek bir şey yani kişisel veriler üzerinde hak iddia edilebilecek alelade bir şeyle ilgili değildir. Konum, sosyal düzen, roller, bireysel statü ve özgürlükle ilgili her şeyle doğrudan ilgilidir. Bu sebeple sadece bireye değil kamuya ait menfaatleri de etkiler. Kişilik ve davranışlarımızın metalaştırılması, bireyin verilerine dair hak sahipliğine dair tartışma ekseninde çözüme kavuşturulamaz. Profillemeye faaliyetlerinin işleyişini bilmek ve kontrol etmek adına gerekli araçları sağlamada hukukun rolü üzerine bir tartışma yapılmalıdır. Bkz. **Prins**, s. 7.

¹⁶⁸ Bu görüş *Kant*'ın da büyük katkılarıyla doğal hukuk doktrininde, kök salmıştır. Kişisel veri üzerinde eşya hukuku anlamında bir mülkiyet hakkının söz konusu olamayacağı ve eşya hukukunun konusunu teşkil etmediği yönünde bkz. **Schmidt**, s. 44.

¹⁶⁹ Sözleşme özgürlüğü kapsamında kişinin verileri üzerinde dilediği gibi tasarrufta bulunabileceği, bu sebeple kişilik hakkı kapsamında tanınan korumanın yeterli olmadığı yönünde bkz. **Prins**, s. 3.

a. Kişilik Hakkı Kavramı ve Kişisel Veriler

Kişilik hakkı, korunmasının temelinde insan onuru ve insanın maddi ve manevi bütünlüğüne saygı duyulması esasları yer alan bu sebeple medeni kanun kapsamında ayrı bir koruma rejimi öngörülmüş değerler bütünüdür¹⁷⁰. Kişilik hakkının özel hukuk boyutunu düzenleyen Türk Medeni Kanunu'nda bir kişilik hakkı tanımı yer almaz. Böylece kavramın ve dolayısıyla hükmün güncel gelişmelere açık ve koruma kapsamının geniş olması temin edilmiştir. Kişilik hakkı kapsamında yer alan kişilik değerleri sınırlı sayıda değildir.

Bu sebeple Türk hukukunda kişilik değerlerinin sınırlı sayıda olmadığı gözetildiğinde kişisel verilerin kişilik hakkı kapsamında korunması için kişilik hakkının ele alınmasında yeni bir yaklaşıma ihtiyaç bulunduğundan bahsedilemez¹⁷¹. Buna ek olarak söz konusu kişilik değerlerinin, farklı esaslara tabi olarak korunuyor olmaları onların kişilik hakkının bir parçası olduğu gerçeği üzerinde bir etki meydana getirmez¹⁷². Örneğin kişinin adına yönelik korumayı sağlamak üzere özel hükümler sevk edilmiş olması kişinin adının kişilik değeri teşkil etmesine engel değildir (TMK m. 27)¹⁷³.

Kişisel verilerin korunması amacıyla özel hükümlerin sevk edilmesi de kişisel verilerin kişilik hakkı korumasının dışında kalacağı anlamına gelmez. Bir kişilik

¹⁷⁰ **Leinemann**, s. 59; **Horst-Peter Götting**, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, eds. Christian Schertz, Horst-Peter Götting, Walter Seitz, 2. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019, § 3 N. 1.

¹⁷¹ Bu yönüyle *Taştan*'ın “*yeni kişilik hakkı görüşü*” önerisine, kişilik hakkının olağan koruma kapsamında bir eksiklik bulunduğu izlenimi meydana getirdiğinden iştirak edilmemiştir. Ayrıntısıyla izah edildiği üzere kişilik hakkının koruma kapsamına yönelik bir sınırlamanın bulunmadığı Türk hukuku adına “*bireyin kişisel verilerinin geleceğini tayin hakkı bağlamında yeni kişilik hakkı görüşü*” ile kişisel verilerin korunmasına kişilik hakkının olağan koruma rejiminin temin etmediği bir koruma temin edilmesi söz konusu olmayacaktır. *Taştan*'ın görüşü için ayrıca bkz. **Furkan Güven Taştan**, Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017, s. 66 vd., çevrimiçi, Lexpera-Literatür-05.10.2021.

¹⁷² Alman hukuku bakımından kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerin sayılması yolu benimsenmiştir. Bkz. BGB § 823/2 ve BGB § 253/2.

¹⁷³ TBK m. 27/1 uyarınca geçersizlik sebebi olarak kişilik hakkına aykırılıktan söz edilmiş olması karşısında TMK. m. 23/2'nin varlık sebebi, ayrı bir sonucu (işlevi) ve dolayısıyla iki maddenin ilişkisi ortaya konulmalıdır. TBK m. 27/1 uyarınca “*kişilik haklarına aykırı*” ifadesi kişiliği koruyan hüküm ve esaslara bu kapsamda özellikle TMK m. 23 vd. hükümlerine yapılmış bir atıf olarak kabul edilmelidir. TBK m. 27/1 hangi hükümlerin emredici nitelikte olduğunun tespitini kolaylaştırmak için kaleme alınmıştır. Bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 42, N. 54; **Nil Karabağ Bulut**, Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014, s. 132.

değeri olduğu kabul edilen kişisel veri kavramı izah edilmeden önce bu kişilik değerinin dinamik yapısına vurgu yapılarak kişilik hakkı korumasının yetersizliğinden bahseden görüşe temas edilmelidir¹⁷⁴. Buna göre “*kişisel verilerin, kişilik hakkının koruduğu kişilik değerlerinden daha fazla alana yayılmış*” olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁵. Öncelikle bu ifade çelişkilidir. Kişilik hakkına yönelik korumanın kapsamı, hakkın değerler bütününe oluşan içeriği uyarınca belirlenecektir. Kişisel verinin bizatihi bir kişilik değeri olarak kabulü halinde hakkın koruma kapsamının “yetersizliğinden” bahsedilmesi mümkün değildir. Buna ek olarak kişilik değerinin koruma alanı kapsamının belirlenmesinde farklı görüşlerin kabul edilmesi, kişilik hakkının kapsam sorunu ile değil değer tanımıyla ilgilidir¹⁷⁶. Hem Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun (m. 14/3¹⁷⁷) hem de İsviçre Federal Veri Koruma Kanunu (*Datenschutzgesetz des Bundes-DSG*) Art. 15 uyarınca¹⁷⁸, kişisel verilerin hukuka aykırı işlenmesi halinde gündeme gelecek zararı tazmin için kişilik hakkının korunmasına ilişkin kanun hükümlerine atıf yapılmış olduğu da atlanmamalıdır. Bu çerçevede Türk hukuku bakımından kişisel verilerin kişilik hakkı kapsamında korunan bir değer olduğuna tereddüt edilmemelidir¹⁷⁹.

¹⁷⁴ **Taştan**, s. 65 vd.

¹⁷⁵ **Taştan**, s. 65.

¹⁷⁶ Anlaşılabilirliği kadarıyla *Taştan* tarafından eksik kaldığı belirtilen yönü değer tanımıyla ilgilidir. Bkz. **Taştan**, s. 63 vd. Kişilik hakkının koruma alanının dar kaldığı iddiası Alman hukukundaki kişilik hakkı yaklaşımı ile doğrudan ilişkilidir. Nitekim bu sebeple Alman hukukunda genel kişilik hakkı (GG Art. 2) ve özel hukuk anlamında kişilik değerleri arasında bir ayrım gözetilmektedir (BGB § 823/2 ve BGB § 253/2). Bkz. **Di Fabio**, GG. Art. 2, Abs. 1, N. 11 vd.

¹⁷⁷ KVKK m. 14/3: “*Kişilik hakları ihlal edilenlerin, genel hükümlere göre tazminat hakkı saklıdır.*”

¹⁷⁸ DSG-Art. 15: “*Kişiliğin korunmasına ilişkin davalar bakımından Medeni Kanun’un 28, 28/a hükümleri uygulanacaktır.*”

¹⁷⁹ **Nafiye Yücedağ**, Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık) Rıza -Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Uyarınca-, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, s. 5 vd. (“Açık Rıza”). İsviçre Hukuku uyarınca da kişisel veriler, kişilik değeri olarak koruma altındadır. Bkz. **Bruno Baeriswyl**, *Datenschutzgesetz (Stämpfli Handkommentar-SHK)*, eds. Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli, Dominika Blonski, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2021, Vorbemerkungen zu Art. 1-3, N. 1, çevrimiçi-SWISSLEX-25.11.2021; **Amédéo Wermelinger**, *Datenschutzgesetz (Stämpfli Handkommentar-SHK)*, eds. Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli, Dominika Blonski, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2021, Art. 15, N. 1, çevrimiçi-SWISSLEX-25.11.2021; **Langhanke**, s. 176; **Schmidt**, s. 29 vd.

i. Kişisel Verinin Kanuni Tanımı

KVKK m. m. 3/2/d uyarınca kişisel veri: “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ilişkin her türlü bilgi*”dir. Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca ise kişisel veriler, örnek verilerek daha detaylı tanımlanmıştır. Buna göre kişisel veri: “kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiyle (“ilgili kişi”) ilgili herhangi bir bilgi anlamına gelir ki bu anlamda kimliği belirlenebilir gerçek kişi, doğrudan veya dolaylı olarak, özellikle bir isim, kimlik numarası, konum verileri, çevrimiçi bir tanımlayıcı gibi bir tanımlayıcıya veya söz konusu gerçek kişinin fiziksel, fizyolojik, genetik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özgü bir veya daha fazla faktöre atıfta bulunularak belirlenebilen kişidir (GDPR Art. 4/1).” Her iki düzenlemede de her türlü bilgi yahut herhangi bir bilgi ifadesi ilgili kişi ile ilgili olmak kaydıyla görüş ve değerlendirmeler gibi sadece nesnel değil öznel her türlü bilgiyi kapsayan geniş bir kişisel veri tanımı yapılması esasının benimsendiği savunulabilecektir¹⁸⁰.

ii. Kişisellik Sıfatı

İlk bakışta “nesnelerin-şeylerin interneti (*internet of things*)” olarak adlandırılan ve şeylerin birbiriyle etkileşimini sağlayan günümüz teknolojileri dikkate alındığında birçok verinin eşyaya ilişkin olduğu ve kişiye dair olmadığı düşünülebilir¹⁸¹. Ancak eşyaya dair verinin analiz edilmesi sonucu elde edilecek netice, çoğu zaman kişinin tercihleri hakkında bilgi sahibi olunması anlamına gelmektedir. Şu hâlde kişisel verinin alelade verilerden ayrılması için bir kıstas öngörülmesi ihtiyacı kendisini göstermektedir ki veri koruma hukuku alanındaki çalışmalarıyla bir kıstas geliştirmiş bulunan *Article 29 Data Protection Working Party*’nin önerisi dikkate değer niteliktedir¹⁸². Buna göre bir verinin kişiyle ilişkilendirilebilecek bir içerik, amaç yahut sonuç unsuru barındırması, onun kişisel veri niteliği taşıdığı anlamına gelecektir¹⁸³.

¹⁸⁰ Lee A. Bygrave, Luca Tosoni, The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020, Art 4 (1), s. 109.

¹⁸¹ Çekin, KVKK, s. 45.

¹⁸² WP, “Opinion 4/2007 on the concept of personal data”, s. 10 (“WP 136”).

¹⁸³ WP, WP 136, s. 10.

İçerik ilişki kelimesinin en açık ve yaygın karşılığını tespit eden ve veri sorumlusu ya da üçüncü kişinin amacından ya da verinin ilgili olduğu kişiye etkisinden bağımsız olarak bir kişi hakkındaki bilgilerin tamamıdır (ör: *tıbbi tahliller sonucu elde edilen çıktılardan oluşan hasta dosyası*)¹⁸⁴. Bir amaç içeren bir bilgi - veri-, kişi hakkında bir kanaatin oluşması yahut bir karar verilmesi ya da bir kişiye karşı muamele yahut kişinin yönlendirilmesi amaçlarına hizmet etme ihtimalinin olmasını ifade etmektedir. Bu durum tek başına ilgili verinin kişisel olarak nitelendirilmesi için yeterlidir (ör: *arama geçmişleri*)¹⁸⁵. Sonuç içeren veri ifadesiyle kast edilense bir verinin netice itibarıyla ilgili kişinin hak ve menfaatlerine etki edebilecek nitelikte olmasıdır (ör: *bir taksi şirketi tarafından, mevcut taksilerinin konumunu eş zamanlı olarak belirlemeyi mümkün kılan bir uydu konum sistemi kullanılması*)¹⁸⁶.

iii. Belirlilik -Belirli yahut Belirlenebilir Olması-

Belirlenebilir olma veri sorumlusu ya da üçüncü kişiler tarafından işlenmesinin hayatın olağan akışında beklenebilir olmasıdır (GDPR-Dibace 26). Bu kapsamda veri sorumlusunun hali hazırda erişebildiği yahut kendisinde bulunması yahut üçüncü kişilerden elde edebilme imkânı dolayısıyla erişebileceği tüm veriler, belirlenebilir olması kıstasını karşılayacaktır¹⁸⁷. Belirlenebilir olmak kıstasının anlaşılabilmesi bakımından Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Breyer* kararı önem arz etmektedir¹⁸⁸. Mahkeme tüm bilginin veri sorumlusunda bulunmasının gerekmediğine ve bir ek bilgi ile kişi belirlenebilir kılınacaksa bu ek bilgiye ulaşmak;

¹⁸⁴ WP, WP 136, s. 10.

¹⁸⁵ WP, WP 136, s. 11.

¹⁸⁶ WP, WP 136, s. 11. Söz konusu potansiyel sonucun büyük (majör) etkilerinin olması aranmaz. Bu tür verilerin işlenmesi sonucunda kişinin diğer kişilere kıyasla farklı muamele göreceği olması/görme ihtimali yeterlidir. Bkz. WP, WP 136, s. 11.

¹⁸⁷ Burada üçüncü kişilerden temin edilebilme imkânı veri sorumlusu yönünden değerlendirildiğinde ölçülü olduğu nispette göz önünde bulundurulacaktır. Buna göre veri sorumlusunun menfaatleri dikkate alındığında, ilgili verileri elde etmesi makul ve ölçülü olduğu takdirde kendisi yönünden belirlenebilir olma kıstası gerçekleşmiş kabul edilecektir. Bkz. Manuel Klar, Jürgen Kühling, Datenschutz-Grundverordnung-BDSG Kommentar, eds. Jürgen Kühling, Benedikt Buchner, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2020, DS-GVO, Art. 4 Nr. 1, N. 19 vd. Ayrıca bkz. ECHR, *Benedik v. Slovenia*, No. 62357/14, 24.04.2018, §§ 107-108, çevrimiçi <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-182455%22%5D%22%7D> -29.09.2022.

¹⁸⁸ Patrick Breyer v Bundesrepublik Deutschland, 19.10.2016, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 ("Breyer").

hukuken yasaklanmadığı ve bilgiye ulaşmak için harcanan zaman, emek ve masraflar dikkate alındığında aşırı güç olmadığı ihtimalde ilgili verinin kişisel veri sayılması gerektiği kanaatindedir¹⁸⁹. Bu karar ışığında teknolojinin imkân genişliği dikkate alındığında belirlenebilir olma kıstasının sağlanmasında zorluk yaşanmayacağına ayrıca işaret edilmelidir¹⁹⁰.

b. Kişilik Değerlerinin Korunması İhtiyacı

Türk Medeni Kanunu'nda, kişilik hakkının kapsamında yer alan değerleri saymak suretiyle sınırlamak yerine; tıpkı İsviçre Medeni Kanunu'nda¹⁹¹ olduğu gibi hakkın kapsamını değil korunması imkânlarını açıklığa kavuşturan genel bir hüküm yer almaktadır. Buna göre TMK m. 23 uyarınca kişinin kendi işlemlerine karşı bir koruma mekanizmasının devreye gireceğinin altı çizilmiştir (iç himaye). Akabinde TMK m. 24 uyarınca kişinin üçüncü kişiler tarafından gerçekleştirilecek hukuka aykırı saldırılara karşı himaye edileceği düzenlenmiştir.

TMK m. 24'te yer alan kişilik hakkı ifadesi, birden fazla kişilik hakkının değil¹⁹²; genel bir kişilik hakkının varlığına atıf yapmaktadır¹⁹³. Buna karşılık kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerin sınırlı sayıda olmadığı hususunda doktrin ve yargı mutabıktır¹⁹⁴. Böylece somut olayın özelliklerini dikkate alınarak ilgili değerlerin kişilik hakkı kapsamında olup olmadığını hâkim takdir ve tayin edecektir. Ayrıca

¹⁸⁹ Bu çerçevede IP adresi, bir üçüncü kişiden -erişim sağlayıcıdan- elde ettiği ek bilgiyle kişinin belirlenebilir kılındığı için belirlenebilir olan bir kişisel veri olarak kabul edilmiştir. Bkz. **Breyer**, N. 43. Ayrıca bkz. **Nafiye Yücedağ**, “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, İÜHFM Cilt: LXXV, S. 2, 2017, s. 768-769 (“Hukuka Uygunluk”).

¹⁹⁰ **Çekin**, KVKK, s. 46. Belirlenebilir olma şartını temin yönünden geliştirilmiş mutlak ve nisbi kıstaslar hakkında bilgi için ayrıca bkz. **A.e.**, s. 46-47.

¹⁹¹ Art. 28/1: “*Wer in seiner Persönlichkeit widerrechtlich verletzt wird, kann zu seinem Schutz gegen jeden, der an der Verletzung mitwirkt, das Gericht anrufen.*” (Kişiliğine hukuka aykırı olarak saldırıda bulunulan herkes, saldırıda bulunan kişiden korunmasını temin için mahkemeye başvurabilir).

¹⁹² Bu tartışmanın esasen, TMK m. 24’te “kişilik hakkı” ifadesine yer verilmesiyle son bulduğu savunulmaktadır. Ayrıntısı için bkz. **Hülya Atlan**, Manevi Zararın Tazmin Yolları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 12; **Serap Helvacı**, Gerçek Kişiler, 8. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, 2017 s. 101 vd.; **Mustafa Dural**, **Tufan Ögüz**, Kişiler Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 99 vd.

¹⁹³ **Jale Akipek**, **Turgut Akıntürk**, **Derya Ateş-Karaman**, Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku Cilt 1, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021, s. 345 vd.; Helvacı, s. 101 vd.; **M. Kemal Oğuzman**, **Özer Seliçi**, **Saibe Oktay-Özdemir**, Kişiler Hukuku, 20. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 175 vd.; **Aksoy**, s. 238.

¹⁹⁴ **Akipek**, **Akıntürk**, **Ateş-Karaman**, s. 345; **Dural**, **Ögüz**, s. 99.

kişilik hakkı kapsamında olduğu belirlenen her değer TMK m. 25 ve TBK m. 58 hükümlerine göre korunacaktır¹⁹⁵.

Kişinin korunmasını talep edebileceği, bedeni, hukuki manevi ve ahlaki niteliklerine ilişkin menfaatleri kişilik hakkı olarak isimlendirilmektedir. Bu kapsamda kişilik hakkının, hak ve fiil ehliyeti ve kişisel özgürlük, manevi bütünlük yahut diğer bir ifadeyle insanları manevi ahlaki ve fikri yönlerine ilişkin nitelikleri ve beden bütünlüğünden oluştuğu kabul edilmektedir. Kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlere örnek olarak, vücut bütünlüğü, kişinin adı, resmi, şeref ve haysiyeti, toplumdaki saygınlığı, ticari itibarı verilebilmektedir¹⁹⁶. Böylece somut olayın özelliklerini dikkate alınarak ilgili değer kişilik hakkı kapsamında olup olmadığını hâkim takdir ve tayin edecektir. Kişilik hakkı kapsamında olduğu belirlenen her değer TMK m. 25 ve TBK m. 58 hükümlerine göre korunacaktır¹⁹⁷. Bunun dışında kişilik değerlerinin kapsamında yer almasa da bizatihi kişisel veriler de bir kişilik değeridir¹⁹⁸.

İnceleme konusu bakımından önem arz eden hüküm, hak sahibinin işlemlerine yönelik öngörülen koruma esaslarıdır (TMK m. 23-iç himaye). Bu madde uyarınca üzerinde tasarrufta bulunulamayacak kişilik değerleriyle tasarrufta bulunulabilecek/sınırlandırılabilir değerler arasında bir ayrım gözetilmektedir¹⁹⁹. TMK m. 23/1’de kişilik hakkının çekirdeğini oluşturan ve bu haktan bağımsız bir mali değeri olmayan haklar yer alırken²⁰⁰; TMK m. 23/2 kapsamında koruma altına alınmış bulunan kişilik değerleri, kişinin hukuki işlemlere konu edebileceği kişiliğe bağlı değerlerdir²⁰¹.

¹⁹⁵ Bir değer kişilik hakkı kapsamında yer alıp almadığına ilişkin yapılan değerlendirmelerde, temel hak ve hürriyetler ile kişilik hakkı arasında bir bağlantı kurulmaktadır. Şayet somut olayda bir temel hak ve özgürlüğün ihlal edilmesi söz konusuysa bu durum kişilik hakkı ihlalinin varlığı için yeterli kabul edilir. Bkz. Yarg. 11. HD, T. 8.6.2016, 11487/6313; Yarg. 11. HD, T. 23.12.2014, 13992/20286; Yarg. 11. HD, T. 20.1.2016, 10156/539; Kazancı İçtihat Bilgi Bankası- 23.10.2019). Böylece temel hak ve hürriyetlerin etkin bir biçimde korunması temin edildiği gibi; kişilik hakkı kavramının içeriğinin belirginleşmesine de katkı sağlanacaktır.

¹⁹⁶ **Helvacı**, s. 105 vd.; **Dural, Ögüz**, s. 101 vd.; **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 179 vd.

¹⁹⁷ Kişisel verilerin kişiliğin temelinde yer aldığı yönünde bkz. **Samuelson**, s. 1142; **Aksoy**, s. 237, 241.

¹⁹⁸ Bkz. AY m. 20/3.

¹⁹⁹ **Karabağ Bulut**, s. 95.

²⁰⁰ **Karabağ Bulut**, s. 112-113.

²⁰¹ **Karabağ Bulut**, s. 117. Ayrıca bkz. Birinci Bölüm/III./B./2. TMK. m. 23/2’nin iki farklı hususu düzenlediği ve “kişinin özgürlüklerinden vazgeçemeyeceği” ifadesinin mutlak

Her ne kadar kişilik hakkı, korunmasının temelinde insan onuru ve insanın maddi ve manevi bütünlüğüne saygı duyulması esasları yer alsa da kişilik hakkının mali yönü de inkâr edilemez²⁰². Nitekim Alman Federal Mahkemesi, *Mephisto* kararında, kişilik hakkının aynı zamanda mali bir yönü olduğunu vurgulanmıştır²⁰³. Bunun yanı sıra *Paul Dahlke* kararında, kişinin kendi imajına sahip olma hakkını “*ayrı bir mali değer-varlık*” olarak nitelendirmiştir²⁰⁴. Bu kararlardan hareketle bir kişilik değeri olarak kişisel verilerin mali bir karşılığı bulunduğundan, kişilik değerleri üzerinde hak sahibine tanınan yetkilerin ortaya konulması, kişisel veri üzerindeki tasarruf imkânının çerçevesinin de çizilmesi anlamına gelecektir. Bu sebeptendir ki kişisel verilerin artık sadece bir kişilik hakkı değeri olması sebebiyle maddi boyutu reddedilip manevi yönüyle ele alınması yeterli değildir²⁰⁵.

bağlanma yasağına delalet ettiği “sınırlandırmanın” ise prensipte serbest olmakla beraber geçerli olmasının hukuka veya ahlâka aykırı olmamasına bağlı olduğu ve böylece bir “aşırı bağlanma yasağı” öngörülmesi olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 117. Hâkim görüş olarak nitelendirilen bu görüşteki yazarlar için ayrıca bkz. **A.e.**, s. 117, dn. 90-91. Ancak *Karabağ Bulut* tarafından da işaret edildiği üzere esasında mutlak bağlanma yasağı kapsamında değerlendirilen haller TMK m. 23/1 kapsamında yer almaktadır. Bu ifadeyle kast edilen kişinin tasarruf imkânına sahip olduğu hakları hukuka ve ahlaka aykırı sınırlayamadığı gibi evleviyet ile bu haklardan vazgeçemeyecek olmasıdır. Bkz. **A.e.**, s. 122-123.

²⁰² Avusturya hukukunda da kişilik hakkı maddi-mali karakterine de vurgu yapılarak tanımlanmaktadır. Bkz. **Langhanke**, s. 170. Mahkeme kararları nezdinde de kişinin imajı yahut ismi üzerindeki hak sahipliği vesilesiyle kişilik hakkının mali yönüne vurgu yapıldığı görülmektedir. Bkz. OGH, 6 Ob 57/06k; OGH, 4 Ob 147/90; OGH, 17 Ob 2/10h (*Maria Treben*), çevrimiçi, <https://rdb.manz.at/> -26.11.2021.

²⁰³ BGH, Urt. v. 20.03.1968, I ZR 44/66 (*Mephisto*), GRUR, 1968, 554, çevrimiçi, BECK ONLINE-03.08.2021.

²⁰⁴ BGH, Urt. v. 08.05.1956, I ZR 62/54 (*Paul Dahlke*), GRUR, 1956, 427, çevrimiçi, BECK ONLINE-03.08.2021.

²⁰⁵ Aksine kişilik değeri olmasının dışında kişisel verilerin mali yönü açıkça kabul edilmektedir. Bkz. **Sattler**, *Personality*, s. 42-43.

B. Kişilik Hakkının Maddi Boyutu ve Hak Sahibinin İmkânları

1. Kişilik Değerleri Üzerindeki Tasarrufların Hukuki Rejimi

a. Tasarruf İşlemi Türleri ve Kişilik Değerlerinin Tasarruf İşlemine Konu Edilmesi

i. Tasarruf Kavramı ve Türleri

Tasarruf gerek hukuk literatüründe gerekse günlük hayatta geniş anlamıyla kullanılsa da²⁰⁶ tasarruf işlemi, satış, takyidat (kısıtlama), değişiklik veya feragat yoluyla bir hakkı veya hukuki ilişkiyi doğrudan etkileyen ve malvarlığında doğrudan etki meydana getiren hukuki işlemlerdir²⁰⁷. Hak sahibinin iradesiyle değiştirilebilecek veya ortadan kaldırılabilir her bir hak veya hukuki ilişki tasarruf işlemine konu olabilir²⁰⁸. Tasarruf işlemi devreden hukuki pozisyonuna etkisi esas alınarak devren yahut tesisen gerçekleştirilen kazandırma işlemleri olmak üzere ikiye ayrılmaktadır²⁰⁹.

Tesisen kazandırma (*konstitutiver Übertragungen*) asli hakka bağlı bir ikincil hakkın (*Tochterrecht*) ortaya çıktığı hukuki işlemlerdir. Böylece tasarrufta bulunan asli (*Mutterrecht*) hakkını kullanmaya devam eder²¹⁰. Mevcut hak sahibinin hak sahipliğinin, sona erdiği ve yeni bir hak sahibinin söz konusu olduğu hukuki işlemler ise devren gerçekleştirilen bir tasarruf işlemi teşkil eder (*translativen Übertragungen*)²¹¹. Bununla birlikte hak sahibi değişmemesine rağmen hakkın

²⁰⁶ Tasarruf kelimesinin geniş anlamı için bkz. **Andreas von Tuhr, Peter Hans**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraph Verlag, 1979, § 25 I., s. 194 vd

²⁰⁷ **von Tuhr, Hans**, s. 194; **Christoph Müller**, Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizer Obligationenrecht, Bern, Stämpfli Verlag, 2018, N. 158, 160; **Ingeborg Schwenzer**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2016, N. 3.33; **Peter Gauch, Walter R. Schluep, Jörg Schmid, Susan Emmenegger**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil Band I, 11. Auflage, Zürich, Schulthess, 2020, N. 137; **Christian Berger**, Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, s. 8 (“Verfügungsbeschränkungen”); **Mustafa Dural, Suat Sarı**, Türk Özel Hukuku Cilt 1-Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, s. 211; **Halûk Nami Nomer, Pakize Ezgi Akbulut**, Medeni Hukuka Giriş-Bölüm I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022, N. 343.

²⁰⁸ **von Tuhr, Hans**, s. 194.

²⁰⁹ **Berger**, Verfügungsbeschränkungen, s. 81 vd.

²¹⁰ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 78, 84, 95; **Specht**, Konsequenzen N. 329; **Langhanke**, s. 156.

²¹¹ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 84; **Florian Unseld**, “Die Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten”, GRUR, 2011, s. 987; **Specht**, Konsequenzen, N. 332; **Langhanke**, s. 161; **Leinemann**, s. 70.

tanındığı yetkilerin başkası tarafından kullanılması başka bir husustur (*die faktische Übertragbarkeit*). Hak sahibi dışındaki bir kişinin kendisine verilen yetkileri kullanabilmesi veya bir varlığın (değerin) sahibinden ayrılması yetkilendirilmeyle ilgilidir ve bu gibi hallerde hakkın içeriği ve sahibi değişmez²¹². Bu tür ilişkiler, borçlar hukuku kapsamındaki çözümler ile şekillenir. Borçlandırııcı işlemler sadece borçlar hukuku kapsamında kişinin sahip olduğu yetkilere ilişkin iken (*tarafklar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracak şekilde*), tasarruf işlemleri bizatihi kişinin kendi hakimiyeti altındaki değerlere yönelik kesin sonuçlar doğurur. Tasarruflar (*tasarruf işlemi sonucunda*), ilgili hak üzerinde etkilerini doğrudan gösterir ve *erga omnes* bir etkiye sahiptir. Bir tasarruf işlemi olan devir, kanuni tahsis düzenini (*hakkın*) değiştirir²¹³.

ii. Kişilik Değerleri Üzerinde Gerçekleştirilebilecek “Tasarruflar”

Kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerin, devren yahut tesisen gerçekleştirilecek tasarruf işlemlerine konu edilip edilemeyeceği tartışmalıdır. Bu kapsamda kişilik hakkının mali yönünü ve devredilme imkânını reddeden görüşün gerekçesi kişilik hakkının bizatihi o kişinin varlığını korumayı hedef tutmasıdır²¹⁴. Bu nedenle kişilik değerinin devredilmesiyle söz konusu korumanın başkası için geçerli olması düşünülemez²¹⁵. Kişilik değerleri dolayısıyla kişisel veriler üzerindeki hak, tasarruf işlemlerine konu edilemeyecek devredilemez mutlak bir haktır. Bu, kişilik değerlerinin bir *-ile sorumluluk unsuru* oluşturamayacağı ve hiç kimsenin kişisel hakların korunmasından vazgeçmeye zorlanamayacağı anlamına gelmektedir²¹⁶.

²¹² Zech, Schutzgegenstand, s. 75. Örneğin bir taşının kira sözleşmesine konu edilmesi bu tür tasarruflara örnektir.

²¹³ Schmidt, s. 41.

²¹⁴ Karl-Nicholaus Peifer, Individualität im Zivilrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001, s. 306 (“Individualität”).

²¹⁵ Meile, Art. 28, N. 7, 35; Peukert, s. 610; Unseld, s. 984.

²¹⁶ Specht, Konsequenzen, N. 331; Andreas Sattler, “Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand”, JZ, 2017, s. 1037, çevrimiçi, BECK ONLINE-04.08.2021 (“JZ”). Bu görüşle tutarlı olarak, kişiliğin ve dolayısıyla kişinin korunması, ilgili kişinin ölümüyle sona ermektedir. Ölen kişinin yakınları, yakın akraba veya arkadaşlarının itibarının korunmasını da içerebileceğinden, ancak kendi kişilik haklarına dayanarak ölümden sonra hayatta kalan kişisel varlıklarının korunmasını sağlayabilirler. Bu gerçek aynı zamanda kişiliğin ölüm sonrası sınırlı bir şekilde korunması anlamında da anlaşılır. Devredilemezliğin önemli bir sonucu, örneğin kişisel iflas veya haciz durumunda kişilik haklarının haczinin mümkün

Ayrıca kişilik hakkı kapsamında yer alan değerler üzerinde yan haklar oluşturulmasıyla hakkın kişisel değerlere yahut varlıklara bölünmesi mümkün değildir. Münhasır kullanım hakları, hak sahibine hak konusunun bir bölümünü yahut tamamını tek başına kullanımına ve üçüncü şahıslar tarafından kullanılmasına karar verme yetkisi bahşeder (*erga omnes-herkese karşı*)²¹⁷. Münhasır kullanım hakkı verilmesiyle tasarrufta bulunan da ilgili haktan yararlanma imkânını kaybeder²¹⁸.

iii. Kişilik Değerleri Üzerindeki Tasarruflara Farklı Bir Yaklaşım: Devredilemezlik Kuralının Esnekliği

Kişilik değerlerinin devredilemezliği kuralı Alman hukukunda, kişilik değerlerinin mali yönü (*ticari değeri ve önemi*) göz önünde bulundurularak doktrin ve içtihat düzeyinde sorgulanmaktadır²¹⁹. Söz konusu sorgulamanın içeriğine geçmeden önce İsviçre ve dolayısıyla Türk hukukunda kişilik hakkının devredilemezliği kuralına yönelik sessizlik ve kabulün sebebine de kısaca temas edilmesinde fayda görülmüştür²²⁰. Kişilik hakkını diğer mutlak haklardan ayıran özelliği, devredilemez niteliğiye de Alman hukukunda özellikle kişinin resmi üzerindeki hakların devrinin mümkün olup olmadığı sıklıkla tartışma konusu haline getirilmektedir²²¹. Bunun sebebi olarak İsviçre ve Türk hukukunun aksine Alman hukukunda özel hukuk hükümleri uyarınca tazminat yaptırımıyla korunan kişilik

olmaması ve ilgili kişinin iradesi dışında kullanılamamasıdır. Bkz. **Peukert**, s. 534. Ayrıca bkz. **Halil Akkanat**, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004, s. 85 vd. (“Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi”).

²¹⁷ Kişilik değerlerine yönelik işlemlerin tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesinin kişilik hakkının asıl sahibinin hakkına yabancılaştırmasına sebep olacağı ve kendi kaderini tayin imkânının anlamsızlaşacağı gerekçesiyle mümkün olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. (İsviçre) **Andrea Büchler**, “Persönlichkeitsgüter als Vertragsgegenstand?-Von der Macht des Faktischen und der dogmatischen Ordnung”, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts- Festschrift für Heinz Rey, eds. Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zäch, Dieter Zobl, Zürich, Schulthess, 2003, s. 192-195, (“Festschrift”), çevrimiçi, Swisslex-15.12.2021.

²¹⁸ **Specht**, Konsequenzen, N. 331; **Schmidt**, s. 43.

²¹⁹ Aynı yaklaşım tarzının Avusturya hukukunda da söz konusu olduğu yönünde bkz. **Langhanke**, s. 180.

²²⁰ İsviçre ve Almanya’yı karşılaştırdığı çalışmasında **Langhanke** İsviçre doktrin ve yargı kararlarının (konu özelinde) daha az olduğunu ifade etmektedir. bkz. **Langhanke**, s. 177. Aynı yönde ayrıca bkz. **Andrea Büchler**, “Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern-Zur Dialektik von Ich und Mein”, AcP, Heft 2-3, 2006, s. 303-304, çevrimiçi, Mohr Siebeck-26.11.2021, (“AcP”).

²²¹ **Langhanke**, s. 177; **Leinemann**, s. 63.

değerlerinin sınırlı sayıda olmasına işaret edilmektedir²²². Koruma kapsamının genişliği²²³ ise kuralın sorgulanamaz niteliğinin kabul edilmesi sonucunu beraberinde getirmektedir²²⁴. Yine Avusturya hukukunda ise Alman hukukunun etkisiyle kişilik değerleri üzerindeki tasarruf imkânları tartışma konusu edilmektedir²²⁵.

Alman hukukunda ifade edildiği üzere kişilik hakkının mali yönünün, tasarruf işlemine konu edilerek hak sahibinden ayrılma imkânı tartışma konusu edilmektedir²²⁶. Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kişiliğin geliştirilmesi hakkının anayasal olarak güvence altına alınan çekirdeğinin, kişilik hakkının sahibi tarafından değiştirilmemesi gerektiğine karar vermiştir. Bu kapsamda kişilik hakkının ideal bileşenlerinin vazgeçilmez ve devredilemez olduğunu belirterek, devrin mümkün olup olmadığı ve mümkünse nasıl olduğu sorusunun bu kıstas esas alınarak belirlenmesi gerektiğine hükmedilmiştir²²⁷. Bu karar akabinde Anayasa Mahkemesinin, kişilik haklarının ticarileştirilmesini kabul eğiliminde olduğu iddia edilmiştir²²⁸. Söz konusu kararda Mahkemenin yalnızca kişilik hakkının ideal çıkarları koruyan unsurlarının devredilemez ve mirasçılara intikal etmez olduğunu tespit etmesi bu görüşü destekler niteliktedir. Alman Federal Anayasa Mahkemesi ve Federal Mahkemenin verdiği kararlar uyarınca, kişilik değerlerinin ticarileştirilmesi

²²² **Langhanke**, s. 178.

²²³ Bu sebeple kişilik hakkı korumasının genişletilmesi ve geliştirilmesi yönündeki ihtiyaç ve tartışmaya da İsviçre hukukunda rastlanmaz. Bkz. **Langhanke**, s. 178.

²²⁴ **Langhanke**, s. 178. Bir adım ilerisinde kişilik hakkının devredilebilirliğini tartışan görüşlerin İsviçre doktrininde eleştiriye tabi tutulduğu görülmektedir. Bkz. **Büchler**, AcP, s. 320 vd. **Langhanke** dolaylı olarak Alman hukukunda manevi tazminat talebine konu edilebilecek değerlerle sınırlı olarak kişilik hakkının devredilemez niteliğinin ele alınması eğilimi olduğunu ifade etmektedir.

²²⁵ **Langhanke**, s. 172. Bu kapsamda birtakım kişilik değerleri üzerinde (örneğin kişinin ismi ve imajı gibi) tasarruf işlemi (*erga omnes* etkili) yapılabileceğinin Avusturya hukukunda da kabul eden yazarlar bulunmaktadır. bkz. **Reinhard Resch**, Die Einwilligung des Geschädigten, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1997, s. 38 vd., naklen: **Langhanke**, s. 173.

²²⁶ **Langhanke**, s. 178. Bununla birlikte **Langhanke** mali yönü bulunsa da kişilik değerlerinin hak sahibinden tamamen ayrılmasının mümkün olmadığını açıkça ifade etmektedir. bkz. **Langhanke**, s. 178. Bu yönde İsviçre Federal Mahkemesi kararı için ayrıca bkz. BGE 84 II 573.

²²⁷ Werbekampagne mit blauem Engel, s. 1051.

²²⁸ **Leinemann**, s. 63.

mümkün görülmekle beraber bir sınırının olduğu ve bu sınırın da kişilik hakkının özüne dokunulmaması olduğu ifade edilebilecektir²²⁹.

Alman Federal Mahkemesi *Nena* kararında kişilik hakkının bir görünümü olduğunu kabul ettiği, kişinin kendi imajına sahip olma hakkının devredilebilir olup olmadığı sorusunun tartışmalı olduğunu açıkça zikretmiş ve fakat bu soruya lafzen farklı hükmen farklı bir cevap vermişse de tartışmaya dahil olmaktan kaçınmıştır²³⁰. İlgili uyuşmazlıkta şarkıcı olan *Nena*, dünya çapında faaliyet gösteren davacı menajeriyile imzaladığı sözleşme uyarınca, imaj hakkı da dahil olmak üzere, *Nena* sahne ismine yönelik mali haklarını bir ücret karşılığı münhasır yetkili olmasını sağlayacak şekilde devretmiştir. Bir diğer ifadeyle (dava dışı) *Nena* davacıya münhasır lisans tanımıştır. Buna rağmen davalı üçüncü kişi, üzerinde *Nena* resimlerinin olduğu çeşitli ürünleri piyasaya sürmüştür²³¹. Davacı menajerlik şirketi, *Nena* ürünleri satan bu üçüncü kişiyi dava etmiştir. Mahkeme kişilik değerleri üzerinde üçüncü kişilere etkili olacak tasarrufların geçerli olup olmadığı sorusunun uyuşmazlığın çözüme kavuşturulması adına cevaplanmasına lüzum olmadığını ifade etmiştir²³². Mahkeme somut olayda kişilik hakkı kapsamında yer alan unsurlardan birinin devrinin söz konusu olmadığına da ayrıca dikkat çekmiş ve fakat para karşılığı üçüncü şahıslara imajı üzerindeki mali haklarını kullanma yetkisinin münhasıran devri halinde, hak sahibi bu kişinin izni olmaksızın resmi kullanan kişiden resmin kullanması dolayısıyla elde ettiği gelirin iadesini sebepsiz zenginleşme hükümlerine dayanarak talep edebileceğine hükmetmiştir²³³.

İsviçre hukuku yönüyle meseleyi inceleyen *Büchler* ise benzer bir farazi olay için aynı sonucu önermiştir. *Büchler*'in örneğinde: “*Simon Ammann* -İsviçreli kayakçı- *Haribo* ile resmini ve ismini kış döneminde ürünlerinde kullanması üzerine anlaşır ve taraflar bir münhasır lisans sözleşmesi imzalarlar. Ancak *Ricola*, *Simon*

²²⁹ **Leinemann**, s. 63.

²³⁰ BGH, Urt. v. 14.10.1986, VI ZR 10/86 (*Nena*), GRUR, 1987, s. 128, çevrimiçi, BECK ONLINE-04.08.2021.

²³¹ Ürünler t-shirt, sweat-shirt, sticker, kol çantası, kartpostal, ayna vs. olarak sayılmıştır. Karar metninden anlaşıldığı kadarıyla söz konusu tasarruflardan *Nena*'nın da haberi bulunmamaktadır. Bununla birlikte *Nena*'nın söz konusu davaya yönelik pozisyonunun ne olduğu karardan anlaşılmamaktadır.

²³² *Nena*, s. 128.

²³³ *Nena*, s. 129.

Ammann'ın resimlerini ondan ve *Haribo*'dan habersiz olarak ürünlerinde kullanır". Bu durumda hâkim görüşün aksine *Büchler*, telif hukukunda olduğu gibi münhasır olarak tanınan "lisans" sebebiyle *Haribo*'nun *Ricola*'dan elde ettiği "haksız kazancı" tasfiye etmek maksadıyla üründen elde ettiği gelirin kendisine ödenmesini talep edebilmesi gerektiğini, münhasır lisans tanınması tasarruf işlemi olarak nitelendirilemeyecekse de bu yönüyle tasarruf işlemi benzeri bir etkisi olması gerektiğini savunmuştur²³⁴. Bu çerçevede Alman Federal Mahkemesinin aksine bir gerekçe ileri sürmekle beraber aynı sonuca ulaşıldığı görülmektedir.

Alman Federal Mahkemesinin *Nena* kararıyla benzerliği sebebiyle Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin 2012/3348 esas, 2013/20398 karar numaralı ve 14.03.2013 tarihli kararına da temas edilmelidir²³⁵. Karara konu uyuşmazlıkta davalı tarafından *Arda Turan*'ın Galatasaray formalı resmi poster yapılarak kuşe kâğıda poster adı altında yayımlanmıştır. Davacı spor kulübü *Arda Turan*²³⁶ ile aralarındaki sözleşme uyarınca *Arda Turan*'ın resimleri üzerinde tek hak olduğu, kendisinden izin alınmaksızın yayınlanan posterin telif hakkının ihlal edildiğini ve 50.000 Amerikan Doları telif hakkı bedelinin karar gününde aynen ödenmesini veya dava tarihindeki kur üzerinden hesaplanarak Türk Lirası karşılığının dava tarihinden itibaren işleyecek faiziyle birlikte tahsilini talep etmiştir. Davalı ise davacının dava konusu resim üzerinde hak sahibi olmadığını, savunarak davanın reddini talep etmiştir²³⁷.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi resmin haber amaçlı değil, hediye ek olarak dağıtılarak gazete tirajının artırılması amacına yönelik basılmış olduğuna vurgu yapmıştır. İlk derece mahkemesinin kararını: "...somut olayda toplumu bilgilendirme ve haber alma hakkının sağlanması kapsamında görülmesi mümkün olmayan davalı kullanımı nedeniyle davacının tazminat isteme hakkı bulunmakla, mahkemece bu konuda gerekli inceleme ve değerlendirme yapılarak davalının haksız

²³⁴ **Büchler**, Festschrift, s. 189-190.

²³⁵ Karar metni için bkz. çevrimiçi, Lexpera-İçtihat-24.02.2022.

²³⁶ *Arda Turan*'ın ismi zikredilen karar metninden çıkarılmışsa da aynı olaya ilişkin yapılan karar düzeltme başvurusunda sporcunun ismi yer almaktadır. İlgili karar için ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 12.06.2014, E. 2014/4660 K. 2014/11218, çevrimiçi, LEXPERA-İÇTİHAT-24.02.2022.

²³⁷ Davalı ayrıca davacı bir an için hak sahibi olduğu kabul edilse dahi resmin yayınlanmasının, Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu hükümleri uyarınca izne tabi olmadığını ayrıca davacının tazminat isteminin fahiş olduğunu da savunmasına eklemiştir. Bkz. Yarg. 11. HD, T. 14.03.2013, E. 2012/3348 K. 2013/20398.

kullanımı karşılığı uygun bir tazminata karar verilmesi gerekirken yazılı gerekçe ile davanın reddine karar verilmesi”nin hukuka uygun olmadığı gerekçesiyle davacı lehine kararı bozmuştur. Bu kararda Yargıtay resmin kişilik değeri olması yönüyle bir değerlendirme yapmamıştır. Esasen resmin kulüp formasıyla çekilmesini de göz önüne alarak dava dışı sporcu ve davacı arasındaki sözleşme hükmünün kişilik hakkına aykırı olup olmadığı değerlendirmesi gerekirken; Yargıtay davacının hak sahibi sıfatında hiçbir duraksama yaşamamıştır. Bu karar uyarınca Yargıtay’ın spor kulübünün üçüncü kişilere karşı ileri sürdüğü hakkın mutlak niteliğini kabul etmiş görülmektedir²³⁸.

Marlene Dietrich kararında, Alman Federal Mahkemesi, kişilik hakkının korunmasının hem manevi hem de maddi (*ticari*) değerleri kapsamına aldığını bir kez daha vurgulamıştır²³⁹. Bu durum kişilik hakkının görünüm biçimleri için de geçerlidir. Kişilik hakkının korunmasında manevi değerler her ne kadar önemliyse de özellikle tanınmış kişilerin kişilik özellikleri göz ardı edilmeyecek bir ekonomik değere sahiptir²⁴⁰. Söz konusu karar uyarınca, kişilik hakkının mezkûr mali yönüyle mirasçılara intikal edeceği de kabul edilmiştir²⁴¹. Bununla birlikte Federal Mahkeme, sağlararası işlemler vasıtasıyla ilgili değerler üzerindeki tasarruf ve kullanım imkânlarının ne olduğu sorusunu cevapsız bırakmıştır. Kararda kişilik hakkının mali bileşenlerinin, ideal-manevi çıkarları korumayı hedef tutan bileşenler gibi, hak sahibi ile ayrılmaz-kopamaz bir ilişki içinde olmadığı ifade edilmiştir²⁴². Bu bağlamda Mahkeme, bir hakkın niteliğinin teknik, ekonomik ve/veya sosyal şartların meydana getirdiğı yeni ihtiyaçlar sebebiyle sistem içerisinde zamanla değışim

²³⁸ Aynı yönde ayrıca bkz. Yarg. 11. HD, T. 04.06.2013, E. 2012/14161, K. 2013/11624; Yarg. 11. HD, T. 10.4.2014, E. 2014/1689, K. 2014/7013; Yarg. 11. HD, T. 7.3.2019, E. 2017/5208, K. 2019/1910, çevrimiçi, LEXPERA-İÇTİHAT-24.04.2022. Ayrıca bkz. **Elif Beyza Akkanat-Öztürk**, “Karar İncelemesi: Alman Federal Mahkemesinin (BGH) 14.10.1986 Tarihli “NENA” Kararı”, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/79-21.06.2022>.

²³⁹ BGH, Urt. v. 01.12.1999, I ZR 49/97 (*Marlene Dietrich*), GRUR 2000, s. 709; **Boerding, vd.** s. 233.

²⁴⁰ Bu hakların kullanılmasıyla ilgili kişi, reklam geliri elde edebilmektedir. Bkz. *Marlene Dietrich*, s. 712.

²⁴¹ *Marlene Dietrich*, s. 712.

²⁴² Federal Mahkeme özellikle kişilik değerlerinin ticarileştirilmesiyle ilgili doktrinde zikredilen çekinceleri kabul etmekle beraber, kişilik hakkının mali bileşenlerinin mirasçılara intikal etmesinin kişilik hakkı korumasını güçlendireceğı kanaatindedir. Bkz. *Marlene Dietrich*, s. 712.

gösterebileceğini vurgulamıştır²⁴³. Sonuç itibarıyla Alman Federal Anayasa Mahkemesi maddi yönü itibarıyla kişilik hakkının sağlar arası tasarruflara konu edilip edilemeyeceği sorusunu cevapsız bıraksa da maddi yönü itibarıyla özel hukuk normları kapsamında koruma talep etme imkânının mirasçılara intikal edeceğini kabul etmiştir²⁴⁴.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi kişilik hakkının mali yönünün kişinin ölümünden sonra özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde anayasal bir korumanın değil sadece özel hukuk normları uyarınca öngörülmüş korumanın konusunu oluşturacağını ifade etmiştir²⁴⁵. Bununla birlikte kişilik hakkının manevi yönünü oluşturan ideal değerler anayasal koruma altındadır²⁴⁶. İnsan haysiyetinin ihlali olmaksızın sadece kişilik hakkının ticari değerlerinin kullanılmasına karşı koruma, ölüm sonrası kişilik hakkının anayasal korunması kapsamına girmese de bu tür bir korumanın genel kişilik hakkı yoluyla sağlaması önünde bir engel bulunmadığı savunulmuştur²⁴⁷.

Sonuç itibarıyla hem Alman Federal Anayasa Mahkemesi hem de Alman Federal Mahkemesi, kişilik hakkının ticari bir değer teşkil etmesi tartışmasını, kişilik değeri teşkil eden kişinin kendi resmi, imajı ve ismi üzerindeki hakları ekseninde ele almış ve bu değerlerin konu edildiği hukuki işlemlerin geçerli olacağını kabul

²⁴³ Mahkeme hukuk sisteminin, koşulların-mevcudun sisteme göre kendisini şekillendirme durumunda kaldığı katı bir sistem olmadığı; aksine hukuk düzenin mevcuda hizmet işlevi de olduğunu ifade etmiştir. Bu, özellikle piyasadaki tüm aktörlerin ihtiyaçlarının korunması için de geçerlidir. Bu kapsama kişinin, kişilik değerleri üzerindeki tasarruflarına izin vermek de dahildir. Hukuk düzeni bu kapsamda çatışan menfaatler için adil bir denge tesis etmek durumundadır (*kişilik hakkının manevi boyutu ve kişilik hakkı değerleri üzerindeki tasarrufların kişiye etkileri de dikkate alınacaktır*) Bkz. Marlene Dietrich, 713.

²⁴⁴ Marlene Dietrich, s. 712.

²⁴⁵ *Leinemann*, ilk bakışta kişilik hakkının mali yönünün anayasal korumadan yararlanmayacağı yönünde anlaşılabilir ifadeler kullanmışsa da (bkz. **Leinemann**, s. 60), kararda ölüm sonrası hakkın mali yönünün korunmasına dair ve bununla sınırlı bir hukuki değerlendirme yapılmıştır. bkz. **Specht**, Konsequenzen, N. 257; BVerfG, Beschl. v. 22.08.2006, 1 BvR 1168/06 (*Werbekampagne mit blauem Engel*), GRUR 2006, s. 1050, çevrimiçi, BECK ONLINE-03.08.2021. Mahkemenin işaret ettiği koruma medeni hukuk anlamındaki mülkiyet rejimi değil, ilgili değerlerin bir malvarlığı değeri olarak korunmasıdır. İfade edildiği üzere anayasa hukukunda, medeni hukuktaki teknik ve dar anlamından daha geniş olarak tüm mevcut malvarlığı değerleri ve ekonomik getirisi olacak hukuki pozisyonları kapsamına alan bir mülkiyet kavramı söz konusudur. Bkz. **Gemalmaz**, s. 124 vd.

²⁴⁶ **Specht**, Konsequenzen, N. 257; *Werbekampagne mit blauem Engel*, s. 1050; *Leinemann*, s. 60.

²⁴⁷ *Werbekampagne mit blauem Engel*, s. 1050.

etmiştir²⁴⁸. Bu kararların ortak yönüyse hepsinin tanınmış kişiler hakkında verilmiş kararlar olmasıdır. Kamuya mal olmuş kişilerin kişilik hakkına yönelik tasarruflarda bulunmaları bir diğer ifadeyle imajının ticari bir değer olarak kullanılması (*personality merchandising*) yaygındır²⁴⁹.

Bununla birlikte Türk hukuku bakımından TMK m. 23 ve TBK m. 27 dikkate alındığında kişilik değerlerinin hak sahibinin söz sahipliğini sona erdirecek hukuki işlemlere konu edilebilmesi mümkün değildir. Örneğin işlem ehliyetine yönelik bir sınırlama teşkil eden temsil yetkisi verilmesi halinde ilgili işlemin TMK m. 23 ile ilişkisi gereği –“*kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmen de olsa vazgeçemez*”-temsil yetkisinin her zaman geri alınması mümkündür. Kişilik hakkının konu edildiği hukuki işlemlerde hakkın devri değil; muhatabın kişilik değerinden istifade edebilmesi bakımından yetkilendirilmesi söz konusudur. Bu çerçevede kişilik değeri üzerinde üçüncü kişilerin söz sahipliğinin her zaman hak sahibi tarafından sona erdirilebilecek bir yetki olarak ele alınması uygun düşer.

2. Kişilik Değerlerinin Borçlandırııcı İşlemlere Konu Edilmesi

Üzerinde mülkiyet benzeri bir hak sahipliği statüsü söz konusu olmamasına rağmen mal²⁵⁰ sınıflandırılabilirlerse ve hak sahibine tanınan yetkiler, üçüncü kişilere kullanımlarına sunularak devredilebiliyorsa, kişisel değerlerin ekonomik bir değer olarak hukuki işlemlere konu edilebilmesi, mümkün kabul edilecektir²⁵¹. İktisadi olarak mallar, ihtiyaçları karşılamaya hizmet eden bağımsız varlığı olan

²⁴⁸ **Leinemann**, s. 63; **Thilo Weichert**, “Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung”, NJW, 2001, s. 1463, çevrimiçi, BECK ONLINE-04.08.2021.

²⁴⁹ **Artur-Axel Wandtke**, “Ökonomischer Wert von persönlichen Daten Diskussion des “Warencharakters” von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht”, MMR, 2017, s. 6, çevrimiçi, BECK ONLINE-04.08.2021.

²⁵⁰ Mal-şey kavramı bu cümlede iktisadi bir terim olarak kullanılmıştır. Bununla birlikte mal tanımı için ayrıca bkz. **Nomer, Ergüne**, N. 27.

²⁵¹ **Herbert Zech**, “Data as a Tradeable Commodity-Implications for Contract Law”, European Contract Law and the Digital Single Market, ed. Alberto De Franceschi, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, s. 58, çevrimiçi, SSRN, 06.10.2021, (“Commodity”); **Wolfgang Kilian**, “Personenbezogene Daten als schuldrechtliche Gegenleistung”, Dateneigentum und Datenhandel, Herausgegeben von der Stiftung Datenschutz, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2019, s. 195; **Schmidt**, s. 45. İsviçre hukuku uyarınca da kişilik değerlerinin borçlandırııcı işlemlere konu edilmesinin mümkün olduğu yönünde bkz. **Langhanke**, s. 179.

şeyler olarak tanımlanabilir²⁵². Dolayısıyla bir malın, ayırt edici özelliği yararlı ve insan dışı olmasıdır²⁵³. Bir şeyin mal vasfını taşıması için ekonomik değere sahip olması şartı aranmaz²⁵⁴. Buna karşılık, ekonomik değer, bir malın yokluğunda bir ihtiyacı karşıladığına dair bir çıkarımda bulunulmasını temin edecektir. Bir mala belirli bir ekonomik değer verilmesi, bu nesnenin ihtiyaçları karşıladığına delalet edebilecek ve bu sebeple ilgili şeyin yararlı olduğu sonucuna ulaşılabilecektir. Böylece ekonomik değeri olan bir şeyin mal olarak isimlendirilmesi daha kolay olacaktır.

Kişilik hakkının kapsamında yer alan değerlerin ekonomik değeri olduğu kabul edilmektedir. Nitekim *Marlene Dietrich* kararında Mahkemenin, kamuya mal olmuş kişilerin kişilik özelliklerinin önemi göz ardı edilemeyecek bir ekonomik değere sahip olabileceğini tespit etmesi, verilen karar üzerinde etkili olan en önemli husustur²⁵⁵. Bu sebeple kişilik değerlerinin ekonomik bir değeri olduğundan yararlı olma şartını temin ettikleri savunulabilecektir.

İnsan dışı olma unsuru ise kişiden bağımsız bir varlığının bulunmasına işaret etmektedir²⁵⁶. Bir mal, yararlı olmasının yanında bağımsız olmalıdır. Mal maddi yahut gayri maddi olabilir. Ancak gayri maddi mallar söz konusu olduğunda, bunların hak sahipleri ve diğer varlıklarla nasıl bir ilişkisi olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır²⁵⁷. Bir şeyin mal olabilmesi için sahibi kişiden ayrı bir varlığı olmalıdır²⁵⁸. Bugüne kadar doktrinde hâkim görüş kişilik hakkına münhasıran ideal bir değer atfederken²⁵⁹, artık en azından hukukî açıdan bağımsız, yani hak sahipleriyle

²⁵² **Carl Menger**, Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, Wien, Wilhelm Braumüller Verlag, 1871, s.1-2; **Mark Skousen**, Mikro İktisat, Çev. Atilla Yayla, Ankara Andres Yayınları, 2009, s. 30; **Zech**, Schutzgegenstand, s. 46; **Schmidt**, s. 46.

²⁵³ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 46; **Schmidt**, s. 46.

²⁵⁴ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 49; **Schmidt**, s. 47.

²⁵⁵ *Marlene Dietrich*, s. 712.

²⁵⁶ **Schmidt**, s. 46.

²⁵⁷ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 47; **Peukert**, s. 38; **Benedikt Buchner**, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, s. 209 (“Selbstbestimmung”); **Schmidt**, s. 46.

²⁵⁸ **Skousen**, s. 32; **Zech**, Schutzgegenstand, s. 47

²⁵⁹ Kişilik hakkının iktisadi yönünü reddeden görüş için bkz. **Bianka S. Dörr**, Kurzkomentar ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, eds. Andrea Büchler, Dominique Jakob, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 28 N. 1; görüşün eleştirisi için bkz. **Louisa Specht**, “Daten als Gegenleistung-Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?”, JZ, 72, Heft 15-16, 2017, s. 765 (“JZ”). İsviçre hukukunda kişilik hakkının maddi yönü olduğuna dair çok az sayıda karar bulunmaktadır. Ancak *Luzern Kantonu* idare

ayrılmaz bir şekilde bağlantılı olmayan ve hukuki işlemlere konu edilebilecek kişilik değerlerinin de varlığı kabul edilmektedir²⁶⁰. Bu nedenle kişiden ayrılamaz-bağımlı ve ayrılabilir-bağımsızlaşabilen kişilik değerleri ayrımı yapılmaktadır. Sözleşmesel yükümlülüklerin konusunu oluşturabilecek bağımsız kişilik değerlerine olarak bir kişinin görüntüsü, sesi veya adı gösterilebilir²⁶¹. Ayrılamaz kişilik değerlerine ise fiziksel bütünlük ve yaşam örnek verilebilir²⁶². Böylece bir kişilik değeri²⁶³ olan kişisel veriler de bağımsız/ayrılabilir ve yararlı olarak nitelendirilebildikleri ölçüde sözleşmesel yükümlülüğün konusunu oluşturabilecektir²⁶⁴.

Bir değerın kişiden ayrılabilmesi ve yararlı olmasının yanında bir diğer özelliği de devredilebilir olmasıdır. Bu sayede mal piyasada gerçekleştirilen işlemlerin konusunu teşkil edebilecektir²⁶⁵. Bir değerin devredilebilir kabul edilebilmesi için tasarruf işlemlerine konu edilebilmesi şart değildir. Bu değerdan üçüncü kişilerin istifade edebilmesinin hukuken mümkün olması bir diğer ifadeyle fiilen devredilebiliyor olması yeterlidir (*die faktische Übertragbarkeit*)²⁶⁶. Fiili devredilebilirlik, hak sahibi dışındaki bir kişinin hak sahibine ait yetkileri

mahkemesi 2006 yılında aldığı bir kararla, kişilik haklarının malvarlığının bir parçası olmadığına ve korudukları yasal menfaatlerin parayla ifade edilmediğine karar vermiştir. Bkz. LGVE 2006 Nr. 4, 198 (naklen **Schmidt**, s. 55). Federal Mahkeme de kişilik hakkının malvarlığı haklarının aksine mirasçılara geçemeyeceğine ve devredilemeyeceğine karar vermiştir. Bkz. BGE 101 II 177, 191. BGE 133 III 153, 158 numaralı karardan itibaren (2006 yılı sonrası), açıkça kişilik hakkından kaynaklanan malvarlığı haklarına atıfta bulunmaktadır.

²⁶⁰ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 95; **Peukert**, s. 189; **Kilian**, s. 45, S. 171; **Axel Metzger**, “Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag”, AcP, 2016, s. 843 (“AcP”); **Henry Pearce**, “Personality, Property and Other Provocations”, European Data Protection Law Review Vol:4, Issue 2, 2018, s. 202.

²⁶¹ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 95.

²⁶² **August Egger**, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-10, Das Personenrecht Art. 11-89, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 1930, Art. 27 N. 34; **Zech**, Schutzgegenstand, s. 95; **Karabağ Bulut**, s. 126.

²⁶³ İsviçre hukuku uyarınca kişilik değerlerinin sözleşmeye konu edildikleri takdirde bu sözleşmenin ve dolayısıyla taahhüt edilen borcun geçerli olduğu yönünde bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 181.

²⁶⁴ Bkz. III./B./3.

²⁶⁵ **Herbert Zech**, “Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB-Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen”, AcP, Hefte 3/4, 2019, s. 496 (“AcP”); **Schmidt**, s. 48.

²⁶⁶ **Christian Berger**, “Verkehrsfähigkeit „Digitaler Güter“-Zur Dogmatik der Verkehrsfähigkeit von Rechten” Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE), Heft 2, 2016, s. 191 (“ZGE”); **Zech**, AcP, s. 496, Dn. 17; **Schmidt**, s. 48.

kullanabileceği anlamına gelir²⁶⁷. Bu hukuki pozisyon borçlar hukuku esasları uyarınca kurulmuş sözleşme yoluyla kazanılır. Tasarruf işleminin aksine, fiili devir üçüncü kişilere karşı da etkili olacak şekilde değil, hüküm ve sonuçlarını *inter-partes*- taraflar arasında doğuracaktır²⁶⁸.

Kişilik hakkına konu değerlerin hak sahibi tarafından hukuki işlemlere konu edilmesi mümkündür (TMK m. 23/2)²⁶⁹. Bu sebeple iktisadi olarak mal niteliği taşıyan kişilik değerleri borçlandırıcı işlemlere de konu edilebilir²⁷⁰. Nitekim kişilik değerlerinin maddi yönleri dikkate alarak kişilik değerleri arasında bir ayırım yapılması gerektiği ve hak sahibinden bağımsız olarak var olan, yani hak sahibine ayrılmaz bir şekilde bağlı olmayan değerlerin hukuki işlemlere konu edilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır²⁷¹. Bu kapsamda borçlar hukuku uyarınca tanınan imkânlar vesilesiyle mali yönünden yararlanılabilen kişilik değerlerinin olduğu kabul edilmektedir²⁷².

Ancak kişilik hakkının bir parçası olması ve ekonomik değerlerinin münhasır olarak devredilememesi nedeniyle kişilik değerleri üzerinde sahip olunan haklar tesisen yahut devren tasarruf işlemine konu edilerek üçüncü kişilere devredilemez.

²⁶⁷ **Berger**, ZGE s. 175; **Zech**, Commodity, s. 61; **Schmidt**, s. 48.

²⁶⁸ **Berger**, ZGE s. 177; **Zech**, Commodity, s. 60; **Schmidt**, s. 48.

²⁶⁹ Nitekim TMK m. 23/2, kişinin kendisinin gerçekleştirebileceği ve hukuken geçerli olacak işlemlerin sınırını tayin etmek için ihdas edilmiştir. Bkz. **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 217. “Buna karşılık, ikinci fıkra (TMK m. 23/2) kişinin özgürlüklerinden vazgeçememekle birlikte, hukuka veya ahlâka aykırı olmamak şartıyla bunları sınırlayabileceği ifade edilmiştir. O halde, birinci fıkra kapsamına giren değerler üzerinde kesinlikle tasarruf edilemez iken, ikinci fıkra kapsamında korunan değerlerin sınırlandırılması mümkündür. Ancak bu sınırlamanın hukuka veya ahlâka aykırı olmaması gerekmektedir.” (**Karabağ Bulut**, s. 94).

²⁷⁰ Borçlandırıcı işlemler malvarlığının pasifini etkiler; taraflardan en az birinin “malvarlığına yeni bir borç eklenmesi yahut mevcut bir borcun miktarının artması” hukuki sonucunu doğurur. Bkz. **Nomer, Akbulut**, N. 339.

²⁷¹ **Schmidt**, s. 41.

²⁷² **Zech**, Schutzgegenstand, s. 95; **Schmidt**, s. 43; **Leinemann**, s. 71. İsviçre hukuku uyarınca kişilik değerlerinin konu edildiği sözleşme ilişkilerinin taraflar arasında hüküm ve sonuçlarını doğuracağı yönünde görüşler için bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 188. İsviçre hukukunda rıza borçlandırıcı işlem olarak nitelendirilen lisans sözleşmesinin bir parçası olarak ele alındığı için (**Büchler**, Festschrift, s. 178, 181 ve 188) bu işlemin niteliği itibarıyla *erga omnes* etki meydana getirdiği kabulü zaten çelişki teşkil edecektir. Bununla birlikte işlem münhasır lisans sözleşmesi niteliğinde ise tasarruf işlemi benzeri bir etkiye sahip olmasının menfaat durumuna uygun düştüğü yönünde ayrıca bkz. **A.e.**, s. 190. Ancak **Büchler**, hak sahibinin ilgili değerler üzerindeki söz sahipliğinin sona ermesine sebep olacak tasarruf işlemi nitelendirmesine (tanımlamasına) karşıdır. Bu sebeple telif hukukundaki münhasır lisansın, lisans sahibi yönünden öngörülen sonuçlarının kıyasen uygulanmasını savunmaktadır. Bkz. **A.e.**, s. 192-195.

Fiili devirse hakkın etki alanına değil, yetki düzeyine aittir ve borçlar hukuku kapsamında düzenlenmektedir. Şu hâlde bir kişilik değeri üzerinde tesisen yahut devren tasarruf işlemi gerçekleştirilmek suretiyle ilgili değer üzerinde üçüncü kişilerin münhasır hak sahibi olması reddedilmektedir²⁷³.

3. Kişilik Değeri Olarak Kişisel Verinin Maddi Yönü

Veriye dayalı iş modellerinin ortaya çıkmasıyla her bireyin kişisel verileri ekonomik açıdan önem kazanmıştır²⁷⁴. Kişisel verilerin bir kişilik değeri olarak nitelendirilmesi, cevaplanması gereken soru kişisel verilerin ekonomik bir değer olarak hukuki işlemlere konu edilip edilemeyeceği ve şayet bu mümkünse nasıl gerçekleştirileceğidir²⁷⁵. Öncelikle kişilik hakkının maddi yönüne dair öngörülen esaslar, bir kişilik değeri olan kişisel verileri de kapsamına alacak şekilde genelleştirilebilir ve söz konusu esaslar bir kişilik değeri olan kişisel veriler için de geçerlidir²⁷⁶. Kişinin kendi imajına sahip olma hakkı, ismi üzerindeki hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkı aynı hukuki temele dayanır²⁷⁷. Ayrıca zikredildiği üzere gerçek kişilerin fotoğrafları, isimleri aynı zamanda kişisel bir veridir²⁷⁸.

Günümüzde her bireyin kişisel verileri, aynı zamanda ekonomik bir değeri de bünyesinde barındırdığından, tanınmış kişilerin kişilik haklarıyla tanınmamış kişilerin kişilik hakları arasında bir ayrım gözetilmesi uygun değildir²⁷⁹. İçtihat, tanınmış kişilere dair uyuşmazlıklarda gelişmişse de tüm kişilik değerleri için kime ait olduğu fark etmeksizin genelleştirilebilecektir. Sonuç itibarıyla Alman Federal Anayasa Mahkemesinin *Werbekampagne mit blauer Engel* kararında kişilik

²⁷³ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 95; **Schmidt**, s. 43.

²⁷⁴ **Weichert**, s. 1463; **Unsel**, s. 982; **Sattler**, JZ, s. 1045,

²⁷⁵ **Unsel**, s. 987.

²⁷⁶ **Leinemann**, s. 64; **Specht**, Konsequenzen, N. 253.

²⁷⁷ **Leinemann**, s. 64.

²⁷⁸ Kendi imajını oluşturma hakkının ve kişinin ismi üzerindeki hakkının, nihayetinde kişisel verilerin korunmasına hizmet eden bir yönü olduğu da atlanmamalıdır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Florian Klein**, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2017, s. 5. Bu sebeple kişisel veri de teşkil eden kişilik değerlerinin hukuki işlemlere konu edilebileceği kabul edip aynı imkânın kişisel veriler için kabul edilmemesi bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının ölçüsüz sınırlanması olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 75.

²⁷⁹ **Carmen Langhanke**, **Martin Schmidt-Kessel**, “Consumer Data as Consideration”, EuCML 2015, s. 219; **Weichert**, s. 1466.

değerlerine yönelik atıfta bulunduğu anayasal sınırlar kişisel veriler için de geçerli olacaktır²⁸⁰. Dolayısıyla kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilmesine ilişkin esaslar kişilik hakkı kapsamında yer alan değerler için yapılan açıklamalar ile birlikte kişisel verinin özellikleri göz önünde bulundurularak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Elbette kişisel verilerin korunmasına yönelik öngörölmüş esaslar da göz ardı edilmemelidir.

Veri koruma hukukunun varlık amacı, kişisel verinin kendisini yahut ekonomik yönüyle verinin değerini korumak değil, ilgili kişinin kişiliğini ve temel haklarını hukuka aykırı müdahalelerden korumaktır. Bu amaç, KVKK m. 1 uyarınca açıklığa kavuşturulmuştur²⁸¹. İsviçre Federal Mahkemesi, bireyin söz konusu koruma amacı kapsamında kişisel verileri üzerinde kontrol sahibi olduğundan bahsetmektedir²⁸². Bu anlamda zikredildiği üzere kişisel verilerin korunması, sadece gerçekleştirilen işleme faaliyetlerine itirazla sınırlı değildir. Aynı zamanda hukuki işlemlere taraf olarak verileri üzerinde söz sahibi olmayı da kapsamına almaktadır²⁸³.

Veri koruma hukuku klasik olarak bir devir hakkı değil, bir yasaklama veya savunma hakkı temin etmektedir. Bu hukuk dalı uyarınca ekonomik bir değerin korunmasına yönelik koruma tasarlanmamıştır²⁸⁴. Bu yönüyle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu, bir kişinin verileri üzerinde münhasıran hak sahipliğini korumak maksadıyla değil; kişilik hakkını ihlal eden veri işleme faaliyetlerine yönelik bir düzen öngörölmesi adına yürürlüğe konulmuştur²⁸⁵. Bununla birlikte hukuka aykırı

²⁸⁰ **Sattler**, JZ, s. 1042; **Leinemann**, s. 65. İlginçtir ki 1988'de *Forkel*, dış görünüş, hayat tarzı, karakter, kişinin sırları, konuşulan/yazılan kelimeler ve isimlere ek olarak diğer kişisel verileri ticarileştirmesi olası nesneler olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Hans Forkel**, "Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung", GRUR, 1988, s. 498.

²⁸¹ Kişiliğin korunması öncelikle özel alanı, yani özel kişiler arasındaki bilgi alışverişini etkilerken, temel hakların korunması öncelikle verilerin devlet yetkilileri tarafından kötüye kullanılmasıyla ilgilidir. Başka bir deyişle verileri korumakla ilgili değil, insanları kendileriyle ilgili verilerin kendileri için oluşturduğu tehlikelerden kişileri korumakla ilgilidir. Bkz. Birinci Bölüm/II.

²⁸² BGE 138 II 346, 359 f., E. 8.2 Bununla birlikte kararın bütünü dikkate alındığında bu ifadeyle Mahkeme'nin kişisel verilerin korunmasına yönelik olarak kişilik hakkının korunmasından daha kapsamlı korumayı tanımayı amaçladığı çıkarılamayacağı yönünde bkz. **Schmidt**, s. 53.

²⁸³ **Rolf H. Weber, Simon Henseler**, "Daten als Entgelt", Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), 2019, s. 337, çevrimiçi, SWISSLEX-26.11.2021.

²⁸⁴ **Schmidt**, s. 53.

²⁸⁵ Bkz. KVVK m. 1-Gerekçe, çevrimiçi, Lexpera-Mevzuat, 09.10.2021.

veri işlemenin hukuki sonuçları ve tabi olduğu yaptırım/ lar, hakkın iktisadi boyutunun da bulunduğuna işaret etmektedir²⁸⁶.

TMK m. 25 ile bağlantılı olarak KVKK m. 11/1/g uyarınca zararın tazmininin talep edilebilmesinin yanında; KVKK m. 14/3 uyarınca hukuka aykırı veri işleme durumunda, ilgili kişinin hukuka aykırı işleme sonucu elde edilen gelirin kendisine devredilmesini talep etme imkânı vardır. Yetkisi olmaksızın -bir hukuka uygunluk sebebine dayanılmaksızın- ve dolayısıyla kişisel verilerin hukuka aykırı olarak işlenmesi, kullanım hakkının ihlali ve dolayısıyla bir başkasının malvarlığına müdahale olarak görülmektedir. Yine İsviçre Federal Mahkemesi de açıkça kişilik haklarından kaynaklanan iktisadi değerin (*Vermögenswerte*) izinsiz olarak kullanılmasından söz etmektedir²⁸⁷. Böylece hukuka uygun olmayan veri işlemenin sonuçları bütün olarak dikkate alındığında, öngörülen sonuçların esas amacı hakkın iktisadi yönünü düzenlemek olmasa da veri koruma hukukunun hak sahibine iktisadi boyutu olan bir koruma alanını tanıdığı ifade edilebilecek durumdadır²⁸⁸.

a. Kişisel Veriler Borçlandırııcı İşlemlere Konu Edilebilir mi?

Kişilik hakkına yönelik tasarruf imkânlarının neler olduğu sorusu, kişilik hakkının manevi yönüyle doğrudan ilişkilidir. Zira kişilik hakkı üzerindeki tasarruf imkânı, hak sahibinden ayrılabilen değerlere yönelik hak sahibinin sahip olduğu imkânlarla sınırlıdır²⁸⁹. Anayasa uyarınca koruma altına alınmış insan onurunun dokunulmazlığı, kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerin hak sahibi dışındaki kişilerin irade beyanının konusunu oluşturacak -değere yönelik kararın başkası tarafından verilmesini sağlayacak- şekilde devredilmesini yasaklamaktadır²⁹⁰. Bu noktada Alman Federal Anayasa Mahkemesi, kişisel gelişimin anayasal güvence altına alınmış özünün etkilenmemesi gerektiğini vurgulamıştır²⁹¹.

Kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilebilmesi ve dolayısıyla bir değer olarak “tedavüle” sokulabilmesi, veri koruma kanunu uyarınca ekonomik bir değere

²⁸⁶ Schmidt, s. 53.

²⁸⁷ BGE 133 III 153, 158.

²⁸⁸ Zech, GRUR, s. 1155. Schmidt, s. 54.

²⁸⁹ Specht, Konsequenzen, N. 243; Unseld, s. 894; Ayrıca bkz. III./B./2.

²⁹⁰ Specht, Konsequenzen, N. 327; Leinemann, s. 66.

²⁹¹ Werbekampagne mit blauem Engel, s. 1051.

sahip olup olmadığıyla diğer bir ifadeyle hakkın içeriğiyle doğrudan ilgilidir. Bu noktada kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilebilmesi için iktisadi anlamda mal özelliği taşıyıp taşımadığı tespit edilmelidir. Kişisel verilerin piyasada ekonomik bir değere karşılık geldiği tartışma konusu olmaktan uzaktır. Bu durum kişisel verilerin, mal olmanın özelliklerinden yararlı olmayı temin ettiğini ortaya koymaktadır²⁹². Kişisel verilerin aynı zamanda bağımsız nitelikte kişilik değeri oldukları da ifade edilmelidir. Kişisel veriler, hak sahibinden bağımsız ve her halükârda ilgili kişinin sürekli katılımı gerekmeksizin işlenebilmektedir. Özellikle kişisel verilerin ticarileştirilmesi söz konusu olduğunda, hak sahibiyle olan bağ koparılamasa bile ilgili kişiden bağımsız olarak hakkın konusundan yararlanılabilmesi mümkündür²⁹³.

Kişilik hakkına konu değerlerin hak sahibi tarafından hukuki işlemlere konu edilmesi mümkündür (TMK m. 23)²⁹⁴. Kişisel veriler bakımından bu durum açıkça düzenlenmiştir²⁹⁵. Nitekim KVKK m. 5/1 uyarınca hak sahibi verilerinin işlenmesine rıza göstermesiyle verilerini kullanma ve yayma hakkına sahiptir. İlgili kişinin açık rızası, üçüncü şahısların kendisiyle ilgili verileri işlemesini hukuka uygun hale getirecektir²⁹⁶. Sonuç itibarıyla kişilik hakkına konu değerlerin ve dolayısıyla kişisel verilerin borçlar hukuku alanında hukuki işlemlere konu edilmesinin mümkündür²⁹⁷. Aksi takdirde sadece kişilik hakkı ile bağlantısı sebebiyle kişisel veri üzerinde hak sahibinin tasarruf imkânlarının kısıtlanması günün sonunda ilgili kişinin hakkından istifade edememesine neden olacaktır²⁹⁸.

²⁹² **Specht**, Konsequenzen, N 250; **Zech**, Schutzgegenstand, s. 77; **Schmidt**, s. 47.

²⁹³ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 209; **Herbert Zech**, „Industrie 4.0“-Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, s. 1155 (‐GRUR‐); **Schmidt**, s. 47; **Bijok**, s. 411.

²⁹⁴ **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 217; Ayrıca bkz. III./B./2.

²⁹⁵ Bkz. AY m. 20/3, TMK m. 23, KVKK m. 5/1, GDPR Art. 6/1.

²⁹⁶ Veri koruma hukuku kişilere kişisel verilerini tasarruf işlemlerine konu edebilme yetkisi bahşetmez. Bilakis ilgili kişinin dahi verileri üzerinde tasarruf işlemi yapma yetkisi yoktur ancak ve sadece verilerini kullanabilir yani işlenmesine rıza gösterebilir. Bkz. **Zech**, GRUR, s. 1154.

²⁹⁷ **Michael Funke**, Dogmatik und Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Zivilrecht, Nomos, Baden-Baden, 2017, s. 73; **Specht**, Konsequenzen, N. 27; **Leinemann**, s. 66; **Langhanke**, s. 153.

²⁹⁸ **Bijok**, s. 387.

b. Kişisel Veriler Tasarruf İşlemlerine Konu Edilebilir mi?

i. Hak Sahibine Tanınan Korumanın İçeriğinden Hareket Eden Görüş

Kişilik hakkı kapsamında yer alan değerlerin, tasarruf işlemlerine konu edilip edilemeyeceğine dair tartışma, kişisel veriler için de gündeme gelmektedir. Bu kapsamda kişilik hakkının bir parçası olan, kişisel veriler üzerinde devren veya tesisen tasarruf işlemi gerçekleştirilmesini reddeden görüş kişisel veriler üzerindeki hakkın niteliğinden hareket etmektedir²⁹⁹. Bu kapsamda kişisel veriler üzerinde hakkın devredilebilir bir mutlak hak olmadığı; aksine veri koruma hukuku uyarınca tanınan hakkın, çerçeve bir hak teşkil ettiği ve hak sahibinin kişisel veriler üzerindeki karar alma imkânını sınırlandıracak ölçüde münhasıran söz sahibi olacak kişinin hak sahibinden başkası olamayacağı ileri sürülmektedir³⁰⁰. Veri koruma hukukundan doğan hakların, hak sahibinin elinden alınamayacağı ve ilgili kişinin iradesi dışında kişisel verilerin kullanılamayacağı hakkın içeriği de mülkiyet rejimindeki aksine veri öznelirinin-İlgili kişilerin çıkarları doğrultusunda belirleneceği vurgulanmaktadır³⁰¹.

Bu çerçevede hukuki işlemler vasıtasıyla kişisel veriler üzerinde ilgili kişi dışındaki kişilere, *erga omnes (herkese karşı)* etkili bir hukuki statü sağlanması mümkün değildir³⁰². Bu kapsamda lehine tasarrufta bulunulmak istenen kişi, üçüncü kişilerin de sözleşmeye konu kişilik değerlerinden istifade etmesini engelleyemez. Ayrıca kendisine tanınan hukuki konumu üçüncü kişilere devir de edemez³⁰³.

²⁹⁹ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 282; **Specht**, Konsequenzen, N 331; **Schmidt**, s. 43.

³⁰⁰ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 282; **Specht**, Konsequenzen, N 331; **Schmidt**, s. 43.

³⁰¹ **Schmidt**, s. 43.

³⁰² Kişilik değerlerinin tümüne ilişkin aynı yönde görüş için ayrıca bkz. (İsviçre) **Büchler**, Festschrift, s. 178.

³⁰³ **Specht**, Konsequenzen, N. 259; **Langhanke**, s. 151, 159. Bu kapsamda “işlenmemiş-ham veri (raw data) veya sözdizimsel bilgilere (syntactic information)” ilişkin münhasır haklara dair tartışmalar, kişisel veriler için yasal çerçeveyi daha da geliştirmeye yönelik yaklaşımlar ve tartışmalardan ayırt edilmelidir. Bu tartışma, depolama ortamı üzerindeki hak sahipliğinin niteliğine, veri koruma yasasının işbu nitelikteki veriler için de uygulanıp uygulanmayacağına ve veri içeriğine ilişkin fikri mülkiyet haklarının olup olmadığına ilişkindir. Bkz. **Zech**, GRUR, s. 1151; **Die Arbeitsgruppe**, Digitaler Neustart-15.05.2017, s. 88, çevrimiçi, https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf -07.10.2021; **Leinemann**, s. 67.

ii. Kişisel Verilere Yönelik Tasarrufları Lisans Sözleşmesi (Telif Hukuku) Kapsamında Ele Alan Görüş³⁰⁴

Eser sahibinin eseri üzerindeki hakkının ve dolayısıyla hakkın konu edilebileceği hukuki işlemlerin niteliği tartışmalıdır³⁰⁵. Söz konusu tartışma çerçevesinde hakkın hem eser sahibi ile ilişkisini hem de mali yönünü dikkate alınarak hak sahipliğinin *sui generis* bir hak sahipliği olduğu ve hakkın her iki yönünün birbirine bağıllık derecesi ekseninde monist ve düalist yaklaşım olarak nitelendirilen görüşlerle yeniden tanımlandığı ifade edilebilecektir³⁰⁶. Doktrinde fikri haklar özelinde geliştirilmiş söz konusu görüşlerin kişilik değerlerine de teşmil edilmesi fikri ileri sürülmüştür. Kişilik değerinin mali yönünün de kabul edildiği dikkate alındığında bu yaklaşımın kişilik hakkının bünyesine ne ölçüde uygun olduğunun ve sonuçlarının ayrıca ele alınması isabetli olacaktır.

aa. Monist Görüş: Devren ve Tesisen Gerçekleştirilen Tasarruflar

Kişilik hakkı kapsamında bir değer olarak kabul edilen ve anayasal dayanağı bulunan kişisel verilerin, tamamen başkasına ait olması sonucu doğacak şekilde devreden malvarlığından çıkması ve devreden hak sahipliğinin sona ermesi sonucunu doğuracak şekilde tasarrufta bulunulması mümkün değildir (*translativen Übertragungen*)³⁰⁷. Ancak kişilik değerleri üzerindeki tasarrufların etkisine dair tesisen gerçekleştirilen hukuki işlemlerin (*konstitutiver Übertragungen*) devren

³⁰⁴ Kişilik değerleri üzerindeki tasarrufların telif hukukuyla bağlantılı ele alınmasına yönelik yaklaşım Alman hukuku kaynaklıdır. Aynı yaklaşım tarzı Avusturya hukukunda da mevcuttur. Bkz. **Langhanke**, s. 171 (özellikle Avusturya Telif Yasası-Fikri Mülkiyet Kanunu §§ 26-27 ekseninde). Bununla birlikte kişisel verilere yönelik işlemler bakımından Avusturya hukukundaki yazarların da Alman hukukuna atıf yapmakla yetindikleri görülmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 172. İsviçre hukukunda ise böyle bir değerlendirmeye genel çerçevede rastlanmaz. Bu yaklaşım telif hukukundaki sınırlı sayı ve tipe bağıllık ilkeleri gerekçe gösterilerek reddedilir. Bkz. **Büchler**, AcP, s. 338; **Langhanke**, s. 179.

³⁰⁵ **Aydıncık**, s. 13.

³⁰⁶ **Aydıncık**, s. 18.

³⁰⁷ Görüşlerin ayrıntısı için bkz. **Unsold**, s. 985; **Specht**, Konsequenzen, s. 249; **Funke**, s. 44; **Langhanke**, s. 159. Kişilik hakkının, hak sahibin ekonomik menfaatlerinin korunmasına hizmet eden bir yönü olsa da kişilik değerlerinin hiçbir suretle devre konu edilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **Karl-Nikolaus Peifer**, "Eigenheit oder Eigentum-Was schützt das Persönlichkeitsrecht?", GRUR 2002, s. 499.

kazandırmalardan farklı ele alınması gerektiği savunulmaktadır³⁰⁸. Bu görüş kapsamında kişilik değerleri ve dolayısıyla kişisel verilere yönelik hukuki işlemler için de telif hukukundaki münhasır (tam) ve basit lisans ayırımına başvurulmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir³⁰⁹.

Bu kapsamda telif hukukunda lehine basit lisans tanınan kişinin, hakka konu şeyden istifade etme imkânı olmakla beraber bu hakkın başkaları tarafından kullanımını engelleyebilecek bir konumda değildir (*olumsuz içerik*)³¹⁰. Bunun yanında sahip olduğu kullanım hakkını üçüncü kişilere devredemez; bunun için eser sahibinden ayrıca muvafakat alması icap eder (FSEK m. 48-49, 54). Münhasır kullanım yetkisi tesis edilmesi ihtimalinde ise hak sahibi, üçüncü kişilerin hakkı kullanmasını engelleme imkânına sahiptir (*olumsuz etki*)³¹¹. Ancak lisansın türü ne olursa olsun sahip olduğu bu hakkı devretmek için eser sahibinin muvafakatine ihtiyaç duyar (FSEK m. 48-49, 54).

Kişilik değeri teşkil eden kişisel veriler üzerinde hak sahibi kullanım imkânını saklı tutsa dahi münhasır kullanım hakkı tanınması, Anayasa ve kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümlerle bağdaşmaz³¹². Münhasır kullanım hakkı sahibinin hakkın olumsuz içeriği vesilesiyle tıpkı devreden hak sahipliğinin sona erdiği hukuki işlemlerde olduğu gibi (*translativen Übertragungen*) kişilik değeri üzerindeki tasarruflar, hak sahibi dışındaki üçüncü kişinin iradesine tabi kılınmış olur³¹³. Kişisel

³⁰⁸ Görüş hakkında bkz. **Hans Forkel**, “Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung”, GRUR, 1998, s. 491; (kişisel veriler) **Unsel**, s. 982; **Langhanke**, s. 156.

³⁰⁹ **Forkel**, s. 491. Lisans sözleşmesi Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun’da tanımlanmamıştır. Bununla birlikte lisans sözleşmesi telif hukukunda eser üzerinde sahip olunan bir mali hakkın, kullanımının devrini ve bunun şartlarını içeren sözleşmedir. **Ünal Tekinalp**, Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012, s. 234.

³¹⁰ **Tekinalp**, s. 235.

³¹¹ Eser sahibi kendi kullanım hakkını muhafaza edebilir. Bu durum hakkın münhasır olma özelliğine hâle getirmez. Bkz. UrhG § 31, Abs. 3, S. 2. Türk hukukunda açık bir düzenleme yer almasa da eser sahibinin münhasır lisans tanınan hallerde de kullanım hakkını saklı tutabileceği kabul edilmektedir. Bkz. **Şirin Aydınçık**, Fikir Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2006, s. 60.

³¹² **Unsel**, s. 987; **Specht**, Konsequenzen, N. 332; **Langhanke**, s. 161; **Leinemann**, s. 70.

³¹³ **Unsel**, s. 987; **Specht**, Konsequenzen, N. 332; **Langhanke**, s. 161; **Leinemann**, s. 70. Bununla birlikte Alman Federal Mahkemesi *Nena*, kararında kişinin imajına ilişkin münhasıran üçüncü kişileri yetkilendirebileceği ve bu takdirde münhasır yetkiyi haiz olan kişinin üçüncü kişilere karşı hakkını ihlal eden eylem-işlemleri karşısında dava açabileceğini kabul etmiştir. Bkz. *Nena*, s. 129. Avusturya hukukunda Yüksek Mahkeme “*Nahrungsergänzungsmittel-Entscheidung*” olarak anılan kararında kişilik değerlerine yönelik tasarruf işlemlerinin mümkün olabilmesine kapı aralayacak şekilde karar vermiş ve

veriler üzerinde, münhasır bir kullanım hakkının tesisi, ana hakkın (*Mutterrecht*) sahibi olan ilgili kişinin kişisel verileri üzerindeki söz sahipliğinin her daim mevcut olması gereğiyle çatışır³¹⁴. Veri temelli iş modeli olarak nitelendirilen birçok hizmet göz önüne alındığında, asli hak sahibi kişisel verileri üzerindeki kullanım imkânını saklı tutsa bile münhasıran girişimcinin yetkilendirilmesi hak sahibinin menfaatlerinin gözetilmemesi sonucunu doğuracaktır³¹⁵.

Kişilik değeri olan kişisel veriler üzerinde bu nevi bir tasarrufta bulunulması diğer bir ifadeyle basit lisans tanınması, ilk bakışta Anayasa ve kişilik hakkının korunmasına ilişkin hükümlerle bağdaşır görünmektedir³¹⁶. Bununla beraber kişisel veriler kapsamında tesisen gerçekleştirilen işlemler üç gerekçeyle reddedilmektedir³¹⁷. Buna göre: (1) özellikle ilgili kişinin rızasını her zaman geri alma imkânına sahip olması sebebiyle tasarruf işleminin kesin ve bağlayıcı olması şartının temin edemez³¹⁸. (2) Kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilmesiyle üçüncü kişiler tarafından işlenmesi ilgili kişinin malvarlığında bir etki meydana getirmediğinden tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir³¹⁹. (3) Son olarak kişilik değerlerinin niteliği gereği bölünerek üçüncü kişilerin malvarlığının bir unsuru olarak ele alınamaz³²⁰.

Rızanın her zaman geri alınabilir olması, kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilmesi halinde bu işlemin tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesine engel değildir. Öncelikle geçerli rızanın geri alınması geçmişe değil ileriye etkilidir³²¹. Bu sebeple işlemin kesinlik vasfını taşımasına etki etmeyecektir. Bununla birlikte özellikle kişisel verileri üzerinde ilgili kişinin sahip olduğu hakları (KVKK m.

üçüncü kişilere etkili olacak devrin mümkün olduğuna karar vermiştir. bkz. **Langhanke**, s. 171. Karar metni için bkz. OGH, 4 Ob 124/10d.

³¹⁴ **Specht**, Konsequenzen, N. 331; **Langhanke**, s. 161; **Leinemann**, s. 70.

³¹⁵ Bu yönde bkz. **Leinemann**, s. 70. İsviçre hukukunda kişilik değerlerinin tasarruf işlemlerine konu edilememesinin gerekçesi olarak hak sahibinin üçüncü kişilere karşı taleplerini ileri sürme imkânında yaşayacağı zorluklar bir diğer ifadeyle hakkına yabancılaşması gösterilmektedir. Bkz. **Langhanke**, s. 179.

³¹⁶ **Forkel**, s. 491; görüş hakkında ayrıca bkz. **Langhanke**, s. 156; **Leinemann**, s. 67 vd.

³¹⁷ **Langhanke**, s. 159; **Schmidt**, s. 39.

³¹⁸ **Langhanke**, s. 159; **Schmidt**, s. 39.

³¹⁹ **Schmidt**, s. 39-40.

³²⁰ **Peifer**, Individualität, s. 306; **Langhanke**, s. 159.

³²¹ **Eleni Kosta**, The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020, Art. 7, s. 351.

11/GDPR art. 12-23) ve veri sorumlusunun yükümlülükleri (KVKK m. 12/GDPR art. 24) dikkate alındığında veri üzerindeki hak sahipliğinin bölünerek paylaşılmasından ziyade ilgili kişinin her zaman hakkın tek sahibi olduğu bir hukuki yapının söz konusu olduğu ifade edilmelidir. Şu hâlde işlemin malvarlığına doğrudan bir etki yaptığı savunulamaz. Bu hukuki durum, kişisel verilerin niteliğiyle ilgilidir. Rızanın geri alınmasının hukuki işlemin nitelendirilmesine bu yönüyle bir etkisi olmamakla birlikte kişisel veriler üzerinde basit lisans tanınmasının (*tesisen devir*) mümkün olmadığı kabul edilmelidir³²².

Tüm bunlara ek olarak Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca tanınan basit lisansın malvarlığına yaptığı etki bakımından hukuki niteliği tartışmalıdır³²³. Basit lisans sahibinin, lisans konusu hakka tecavüzler karşısında mütecavizlere yönelik dava ikame etme imkânından yoksun olması gerekçesiyle söz konusu lisansın bir borçlandırıcı işlem niteliğinde olduğu savunulmaktadır³²⁴. Nitekim basit lisansa ilişkin FSEK m. 56/3 uyarınca ürün kirasına dair Türk Borçlar Kanunu (TBK m. 357 vd.) hükümlerine atıf yapılmış olması da bu görüşü destekler niteliktedir. Kişisel verinin niteliği gereği, ilgili kişinin verilerini kullanmaktan men edilmesi söz konusu olamayacaktır. Sonuç itibarıyla basit-tam lisans ayırımından yararlanılarak veri karşılığı hukuki ilişkilerin ele alınması, kişisel veri karşılığı sözleşmenin malvarlığına yaptığı etkiye dair tartışmaları sona erdirmeyecektir. Bu sebeple bu nitelendirme, nitelendirmeye ulaşılmak istenen sonuca katkı sunmaz.

bb. Döalist Görüş: Mahremiyet ve Aleniyet Hakkının Birbirinden Ayrılması

Kökleri Amerikan hukukuna dayanan bu yaklaşım uyarınca kişilik hakkının, mali bileşenleriyle manevi-ideal bileşenleri birbirinden ayrı ele alınmaktadır³²⁵. Kişilik hakkının ve dolayısıyla kişisel verilerin mali unsurları tamamen devredilebilir

³²² Kişilik hakkına dahil değerler üzerinde telif hukukundan kıyasen basit lisans hakkının tanınmasına yönelik tasarrufların gerçekleştirilmesine yönelik kabulün, mevcut hukuki sorunlar için herhangi çözüm teşkil etmediği yönünde bkz. **Leinemann**, s. 71.

³²³ Tartışma için bkz. **Tekinallp**, s. 234. Bu tartışmanın kişisel veriler ekseninde tasarruf işlemi lehine ele alınması önünde bir engel olmadığı yönünde bkz. **Bijok**, s. 425.

³²⁴ **Nûşin Ayiter**, Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1981, s. 211.

³²⁵ Tüm kişilik değerleri yönünden böyle bir ayırım gözetilmesi gerektiğini savunan görüş hakkında bilgi için bkz. **Johanna Jöns**, Daten als Handelsware, Baden-Baden, Nomos, 2019, s. 134 vd.

niteliktedir. Bu görüş, gizlilik hakkı ile aleniyet hakkını (*alenileştirme yetkisini*) ayıran ABD yasalarına dayanmaktadır³²⁶. Mahremiyet hakkı, kişilik haklarının ideal bileşenlerini korur. Devri ve mirasçılara intikali mümkün değildir. Aleniyet hakkıysa kişilik haklarının mali unsurlarını korur. Aleniyet hakkı devredilebilir ve mirasçılara intikal eder. Kişilik hakkı sahibine hakkın mali boyutu üzerinde geniş yetkiler ve hakkın ticarileştirilebilmesi imkânı tanır³²⁷.

Kişilik hakkının mali bileşenlerinin, manevi bileşenlerinden ayrılmasının makul bir yaklaşım olup olmadığı tartışmalıdır³²⁸. Fikri ve sınai haklara dair tartışmalarda dahi düalist görüş³²⁹ Kıta Avrupası sisteminde benimsenmemişken kişilik hakkının bir parçasını oluşturan kişisel verilerin düalist yaklaşım uyarınca ele alınması, makul ve sistemin bütünüyle uyumlu bir çözüm önerisi olmaktan uzaktır³³⁰. Nitekim Alman Federal Mahkemesinin içtihatları dikkate alındığında, kişilik hakkının ideal ve mali bileşenleri arasında devam eden bağın varlığına vurgu yapılmaktadır³³¹. Bununla birlikte kişilik hakkının mali ve manevi bileşenleri olduğunun kabul edilmesinin esasında Amerikan hukukundaki düalist yaklaşımın Kıta Avrupası ülkelerine bir yansıması olarak da ele alınması mümkündür³³².

³²⁶ Bu görüşü ilk savunanlar için bkz. **Samuel D. Warren, Louis D. Brandeis**, “Right to Privacy”, Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5, 1890, s. 193 vd., çevrimiçi, HeinOnline-01.12.2021.

³²⁷ Görüşlerin ayrıntısı için bkz. **Specht**, Konsequenzen, N. 309 vd.; **Funke**, s. 50; **Langhanke**, s. 159.

³²⁸ **Unsold**, s. 985; **Leinemann**, s. 68. Hukuk sistemlerinin farkına dair açıklamalar için bkz. III./A./1. Bu görüşün tatmin edici olmadığı ve mahremiyetle aleniyetin birbirinden ayrılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. **Jöns**, s. 136.

³²⁹ Türk hukukunda eser üzerindeki hak sahipliğinin *sui generis* nitelikte olduğu kabul edilmekle birlikte bu hak üzerinde sahibinin gerçekleştireceği tasarrufların ne şekilde ele alınacağı özellikle monist yahut düalist görüş çerçevesinde tartışmalıdır. Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu uyarınca monist görüşün esas alındığı bununla beraber özellikle hakkın kullanım yetkisinden başka tamamen devrinin de mümkün olduğu dikkate alındığında klasik monist yaklaşımdan uzaklaşmış olduğuna işaret edilmektedir. Bununla birlikte özellikle “Sözleşme ve Tasarruflar” başlıklı FSEK m. 48 vd. hükümlerinin hem hakkın hem de kullanım yetkisinin devrini düzenlemesi itibarıyla iki görüşün de izlerini taşıması dolayısıyla söz konusu tartışma varlığını muhafaza etmektedir. Bkz. **Aydıncık**, s. 22 vd. Tartışma için ayrıca bkz. **Tekinalp**, s. 92 vd.

³³⁰ Alman hukukunda da ilgili hususun tartışmalı olduğu yönünde bkz. **Specht**, Konsequenzen, N. 318; **Funke**, s. 54; **Leinemann**, s. 68; **Bijok**, s. 410.

³³¹ Marlene Dietrich, s. 712.

³³² **Büchler**, Alman hukukunda kişilik değerlerinin mali ve manevi yönlerinin ayrı ele alınması yaklaşımının kökleri Amerikan hukukundaki mahremiyet ve aleniyet ayrımı olduğuna işaret etmektedir. bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 191-192.

Sonuç itibarıyla kişisel ilgili kişinin en azından borçlandırıcı nitelikteki hukuki işlemler vesilesiyle veri temelli ekonomide kişisel verileriyle bir aktör olarak yer alabileceğinin kabul edilmesidir³³³. Kişisel verinin bir ödeme aracı olarak ele alındığı veri temelli iş modelleri açısından veri üzerindeki hak sahipliğinin hukuki niteliğine dair tartişmalardan önce taraf menfaatleriyle uyumlu “veri-borçlar hukukunun *-data contract law-*” esasları ortaya konulmalıdır³³⁴. En nihayetinde kişisel veriler üzerinde üçüncü kişilere mutlak hak niteliğinde bir hak sahipliğı statüsü temin edilmesi, kişisel verilerin hukuki ilişkilere konu edilmesi adına sahip olunan tek imkân değıldir³³⁵. Kaldı ki kişisel veri üzerinde ilgili kişi dışındaki üçüncü kişiler için mutlak hak kategorisinde bir korumanın hukuk sisteminde temin edilmemiş olması, veri karşılığı ilişkilerin borçlar hukuku kapsamında ifası sorunuyla ilgili değıldir. Kişisel veriler üzerindeki hak sahipliğinin alacak hakkı niteliğinin kabul edilmesi zaten alacaklının borçludan elde ettiğı menfaattir³³⁶.

³³³ **Langhanke**, s. 161; **Leinemann**, s. 71; **Schmidt**, s. 40 vd.

³³⁴ **Karl-Heinz Fezer**, “Dateneigentum-Theorie des immaterialgterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten”, MMR, 2017, s. 3-5 evrimii, BECK ONLINE-06.10.2021; **Walker**, s. 134.

³³⁵ **Walker**, s. 134.

³³⁶ **Walker**, s. 134.

İKİNCİ BÖLÜM:

KİŞİSEL VERİ KARŞILIĞI SÖZLEŞMENİN KURULMASI VE ÖZELLİKLERİ

I. Kişisel Verinin Sözleşme İlişkilerindeki Yerinin Belirlenmesi

Kişisel veriler, kişiliğin dışı vurumu ve bu sebeple bir parçası teşkil ediyorsa da aynı zamanda tüm dünyada ticareti yapılan bir varlık-meta haline gelmiştir¹. Açıkça bu özelliği zikredilen yahut örtülü olarak örneğin girişimci tarafından ücretsiz-*freemium* olarak nitelendirilen kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler kurulmaya başlanmıştır. Başka bir deyişle güncel piyasa koşulları, kişisel verileri özel bir yasal çerçevesi olmaksızın bir tür karşılığa dönüştürmüştür.

Bu fiili durum, kişisel verilerin, sözleşme özgürlüğü ilkesi aracılığıyla sözleşmeden doğan bir borcun konusu olup olamayacağı sorusunu gündeme getirmektedir. Bir diğer ifadeyle borçlar hukuku ve veri koruma hukukunun çizdiği özel sınırlar çerçevesinde kişisel verilerin, sözleşme ilişkilerinde edim niteliğini taşıyıp taşıyamayacağı şayet bu mümkünse bu tür ilişkilerin tabi olacağı esasların ne olduğu cevaplanması gereken güncel ve önemli bir sorundur. Her şeyden önce kişisel verinin konu edildiği hukuki ilişkinin tâbi olacağı kurallar, bu soruya verilecek cevaba göre belirlenecektir. Örneğin Türk hukukunda kişisel verinin edim olarak kararlaştırılabilip kararlaştırılamaması, taraflar arasındaki ilişkinin bir sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmesine etki etmez². Sadece ilgili sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesinde etkilidir. Böylece kişisel verinin edim olarak kabul edilebilip edilememesi, sözleşmenin tek tarafa veya karşılıklı/iki tarafa borç

¹ **Wendehorst**, s. 193. Bu kapsamda veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin “*freemium model*” olarak isimlendirildiği görülmektedir. Bkz. **Chris Anderson**, *Free-The Future of Radical Price*, London, Random House Business Books, 2009, s. 26; **Dirk Staudenmayer**, *EU Digital Law-Article-by-Article Commentary*, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, 20197/770 Art. 3, N. 52.

² Kıta Avrupası hukuk sistemine dahil Türk hukukunun yanında yine Kıta Avrupası hukuk çevresinde yer alan Almanya, Fransa, İsviçre ve Avusturya için de aynı kural geçerlidir.

yükleyen bir sözleşme niteliği taşıyıp taşınamaması bakımından önem taşır. Buna mukabil Anglo-Amerikan hukuk çevresinde sözleşmenin varlık şartlarından birisi de karşılıklıdır (*bargain/consideration*)³. Eğer kişisel verinin edim olarak kararlaştırılamayacağı sonucuna ulaşılacak olursa anılan bu hukuk sistemi bakımından, kişisel veriyi konu edinen hukukî ilişkinin sözleşme olarak nitelendirilmesi de mümkün olamayacaktır⁴.

Çerçevesi çizilen fiili durum karşısında veri karşılığı ilişkilerin hukuki çerçeveye kavuşturulması adına Avrupa Birliği düzeyinde bir direktif yürürlüğe girmiştir (DCD)⁵. Bu Direktif birçok tartışmayı da beraberinde getirmiştir. Gerek bu Direktif (DCD) gerekse bu direktiften bağımsız olarak kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin tabi olacağı hukuki rejimin belirlenmesi gerekir⁶.

Bunun için ilk önce öncelikle kişisel verilerin bir ödeme aracı olup olmadığı değerlendirilmelidir. Ayrıca hangi ihtimal yahut ihtimallerde taraflar arasında veriye dayalı bir hukuki ilişkinin kurulmuş kabul edileceği tespit edilmeli; kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilen her halde taraflar arasında bir veri karşılığı sözleşme ilişkisi kurulmuş sayılıp sayılamayacağı değerlendirilmelidir. Akabinde edim-karşı edim dengesi ve ifa kavramıyla bağlantılı olarak veriye dayalı hukuki ilişkilerde

³ **Hugh G. Beale**, Chitty on Contracts, Vol. 1, 32. Edition, London, Sweet & Maxwell 2017, 4-187.

⁴ Bu sebeple doktrinde, kişisel verinin edim olarak kabul edilmesinin taraflar arasındaki ilişkinin hukukî sözleşme olarak nitelendirilmesi bakımından da önem taşıdığına vurgu yapılmaktadır. Bu yönde bkz. **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 59. Bununla birlikte anılan hukuk sisteminde karşılık kavramının oldukça geniş ele alındığı da atlanmamalıdır. Örneğin New York Mahkemesi, bir amcanın yeğeninin 21 yaşına gelene kadar alkol, sigara kullanmayıp küfür etmemesi karşılığında yeğenine 5.000 Amerikan Doları teklif etmesi ve yeğeninin de bu ilişkinin gereklerini yerine getirmesi durumunda taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi olduğuna hükmetmiştir. bkz. *Hamer v. Sidway*, 124 N.Y. 538, 27 N.E. 256 (N.Y. 1891). Mahkeme yeğenin taahhütlerinin bir karşılık "*consideration*" olduğuna karar vermiştir. Bu durumda kural bir karşılığın varlığıysa da Anglo-Amerikan hukukunda karşılık kavramı farklı ele alınmaktadır. *Common law* hukuk çevresi için kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesinin bir karşılık olduğu kabul edilmektedir. Bkz. **Eliza Mik**, "Contracts Governing the Use of Websites", Singapore Journal of Legal Studies, March 2016, s. 72, çevrimiçi, JSTOR-26.01.2021.

⁵ Directive (EU) 2019/770 of The European Parliament And Of The Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-11.10.2021> ("DCD"). *Sattler* DCD'yi Birlik yasa koyucusunun ulusal borçlar hukukunun özenle korunan duvarlarının arkasına küçük bir Truva atı kaırması olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Andreas Sattler**, "Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter", CR, Heft 3, 2020, s. 146 ("CR").

⁶ Bu düzenlemeye yönelik değerlendirmeler için bkz. İkinci Bölüm/II./C. ve İkinci Bölüm/III./A.

kişisel verilerin bir ödeme aracı mı, bir nevi para mı yoksa ifanın konusunu oluşturan ayrı bir edim mi olduğu ortaya konulmalıdır.

A. Kişisel Veri Bir Ödeme Aracı mıdır?

Dijital dünyada verinin bir para birimi teşkil ettiği ifadesi mecazen kullanılmaktadır⁷. Kişisel veriler herhangi bir devlet tarafından bir para birimi olarak kabul edilmiş değildir. Bu sebeple kişisel verinin ancak ekonomik bir değer taşıması yönüyle hukuki ve iktisadi anlamda bir ödeme aracı olup olmadığı tartışmaya açılabilir⁸. Değer sağlama borcunun (TL, USD veya EUR gibi) para yerine kişisel veriyle ifa edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu⁹, ister istemez kişisel verilerin hukuken bir ödeme aracı yahut bir para olarak kabul edilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir¹⁰.

İktisadi açıdan para, bir mübadele ve ödeme aracı, değer taşıyan bir hesap birimidir¹¹. Bu işlevler paranın karakteristik özellikleridir. Para kavramının hukuki ve iktisadi karşılığı birbirinden farklıdır¹². Paranın hukuki tanımı normlara dayanır. Aynı zamanda hukuki anlamda para kavramı, paranın iktisadi işlevlerine dayanmaktadır. Para evrensel bir sözleşmesel ödeme aracıdır. Bir değere karşılık geldiği için de malın yahut hizmetin değerinin ölçülmesinde hesap birimi işlevi görmektedir¹³.

Kişisel verilerin de bir mübadele ve ödeme aracı olarak kullanılabileceği düşünülebilir¹⁴. Ancak kişisel veri, evrensel olarak geçerliliği kabul edilmiş genel bir mübadele ve ödeme aracı değildir¹⁵. Kişisel verinin para gibi bir değer ifade etmesinin önündeki en büyük engelse doğrudan ilgili kişiyle ilgili olması ve ifade

⁷ **Leinemann**, s. 74.

⁸ **Leinemann**, s. 74.

⁹ **Martin Wintermeier**, “Inanspruchnahme sozialer Netzwerke durch Minderjährige. Datenschutz aus dem Blickwinkel des Vertragsrechts”, ZD, 2012; s. 212; **Leinemann**, s. 74.

¹⁰ **Martin Schmidt-Kessel**, “Verträge über digitale Inhalte-Einordnung und Verbraucherschutz”, Kommunikation & Rech, 2014, s. 479 (“K&R”).

¹¹ **Hugo J. Hahn, Ulrich Häde**, Währungsrecht, München, C.H. Beck Verlag, 2010, § 1 N. 34.

¹² **Hahn, Häde**, § 1 N. 34.

¹³ **Hahn, Häde**, § 1 N. 35.

¹⁴ **Torsten Körber**, “Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien”, ZUM, 2017, s. 96, çevrimiçi, BECK-ONLINE-11.10.2021.

¹⁵ **Schmidt-Kessel**, s. 479.

ettiği değerin zamanla azalması ve hatta yok olması riskidir¹⁶. Her şeyden önce, kişisel veriler hâlihazırda bir iktisadi referans değeri olarak da kullanılmamaktadır. Kişisel verilerin değerinin ölçülebileceği kabul görmüş bir yöntem henüz mevcut olmadığı gibi kişinin kendi kişisel verisinin değerini belirleyebilmesi de mümkün değildir¹⁷. Kişisel verilerin farklı türleri için farklı değerler belirlenmesi mümkündür ve söz konusu değerlendirme oldukça sübjektiftir. Kişiler veriye ilişkin farklı değerler belirlenebilir; ki bu da verinin değer içeriğinin belirlenmesi ve taşıdığı değerin bir standardının olmasını engeller. Bu sebeple kişisel veri para olarak nitelendirilemez¹⁸. Ayrıca kişisel verinin hak sahibi ile bağlantısı dikkate alındığında dolaşım ve tedavül kabiliyetinin varlığı da tartışma konusu edilebilecektir¹⁹. Sonuç itibarıyla kişisel veriler, nitelikleri gereği ne bir para birimi ne de bir ödeme aracıdır²⁰. Ancak bu durum kişisel verinin sözleşmeler hukuku uyarınca bir karşılık teşkil etmediği ve edemeyeceği anlamına gelmemektedir.

B. İfanın Konusu Olarak Kişisel Veriler

Sözleşmeler hukuku anlamında edim-karşı edim kavramı ve veriye dayalı iş modeli uyarınca kişisel verinin bir karşılık teşkil edip etmediğinden önce ifa kavramından ve ifanın konusundan ne anlaşılması gerektiğiyle veriye dayalı iş modeli uyarınca kişisel verinin bu sözleşmede ifanın konusunu oluşturup oluşturmadığı ortaya konulmalıdır.

¹⁶ **Körber**, 96.

¹⁷ **Körber**, s. 96; **Schweitzer**, s. 276.

¹⁸ **Schmidt-Kessel**, s. 479; **Leinemann**, s. 75.

¹⁹ **Körber**, internetin “para birimi olarak veri” ifadesine esasında veriye dayalı ilişkilerde hizmetlerin karşılıksız olmadığına vurgulanması için başvurulduğuna işaret etmektedir. Bkz. **Körber**, s. 96. Aynı yönde bkz. **Leinemann**, s. 75.

²⁰ Veriler para değildir; paranın aksine veriler kıt-kısıtlı değildir ve bir işleme özgü değildir. Birkaç işletme/kişi aynı anda aynı verilere sahip olabilir. Paranın aksine veriler güncelliğini yitirebilir ancak verilerin kullanılması onu ne tüketir ne de yıpratır. Onlar “petrol” den de daha ziyade “güneş ışığı”dır. Bkz. **Körber**, s. 96. Verinin yüzyılın altını olarak anılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Sattler**, Personality, s. 40.

1. Sözleşmesel Borç İlişkilerinde İfanın Konusu

Bir borç ilişkisinin tarafı olan alacaklı borcun borçlusundan, borcun ifasını talep edebilir²¹. Borç kavramının ne olduğu Türk Borçlar Kanunu'nda tanımlanmamışsa da borcun ifa edilmesi gerekliliğine işaret edilmiş ve ifanın konusu esas alınarak ne şekilde bu ifanın gerçekleştirileceği düzenlenmiştir (TBK m. 83-111)²². Bu sebeple borç ilişkisinde ifanın konusu merkezi bir konumdur. Bu durumun bir gereği olarak ifanın konusu-karşılık kavramı esas alınarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır²³. Borç bir borç ilişkisi uyarınca borçlunun ifa etmekle yükümlü olduğu şey yahut bir davranış yükümlülüğü²⁴; borç ilişkisi borcun kaynağına işaret eden daha geniş bir kavramdır²⁵.

Borç ilişkisi kaynakları bakımından sınıflandırılmakta ve Türk Borçlar Kanunu sözleşmeden doğan borç ilişkileri başta olmak üzere borç ilişkilerinin tabi olduğu esasları düzenlemektedir. Sözleşmeler hukukuna hâkim olan ilke sözleşme serbestisidir. Temelini anayasadan alan bu ilke, kişinin iradesiyle tarafı olduğu hukuki ilişkilerde sahip olduğu imkânların genişliğine işaret etmektedir²⁶.

İfanın konusu borç ilişkisinde belirlenir. Sözleşme özgürlüğünün bir sonucu olarak da borç ilişkisinde ifanın konusunun en geniş anlamıyla ele alınması zorunludur²⁷. Türk Borçlar Kanunu uyarınca edimin türleri başka bir ifadeyle ifanın konusu esas alınarak tanımlanması tercih edilmemişse de doktrinde edimin konusunu

²¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2, N. 3; **M. Kemal Oğuzman, Turgut Öz**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 19. Bası, 2021, N. 12.

²² BGB § 241 uyarınca borcun ifa edilmesi gerekliliği vurgulanmış ve fakat ifanın konusu tanımlanmamıştır. Bkz. **Dirk Olzen**, J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht, §§ 241-243 (Treu und Glauben), eds. Dirk Looschelders, Dirk Olzen, Gottfried Schiemann, Berlin, Sellier De Gruyter, 2019, BGB § 241, N. 1.

²³ **Olzen**, BGB § 241, N. 1.

²⁴ **Nomer**, N. 9.

²⁵ **Heinz-Peter Mansel**, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, ed. Rolf Stürner, 18. Auflage, 2021, BGB, § 241, N. 1, çevrimiçi, BECK-ONLINE-12.10.2021; **Gregor Bachmann**, Münchener Kommentar zum BGB, Münchener Kommentar zum BGB-Band 2, ed. Jürgen Franz Sacker, 8. Auflage, 2019, BGB § 241 N. 4, çevrimiçi, BECK-ONLINE-12.10.2021; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2, N. 3 **Oğuzman, Öz**, N. 12; **Nomer**, N. 9.

²⁶ Bkz. Birinci Bölüm/I./B./1./a.; Ayrıca bkz. **Astrid Stadler**, Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, ed. Rolf Stürner, 18. Auflage, 2021 BGB, § 311, N. 1 vd., çevrimiçi, BECK-ONLINE-12.10.2021; **Jan Busche**, Münchener Kommentar zum BGB-Band 1, Münchener Kommentar zum BGB, ed. Jürgen Franz Sacker, 9. Auflage, 2021, § 145, N. 2, çevrimiçi, BECK-ONLINE-12.10.2021.

²⁷ **Oğuzman, Öz**, N. 14; **Leinemann**, s. 79.

verme, yapma ve yapmama borçlarının oluşturacağı ifade edilmektedir²⁸. Bu kapsamda bir şeyin verilmesi, yapılmasının yahut yapılmamasının taahhüt edilmesi (yapma/yapmama/verme borcu altına girmek) mümkündür.

İfanın konusunu oluşturma için bir malvarlığı değeri olma yahut mali bir değer taşıma şartının aranıp aranmayacağı tartışılmıştır. Bu kapsamda borcun nezaket gereği yapılan davranışlar ve ahlaki yükümlülüklerden ayrılabilmesi için malvarlığında bir değer teşkil etmesi yahut bir değere tekabül etmesi gerektiği savunulmuştur²⁹. Bununla birlikte hâkim görüş ifanın konusunu oluşturan değerlerin malvarlıksal bir karşılığının aranmaması gerektiği yönündedir³⁰. İfanın konusu çoğunlukla malvarlıksal karşılığı olan değerler olsa da ifanın konusunu oluşturmak adına böyle bir şartın varlığı aranmaz³¹. Şu hâlde ifasının konusunu malvarlığında yer alan değerler dışındaki şeylerin de oluşturabileceği tespit edilmelidir³². Nihayetinde ifa, alacaklıya mutlaka maddi nitelikte olması gerekmeyen bir menfaat sağlayan iradi bir insan davranışı olarak tanımlanmaktadır³³.

Sözleşme özgürlüğü çerçevesinde hukuka ve ahlaka aykırı olmamak kaydıyla taraflar, bir borcun konusunu ve dolayısıyla edimin ne olduğunu serbestçe belirleyebilecektir (TBK m. 26)³⁴. Bu sebeple bir taahhüdün hukuken bağlayıcı bir taahhüt olup olmadığı bir diğer ifadeyle borç teşkil edip etmediği sorusuna cevap verilebilmesi için taahhütte bulunanın ve muhatabının bağlanma iradesinin varlığı yeterlidir. Bu kapsamda alacaklının, korumaya değer bir ifa menfaatinin olup

²⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, § 2, N. 3 vd.; **Oğuzman, Öz**, N. 20. Edimin konusunu oluşturan davranış biçimleri, belirlenmesi, süresi bakımından sınıflandırılmasına hakkında ayrıca bkz. **Oğuzman, Öz**, N. 21 vd.

²⁹ **Heinrich Dernburg**, Obligationenrecht: Pandekten Band 2, 7. Auflage, Berlin, H. W. Müller Verlag, 1903, s. 51.

³⁰ Bu görüş hakkında ve bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **Peter Gottwald**, Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2019, Vorb. § 339, N. 4, çevrimiçi, BECK-ONLINE-12.10.2021.

³¹ **Gottwald**, BGB Vorb. § 339, N. 4; BGB'yi hazırlayanlar tarafında da bu görüşün benimsendiği yönünde bkz. **Leinemann**, s. 82

³² Bununla birlikte kişisel verilerin kapsamlı bir şekilde işlenme olasılığının bir mali değerinin bulunduğu ve malvarlığında bir değere karşılık geldiği şüphesizdir. Bkz. **Wendehorst**, s. 198.

³³ **Harm Peter Westermann**, Erman Bürgerliches Gesetzbuch-Band I, ed. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 15. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2017, BGB § 241, N. 6; **Christian Grüneberg**, Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebensetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare, München, 80. Auflage, 2021, BGB § 241, N. 4 ("Palandt"); **Christian Grüneberg**, Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, München, 81. Auflage, 2022, BGB § 241, N. 4 ("Grüneberg").

³⁴ **Nomer**, N. 50.

olmadığı da belirleyici değildir. Önemli olan tek şey taahhütte bulunanın bağlanma iradesi ve taahhüdün, hukuka, ahlaka ve kamu düzenine aykırı olmamasıdır³⁵.

2. Veri Temelli İş Modelleri ve Karşı Edim Olarak Kişisel Veri

Edimin konusunun hukukun çizdiği sınırlar içerisinde serbestçe belirlenebileceği ortaya konulduktan sonra, kişisel verinin bir borç ilişkisi kapsamında edim yahut karşı edim teşkil edip edemeyeceği sorusu cevaplanmalıdır. Veriye dayalı iş modellerinde taraflar arasındaki hukuki ilişki bir çevrimiçi yahut çevrimdışı ürün için herhangi bir ücret ödenmeyen yahut indirimli bir ücret ödenen hukuki ilişkilerdir. Ücret yahut ücretin tamamı yerine, sözleşmenin karşı tarafı girişimcinin, kişisel verileri çeşitli amaçlarla işlemesine rıza gösterilmesi aranmaktadır. Kişisel veri işleme faaliyeti mutlaka bir hukuka uygunluk sebebine dayanmalıdır³⁶. Bu hukuka uygunluk sebebi kural olarak açık rızadır³⁷. Bu sebeple kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinde açık rıza beyanında bulunmanın bir edim olarak kararlaştırılmasının mümkün olup olmadığı incelenmelidir³⁸.

İlgili kişinin kişisel verilerini karşılık olarak işlemek niyetindeki girişimci, verilerin işlenmesi hukuka uygun olduğu takdirde bir menfaat elde edecektir. Girişimcinin söz konusu hukuka uygunlukta emin olmakta da menfaati bulunmaktadır. Aksi takdirde amaçlanan yahut gerçekleştirilen veri işleme hukuka aykırı olacak ve karşılık pratikte değersiz hale gelecektir³⁹. Dolayısıyla veri karşılığı bir hukuki işlemde girişimcinin bu verilerin işlenmesindeki hukuki dayanağı tüketicinin (açık) rızası olduğu ölçüde, rızanın her iki tarafın da hukuki işlemle hedef

³⁵ Bir şeyin ifanın konusunu oluşturabilmesi için alacaklının ilgili şeyin ifasından objektif olarak meşru bir menfaat elde edecek olmasının aranması gerektiği savunulmaktadır. Bu görüşteki yazarlar için bkz. **Leinemann**, s. 81, dn. 350.

³⁶ Söz konusu hukuka uygunluk sebebi ilgili kişinin rızası yahut Kanun'da öngörülmüş diğer hukuka uygunluk sebeplerinden birinin varlığıdır. Bkz. KVKK m. 5; ayrıca bkz. **Walker**, s. 131.

³⁷ Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinde hukuka uygunluk sebebinin kural olarak açık rıza olması gerekçesiyle ayrı bir başlık altında detaylı olarak edilecektir. Bkz. İkinci Bölüm/IV./B.

³⁸ Rıza beyanında bulunma edimin konusuna ilişkin sınıflandırmada yapma borcu bir diğer ifadeyle olumlu bir eylemde bulunma borcu olarak ele alınabilecektir. Doktrinde, rıza gösterme bir davranışta bulunma yükümlülüğü-borcu olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Mansel**, BGB § 241, N. 7 vd. **Olzen**, BGB § 241, N. 133; **Walker**, s. 143. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde ilgili kişinin (tüketici) asli edim yükümlülüğünün kişisel verilerinin işlenesine rıza göstermek olduğu yönünde bkz. **A.e.**, s. 155.

³⁹ **Walker**, s. 156-157; **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 72 vd.

tutulan “alışverişi” engelsiz bir şekilde gerçekleştirmesi adına sözleşmenin merkezi unsuru olduğu ve böylece ilişkiyi biçimlendirici bir etkiye sahip olduğu söylenebilecektir⁴⁰.

II. (Açık) Rıza Beyanı ve Borcun Konusu Olarak “Hukuka Uygun” Kişisel Verileri İşleme İmkânı

Türk özel hukukuna hâkim ilkelerden birisi de sözleşme serbestisidir. Bu ilke veri koruma hukukunun özel hukuk yönü için de geçerlidir⁴¹. Kişisel veriler üzerinde borçlar hukuku esasları uyarınca geniş anlamda tasarruflarda bulunabilmesini temin eden ve sözleşme serbestisinin veri koruma hukuku alanındaki yansıması olan hukuki araç ilgili kişinin (açık) rızasıdır⁴². İlgili kişinin işleme faaliyetine yönelik (açık) rızasıyla kural olarak yasak olan veri işleme faaliyeti hukuka uygun hale gelecektir⁴³. Bu nedenle açık rızayla kişisel veri karşılığı hukuki işlemlere taraf olması ve böylece kişisel verinin sözleşmenin konusunu oluşturması gündeme gelecektir⁴⁴.

Kişisel veri işleme faaliyetine gösterilen (açık) rızanın özelliği herhangi bir zaman sınırı olmaksızın geri alınabilmesidir. Bu durum kişisel verilerin işlenmesine yönelik sözleşmeler bakımından hukuki bir sınır teşkil etmektedir. Kişisel verinin edim olarak nitelendirilmesine yönelik sorunlar -tereddütler- (açık) rızanın hukuki niteliği ve her zaman geri alınabiliyor olmasıyla doğrudan ilgilidir⁴⁵. Bu sebeple kişisel verilerin işlenmesi için aranan açık rızanın hukuki işlem teorisindeki yerinin

⁴⁰ **Walker**, s. 157.

⁴¹ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 83 vd.; **Schmidt**, s. 57.

⁴² **Thomas Riehm**, “Freie Widerrufbarkeit der Einwilligung und Struktur der Obligation Daten als Gegenleistung?”, Rechte an Daten, ed. Tereza Pertot, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, s. 179-180; **Schmidt**, s. 57.

⁴³ Açık rıza beyanında bulunmanın bir yapma borcu teşkil ettiği yönünde bkz. **Halil Akkanat**, “2019/770 Sayılı Direktif’in İç Hukuklara Aktarılması Kapsamında Alman Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi, 12.11.2021 (İstanbul), dk. 2:46:03 vd., çevrimiçi, <https://www.youtube.com/watch?v=ay9-UQr5oE0&t=8723s-15.11.2021>, (“Direktif”). İsviçre hukukunda Avrupa genel Veri Koruma Tüzüğü’nden farklı olarak veri işlenmesine yönelik bir yasak bulunmadığı yönünde (kuralın serbestlik olduğu yönünde) ayrıca bkz. **Weber, Henseler**, s. 339; **Schmidt**, s. 57. İsviçre hukukunda veri işlemenin kural olarak yasak olduğu yönünde bkz. **David Rosenthal, Yvonne Jöhri**, Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen (HK-DSG), Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2008, Art. 4, N. 66, çevrimiçi, SWISSLEX-26.11.2021.

⁴⁴ **Zech**, Schutzgegenstand, s. 216; **Zech**, Commodity, s. 68; **Langhanke**, s. 95; **Sattler**, Personality, s. 36; **Schmidt**, s. 57.

⁴⁵ **Leinemann**, s. 84; **Schmidt**, s. 58.

tespit edilmesi gerekmektedir. Bu kapsamda öncelikle kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde tarafların taahhüt içeriklerinin ne olduğu ortaya konulacak ve kişisel verilerin işlenmesi için ilgili kişi tarafından verilen açık rızanın hukuki niteliği tartışılacaktır. Akabinde açık rıza beyanının kendisiyle açık rıza beyanında bulunma taahhüdünün ayrı olması ve bu ayrılığın sonuçları da mercek altında alınacaktır. Bir diğer ifadeyle sözleşme ilişkisi uyarınca üstlenilmiş yapma borcu ile bunun ifası teşkil edecek (açık) rıza beyanının hukuki nitelikleri ve geçerlilik şartları ayrıca değerlendirilecektir⁴⁶.

A. Karşılıklı Borç Yükleyen Sözleşme Kavramı

Veri koruma kanunu uyarınca veri işlemeye rıza gösterilmesi ve böylece kişisel verilerin işlenmesi karşılığında bir içerik yahut hizmetten yararlanması esasına dayanan ilişkiler genellikle ücretsiz yahut karşılıksız bir ilişki olarak nitelendirilmektedir. Bu “bedava” nitelendirmesi sorgulanmaktadır⁴⁷. Bu kapsamda veriye dayalı iş modeli uyarınca karşılıksız sunulduğu iddia edilen ürün yahut hizmetlerin karşılıksız/ivazsız hukuki ilişkiler olup olmadığı tartışmalıdır. Bu tartışma borçlar hukuku uyarınca karşılıksız hukuki ilişkilerin tekabül ettiği kavramın ortaya konulması ihtiyacını beraberinde getirmektedir. Türk Borçlar Kanunu uyarınca karşılık kavramı tanımlanmamış olmakla beraber bir sözleşmenin “*karşılıklı borç yükleyen*” niteliğine birtakım hukuki sonuçlar bağlanmıştır (TBK m.

⁴⁶ İsviçre hukukunda rızanın, rıza beyanında bulunma taahhüdü içeren sözleşmeyle -ki bu ilişki genelde lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir- tek bir hukuki işlem olarak ele aldığına rastlanmaktaysa da (bkz. **Langhanke**, s. 180; **Weber, Henseler**, s. 339) bu görüş Türk hukuku uyarınca en başta veri koruma hukuku esaslarına aykırıdır. Bu sebeple çalışmada (açık) rıza beyanının kendisi ve açık rıza beyanında bulunma taahhüdü ayrı hukuki işlemler olarak ele alınacaktır. İsviçre hukukunda da bu yönde görüş için ayrıca bkz. **Schmidt**, s. 70 vd., 141 vd. **Langhanke** Avusturya hukukuna hâkim prensibin sebebe bağlılık olması dolayısıyla rızanın ayrı bir hukuki işlem olarak ele alınıp değerlendirmesinin bu iki ilişkinin birlik arz etmesi dolayısıyla pratikte bir fark meydana getirmediğini ifade etmektedir. bkz. **Langhanke**, s. 168, 173. Bununla birlikte doktrinde (Avusturya) **Resch**, rızanın kendisi ile rıza beyanında bulunma taahhüdü içeren sözleşme ilişkisinin ayrı ele alınması gerektiği görüşündedir. Bkz. **Resch**, s. 38 vd. naklen: **A.e.**, s. 169. Ancak rıza ile taahhüdün farklı hukuki işlemler olmasıyla sebebe bağlı olmasının sonuçları farklıdır. Bu sebeple söz konusu ayrımın bir hukuki sonucu olmadığı (anlamsızlaştığı) yönünde anlaşılabilecek **Langhanke**’nin görüşüne iştirak edilmemektedir.

⁴⁷ **Metzger**, AcP, s. 818; **Leinemann**, s. 84.

123-125, 136)⁴⁸. Bir diğer ifadeyle karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler ile diğer sözleşmeler arasında rejim farkı öngörülmüştür. Bu fark, karşılıklılık unsuru içeren ilişkilerin tabi olacağı esaslardır⁴⁹.

1. Edim-Karşı Edim Arasındaki İlişki ve Karşılıklılık Kavramı

Karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler bakımından en yaygın örnekler olarak satış, kira, hizmet ve eser sözleşmeleri gösterilmektedir. Bu sözleşmeler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerle aynı kapsamda olduğu iddia edilen⁵⁰ tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdir. Anılan sözleşmelerin ortak özelliği olarak tarafların edimleri arasındaki var olduğu ifade edilen bir değiş tokuş/mübadele ilişkisine işaret edilmektedir⁵¹. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflardan birinin borcu diğerinin borç üstlenmesinin sebebini oluşturacak şekilde mübadele içerisindedir⁵². Tarafların asli edim yükümlülükleri arasında bir sinallagma vardır⁵³.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde edim ve karşı edim arasında sinallagma ilişkisi bulunmakla birlikte karşılıklılık kavramı sadece arasında sinallagma ilişkisi bulunan sözleşmelerden ibaret değildir⁵⁴. TBK m. 123-125 uyarınca karşılıklı borç yükleyen sözleşmeler, edim-karşı edim arasında sinallagma

⁴⁸ Bu kavramın tereddüde yer vermeyecek şekilde tam iki tarafa borç yükleyen hukuki ilişkileri kapsamına aldığı yönünde bkz. **Ayşe Havutçu**, Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 60, 1995, s. 7. BGB uyarınca karşılık-ivaz kavramının birden çok anlamda kullanıldığı yönünde bkz. **Michael Fischer**, Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2002, s. 13.

⁴⁹ **Havutçu**, s. 3 vd.; **Leinemann**, s. 86; **Fischer**, s. 13 vd.

⁵⁰ Bkz. **Havutçu**, s. 3 vd.; **Cüneyt Pekmez**, Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 103.

⁵¹ **Volker Emmerich**, Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2019, BGB § 311, N. 7, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021; **Markus Gehrlein**, Beck'scher Online Kommentar BGB, ed. Heinz Georg Bamberger, 59. Edition, 01.08.2021, BGB § 311, N. 10, çevrimiçi BECK-ONLINE-14.10.2021.

⁵² Örneğin alıcının bedel ödeme borcuna karşı-satıcının malı alıcıya teslim ve mülkiyeti nakil borcu bu türden bir ilişki içerisindedir. Bkz. **Emmerich**, BGB § 311, N. 7. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerin yapısal özelliğine dair ayrıntılı bilgi için bkz. **Havutçu**, s. 8 vd.

⁵³ Sinallagma ilişkisini açıklayan görüşler için bkz. **Havutçu**, s. 8 vd.; **Pekmez**, s. 110 vd. **Emmerich**, BGB § 320, N. 3.

⁵⁴ Karşılıklılık kavramına dair tartışmalar, Türk hukuk literatüründe yer almadığı için ilgili tartışma Alman hukukundaki görüşlerden yararlanılarak incelenmiştir. “*Karşılık-ivaz kavramı, sinallagma kavramı ile bir tutulamaz.*” Bkz. BGH, Urteil vom 16.06. 2010-VIII ZR 259/09 (KG), NJW, 2010, s. 3227, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021.

ilişkisi bulunan hallere uygulanacak hükümler⁵⁵ düzenlenmişse de karşılıklı borç yükleyen ilişki kavramı bununla sınırlı değildir. Edim-karşı edim arasında *sinallagmanın* dışında nedensel bağlantı/nedensellik bağlantısı (*kausale Verknüpfung*) veya koşullu bir ilişki (*konditionelle Verknüpfung*) olduğu hallerde de karşılıklılık söz konusudur⁵⁶.

Sinallagma, bir borcun diğeri için üstlenilmiş olması halinde söz konusudur (*do ut des*)⁵⁷. Tarafların asli edim yükümlülükleri birbiriyle karşılıklı ve mübadele ilişkisi içerisindedir⁵⁸. Sinallagmanın varlığından söz edilebilmesi için sözleşmeye karakterini veren edimler arasındaki ilişkiye bakılması gerekmektedir⁵⁹. Bir edim, karşılığında bir karşı edim elde edilmesi gayesiyle borçlanılıyorsa mübadele ilişkisinin bulunduğu kabul edilmektedir⁶⁰. Mübadele ilişkisinin kurulmasına yönelen ve bu sebeple sinallagma ilişkisi içinde yer alan edimlerin doğumu, varlığı, ifası, devamlılığı, karşı edim göz önünde bulundurularak değerlendirilecektir⁶¹. Bu kapsamda edimler arasında sübjektif yahut objektif olarak bir denklik bulunması aranmaz⁶². Taraflar, sözleşme özgürlüğü uyarınca edim ve karşı edimin kapsamını belirleyebilecektir⁶³.

⁵⁵ BGB 322-326'nın sadece sinallagmanın varlığı halinde uygulanacağı yönünde bkz. **Emmerich**, BGB § 311, N. 10.

⁵⁶ **Paul Oertmann**, Entgeltliche Geschäfte, München, C.H. Beck Verlag, 1912, s. 15 vd.; **Fischer**, s. 42 vd; **Emmerich**, BGB § 311, N. 8-10; **Gehrlein**, BGB § 311, N. 10.

⁵⁷ RG, Urt. v. 05.04.1935-II 327/34, RGZ 147, s. 342, çevrimiçi, Bibliothek-Hamburg-Datenbank (<https://staatsbibliothek-2berlin-1de-100e2fdb800be.emedien3.sub.uni-hamburg.de/emedien-meldungen/rgz-rgst>)-14.10.2021.

⁵⁸ BGH, Urteil vom 21.10.1954- IV ZR 128/54 (Celle), NJW 1954, s. 1884, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021; **Emmerich**, BGB Vor § 320, N. 2; **Grüneberg**, Palandt BGB Einf v § 320, N. 5 **Grüneberg**, Grüneberg, BGB Einf v § 320, N. 5.

⁵⁹ **Emmerich**, BGB Vor § 320, N. 3; **Pekmez**, s. 111.

⁶⁰ **Emmerich**, BGB Vor § 320, N. 3; **Pekmez**, s. 111.

⁶¹ **Pekmez**, s. 115. Bu kapsamda edim ile karşı edimin kader birliği içerisinde olduğunu ifade etmek hatalı olmayacaktır. Mübadele ilişkisi uyarınca edim-karşı edim arasındaki bağın görünümüne ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekmez**, s. 117 vd.

⁶² **Emmerich**, BGB Vor § 320, N. 6; **Grüneberg**, Palandt, BGB Einf v § 320, N. 8; **Grüneberg**, Grüneberg, BGB Einf v § 320, N. 8.

⁶³ Edimin içeriği emredici hükümlere aykırı olmamak kaydıyla serbestçe belirlenebilir (TBK m. 27, 28, 138). Ayrıca bkz. **Emmerich**, BGB Vor § 320, N. 6; **Grüneberg**, Palandt, BGB Einf v § 320, N. 8; **Grüneberg**, Grüneberg, BGB Einf v § 320, N. 8. Edimlerin denkliği öğretisi için ayrıca bkz. **Havutçu**, s. 13-15. Sinallagmanın anlamına ve sözleşmeler hukukundaki karşılığına yönelik mübadele teorisi dışında şart, işlem teorisi ve hukuki sebep (sebeup-amaç) teorisi gibi farklı görüşler bulunmaktadır. Şart teorisi için bkz. **Emmerich**, BGB Vor § 320, N. 11-12. Tüm teorilerin değerlendirmesine yönelik bkz. **Derya Ateş**, Borçlu Temerrüdünde Aynen İfa, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2021, s. 13 vd.

Bununla birlikte kararlaştırılan edimin karşı tarafın edimini ifa etmesinden bağımsız olarak önceden ifa edilmesi halinde de edimler arasında karşılıklılık ilişkisi söz konusudur (nedensellik ilişkisi- *kausale Verknüpfung*)⁶⁴. Örneğin TBK m. 78/1 uyarınca borçlanmadığı bir edimi ifa eden borçlunun iade talebi nedensellik ilişkisi içerisinde bir karşılıklılık bulunur⁶⁵. Nedensel karşılıklılıkta bir tarafın edimini ifa ederken, diğer tarafı gerçekte borçlu olmadığı bir edimi ifaya teşvik etme amacına da sahip olabileceği ve böylece diğer tarafın edimini yerine getirememesi durumunda ilk tarafın borcunun daralması -yahut hiç doğmaması- söz konusu olacaktır (*condictio ob rem*)⁶⁶.

Bunun dışında taraflardan birinin bir işi görmesi yahut bir edimi ifa etmesinin karşılığında, kendisine temin edilen menfaat bir koşullu karşılık (*konditionale Verknüpfung*) olarak nitelendirilir⁶⁷. Bir diğer ifadeyle taraflardan yalnızca birinin bir edimi ifayla yükümlü olması ve bu ifa yükümlülüğünün diğer tarafın borçlu olmadığı bir edimi ifa etmesi koşuluna bağlı olarak ortaya çıkması halinde, bir koşullu bağıllık mevcuttur. Buna göre örneğin acentenin denkleştirme alacağı yahut belirli bir hizmet süresinin doldurulması halinde ek ödemede bulunması (prim) halinde tarafların edimleri arasında bu tür bir ilişki olduğu kabul edilmektedir⁶⁸. Bu kapsamda taraflardan birinin edimini ifa etmesi halinde ancak diğer tarafın karşılık olarak kendi edimini ifa etme yükümlülüğü gündeme gelecektir⁶⁹.

2. Karşılıksız Kavramı ve Karşılıksız Borç İlişkileri

Taraflardan biri bir edimi ifa yükümlülüğü altındayken diğer tarafın herhangi bir edimi ifa yükümlülüğü altında olmadığı hallerde karşılıksız bir sözleşme ilişkisi vardır⁷⁰. Örneğin bağışlama vaadi sözleşmesinde bağışlayanın ifa etme borcu altına girdiği edim karşılığında lehine bağışta bulunulmanın herhangi bir edimi ifa etme

⁶⁴ Emmerich, BGB § 311, N. 9.

⁶⁵ Emmerich, BGB § 311, N. 9.

⁶⁶ Emmerich, BGB § 311, N. 9.

⁶⁷ Emmerich, BGB § 311, N. 7-8.

⁶⁸ Emmerich, BGB § 311, N. 7-8.

⁶⁹ Emmerich, BGB § 311, N. 8.

⁷⁰ Emmerich, BGB § 311, N. 7 ve BGB Vorb § 320, N. 2.

yükümlülüğü yoktur⁷¹. Bağışlamanın gerçekleştirilebilmesi için bağışlanan tarafından katlanılması gereken bir masrafın varlığı -örneğin tapu masrafların beraber karşılanması-, ilgili sözleşmenin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme ilişkisi haline dönüşmesine yol açmaz⁷².

Kimi zaman taraflar arasındaki ilişkinin karşılıklılık yönünden nitelendirilmesi zor olabilir. Bu kapsamda karşılıksız olarak bir edimi ifa ettiğini iddia eden tarafın söz konusu ilişkiden elde ettiği menfaat arttıkça ilişkinin karşılıksız olma niteliğini yitireceği ifade edilebilecektir⁷³. Bu durumda taraflar aralarındaki hukuki ilişkiyi karşılıksız bir sözleşme olarak nitelendirirler de iki tarafın bu ilişkiden elde ettiği/edeceği menfaatler dikkate alınarak aralarında bir bağışlama vaadinin değil; karşılıklı borç yükleyen bir hukuki ilişkinin bulunduğu kabul edilebilecektir⁷⁴. Taraflar, yaptıkları sözleşmeyi hukuken nitelemeyi ihmal etmeseler de bu nitelendirme, sözleşmede öngörülen karakteristik edimlerle uyumlu olması koşuluyla ilişkinin nitelendirilmesinde dikkate alınabilecektir (TBK m. 19/1)⁷⁵. Bu

⁷¹ TBK m. 285/1 uyarınca bağışlama, karşılıksız olma kavramı ile tanımlanmıştır. Buna göre: “Bağışlama sözleşmesi, bağışlayanın sağlararası sonuç doğurmak üzere, malvarlığından bağışlanana karşılıksız olarak bir kazandırma yapmayı üstlendiği sözleşmedir.” Sadece bağışta bulunma iradesinin varlığı yetmediği muhatabı tarafından da bunun kabul edilmesi gerektiği için taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunur. Bkz. **Jens Koch**, Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage 2019, BGB § 516, N. 5, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021.

⁷² **Tiziana J. Chiusi**, J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 516-534 (Schenkungsrecht), Redactor: Sebastian Herrler, Berlin, Sellier De Gruyter, 2021, BGB § 516, N. 39; **Koch**, BGB § 516, N. 26. Koşullu yahut bir mükellefiyet içeren bağışlamada koşul ya da mükellefiyetin varlığı ilişkiyi karşılıklı hale getirmez (bkz. **Koch**, BGB § 525, N. 7). Ancak karma bağış halinde durum farklıdır. Bu takdirde bağışlamaya konu edimin niteliğinden hareket edilerek tarafların iradesi her zaman göz önüne alınarak söz konusu ilişkiye uygulanacak hükümlerin belirleneceği kabul edilmelidir (**Koch**, BGB § 516, N. 34 ve 38).

⁷³ **Chiusi**, BGB § 516, N. 44.

⁷⁴ BGH, Urt. v. 18.10.2011-X ZR 45/10, NJW, 2012, s. 606, N. 19, çevrimiçi, BECK-ONLINE, 14.10.2021; **Chiusi**, BGB § 516, N. 38.

⁷⁵ Sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi, yorumdan farklı olarak, bütünüyle taraf iradelerinin dışında kalan bir husustur. Taraflar sözleşmeyi ne şekilde nitelendirmiş olursa olsunlar, onun hukukî niteliğini belirleme görevi hâkime aittir. Hâkim, önüne gelen sözleşmenin gerçekte hangi kategoriye dahil edilmesi gerektiğini, sözleşmenin taraflarca ne şekilde isimlendirildiğine göre değil içeriğine bakmak suretiyle belirleyecektir. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 32, N. 21; **Jörg Schmid, Hubert Stöckli, Frédéric Krauskopf**, Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, 2. Auflage, Zürich-Basel, Schulthess Verlag, 2016, s. 11, N. 73.

sebeple sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi bakımından asıl önemli olan sözleşmede kararlaştırılan karakteristik edimlerdir.

Sözleşme ilişkisinin karşılık yönünden nitelendirilmesinin önemli hukuki sonuçları vardır. Bir sözleşmenin karşılıksız bir sözleşme niteliğinde olması borçlunun yükünü hafifleten bir etkiye sahiptir. Örneğin bağışlama ilişkisi uyarınca borçlu sadece ağır ihmal ve kastının varlığı halinde zararın giderilmesinden sorumludur. Ayıp ve zapt halindeyse borçlu ayrıca bir taahhütte bulunmuşsa sorumlu olacaktır. Yine TBK m. 293 uyarınca: “*Bir kimse başkasına bağışlamayı önerdiği bir malı, başka mallarından fiilen ayırmış olsa bile, bağışlananın kabulüne kadar, bağışlama önerisini geri alabilir.*” Buna ek olarak belirli şartlar halinde bağışlayanın, bağışlamayı ve bağışlama vaadini geri alma hakkı mevcuttur (TBK m. 294-295). Bir hizmetin ücretsiz alınıyor olması halinde hizmetin muhatabının durumu karşılıksız bir edim ifa eden kişiye kıyasla zayıftır⁷⁶.

3. Karşı Edimin Bir Miktar Para Olarak Belirlenme Zorunluluğunun Bulunmaması

Satış sözleşmesinde alıcının asli edim yükümlülüğü, kararlaştırılan satış bedelini ödemektir (TBK m. 207/1). Bir diğer ifadeyle alıcı karşı edim olarak bir bedel ödeme borcu altındadır. Bu bedel ödeme borcunun kapsamı ise genellikle kararlaştırılan meblağın satıcıya ödenmesidir⁷⁷. Eser sözleşmesi uyarınca ödenecek ücret yahut kira bedeli de para ödenerek değer sağlama borcudur. Bununla birlikte bir edimin karşılığının mutlaka parasal bir değer olarak ödenmesi zorunluluğu yoktur. Aksine bir ekonomik menfaatin temin edilecek olması yeterlidir⁷⁸. Karşılığın

⁷⁶ Koch, BGB, § 516, N. 4; Chiusi, BGB, § 516, N. 7.

⁷⁷ Harm Peter Westermann, Münchener Kommentar zum BGB, Münchener Kommentar zum BGB-Band 4, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2019, BGB, § 433, N. 16, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021.

⁷⁸ Martin Henssler, Münchener Kommentar zum BGB, Münchener Kommentar zum BGB-Band 6, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2020, BGB § 690, N. 4, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021; İsviçre hukukunda rızanın bir karşılık olduğu, karşılığın mutlaka bir miktar para olması zorunluluğu bulunmadığı ve bunun kişisel veri de dâhil olmak üzere veriler için de uygulanabilir olduğu yönünde ayrıca bkz. Langhanke, s. 176; Weber, Henseler, s. 339. Genel itibarıyla lisans sözleşmelerinin para karşılığı kurulmasının zorunlu olmadığı yönünde ayrıca bkz. Retro M. Hilty, Lizenzvertragsrecht, Bern, Stämpfli Verlag, 2001, s. 14; Büchler, AcP, s. 327.

sadece bir miktar paranın ödenmesiyle sınırlı olmadığı kabul edilmelidir⁷⁹. Sözleşme hukuku sistemi uyarınca, karşılık terimi bir miktar paranın ödenmesiyle bağlantılı ele alınması yaygınsa da karşılık kavramı daha geniş bir kavramdır⁸⁰. Özellikle veriye dayalı ekonomide, karşılığın sadece paradan ibaret olabileceğinin savunulması mümkün değildir⁸¹.

B. Kişisel Verilerin Karşı Edim Oluşturduğu Hukuki İlişkiler

1. Taraflar Arasındaki İlişkinin Karşılıklı Borç Yükleyen Karakteri

Veriye dayalı iş modelinde kişisel veri ile veri karşılığı temin edilen menfaat arasında karşılıklılığın var kabul edilmesi için bir sinallagmanın ya da nedensellik ilişkisinin veya koşullu ilişkinin bulunması zorunludur. Bu durumda taraflar arasındaki ilişkinin ne tür bir karşılıklılık teşkil ettiği ve bu ilişkinin esasları incelenmelidir. Öncelikle bu başlık altında konusu para karşılığı bir ürünün sağlanması olan uygulama, içerik yahut hizmetler incelenmeyecektir. Ayrıca konusu kişisel içerik sunulması olan ve hem para ödenen hem de uygulamanın kullanıcı tercihlerini takip etmesi esasına dayanan ürünle (*Spotify, Apple Music vb.*) girişimcinin kendi edimini gereği gibi ifa edebilmesi adına kişisel veri işlemesine dayanan ilişkiler de kapsam dışıdır. Bu çalışma kapsamında kişisel veri taahhüt edilerek bir içeriğe ücretsiz veya indirimli olarak erişilmesi hâlleri incelenecektir. Bir diğer ifadeyle çalışmanın konusu ilgili kişinin bir menfaat elde için kişisel verilerini sağlama borcu altında olduğu hallerdir. Buna ek olarak her geçen gün yeni sözleşme ilişkilerinin ve veri işleme yöntemlerinin gündeme geldiği bugünün dünyasında veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin tüm örnekleriyle incelemesi mümkün ve gerekli

⁷⁹ Alman, Avusturya ve İsviçre hukuku uyarınca kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin karşılıklı borç yükleyen (sinallagmatik) bir sözleşme ilişkisi olduğu yönünde bkz. **Langhanke**, s. 145.

⁸⁰ **Leinemann**, s. 95 ve 98. Nitekim Türk Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş trampa sözleşmesi de bir miktar paranın ödenmesi borcu edim konusu olmasa da bu sözleşmeler karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerdir. Bkz. **Fikret Eren**, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara Yetkin Yayınları, 2018, s. 270 ve ("Özel").

⁸¹ **Leinemann**, s. 98; BGB § 327 uyarınca düzenlenmiş bulunan çevrimiçi ürün sağlanmasına yönelik sözleşmelerde tüketicinin bu ürüne karşılık edimi para yahut kişisel verileri olarak tanımlanmıştır. Bkz. **Grüneberg**, Grüneberg, BGB § 327, N. 8-9.

değildir⁸². Bu çalışmada veriye dayalı iş modellerinin en yaygın örnekleri mümkün olduğunca çeşitlendirilerek ele alınacaktır.

Girişimciyle ilgili arasında bir sinallagma içeren hukuki ilişkinin varlığı tespit edildiğinde taraflar arasındaki sözleşme şartlarında yer alan menfaatin ücretsiz bedava sağlandığı ifadesine itibar edilmeyecektir. Bu ihtimalde taraflar arasında karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin bulunduğu sonucuna ulaşılabacaktır. *Sinallagmatik* bir değiş tokuş ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespiti için taraflar arasındaki sözleşme uyarınca tarafların asli edim yükümlülüklerinin belirlenmesi ve taraflar arasındaki ilişkiye karakterini veren edim tespit edilmelidir⁸³. Bu çerçevede öncelikle kişisel verilerin işlenmesi genellikle teknik sebeplerle ürünün sağlanmasıyla aynı zamanda gerçekleştiğinden kural olarak edimler arası nedensel bir ilişkinin varlığından bahsedilemeyecektir⁸⁴. Bu çerçevede veri karşılığı hukuki ilişkilerde koşullu yahut sinallagma ihtimalleri üzerinde durulmalıdır⁸⁵.

Günümüzde özellikle çevrimiçi hizmetlerde, kullanıcılar genellikle bir parasal karşılık yerine kişisel verilerinin kullanılmasına rıza gösterirler. Böylece veri karşılığında bir çevrimiçi ürün kullanımlarına sunulur. Bu tür ilişkilerde veri ile alınan hizmetin tek hukuki ilişki kapsamında ele alınmasının mümkün olup olmadığı tartışmalıdır. Karşılıklılığın niteliğine yönelik değerlendirmelere geçmeden önce taraflar arasındaki ilişkinin sayısı belirlenmelidir. Öğretide bu gibi halleri de kapsamına alacak şekilde taraflar arasında her zaman iki ayrı hukuki ilişkinin bulunduğu savunulmaktadır. Bu görüşe göre taraflar arasında: (1) reklamcılıkla finanse edilen hizmetin ücretsiz kullanımı ve (2) kişisel veri işlemeye rıza gösterilmesiyle kişisel verilerin işlenmesi olmak üzere iki ayrı hukuki ilişki bulunmaktadır⁸⁶. Ancak azınlıkta kaldığı ifade edilebilecek bu görüş hâkim görüş

⁸² **Philipp Hacker**, “Carmen Langhanke: Daten als Leistung, Tübingen: Mohr Siebeck 2018”, AcP, Vol. 220, 2020, s. 451, çevrimiçi-Mohr Siebeck-27.11.2021, (“AcP”).

⁸³ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 268; **Specht**, JZ, s. 764; **Pekmez**, s. 111; **Emmerich**, BGB Vor § 320, N. 3.

⁸⁴ Tüketicinin verileri karşılığı bir ürünü kullanmaya/elde etmeye teşvik amacıyla önceden bir üründen yararlanma söz konusu olmamaktadır. Bkz. **Philipp Hacker**, “Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO”, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2019, s. 170 (“ZfPW”); **Walker**, s. 162.

⁸⁵ **Schweitzer**, s. 290; **Hacker**, ZfPW, s. 170; **Walker**, s. 162.

⁸⁶ Bu görüş için bkz. **Severin Müller-Riemenschneider**, E-Commerce Rechtshandbuch, eds. Peter Bräutigam, Dr. Daniel Rücker, München, C.H. Beck, 2017, 7. Teil N. 2 vd.; Görüşün

tarafından haklı olarak eleştirilmektedir⁸⁷. Taraflar arasında iki ayrı hukuki ilişkinin bulunduğu kabulü, ilişkinin niteliğine ve taraf iradesine uygun değildir⁸⁸. Bu kapsamda örneğin sosyal ağ kullanım sözleşmesi ve kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın ayrı hukuki ilişkiler olarak ele alınması ve buna bağlı olarak sinallagmanın varlığının reddi, bir sosyal ağın dayandığı iş modeli esas alındığında işin yapısına aykırıdır⁸⁹. Böyle bir kabul, kişisel veriye dayalı iş modelinin işleyişinin göz ardı edilmesi anlamına gelecektir.

Taraflar arasında iki ayrı hukuki ilişki bulunduğunu kabul eden görüş DCD ile uyumlu olmaktan da uzaktır. Bu tür hukuki ilişkiler kapsamında ilgili kişi, sözleşmenin karşı tarafından bir çevrimiçi ürün alabilmek için kendisiyle ilgili verileri açıklamayı ve bunların işlenmesine rıza göstermeyi taahhüt etmektedir⁹⁰. Bununla birlikte her durumda taraflar arasında tek sözleşme ilişkisi de yoktur; taraflar arasında iki ayrı hukuki ilişki bulunabilir. Örneğin sadakat kart indirim sistemi, üyelik esasına dayanan ve bir ürünün üyelik sebebiyle indirimli sunulmasıdır. Sistemin amacı, müşteri ve işletme ilişkisinin kurulması ve sürdürülmesine temel oluşturmaktır⁹¹. Bu ihtimalde işin niteliği gereği taraflar arasında birden çok hukuki ilişki mevcuttur: (1) Kişisel verilerin işlenmesiyle müşterinin tanınması ve müşteriye birtakım avantajlar sağlanmasına yönelik üyelik ilişkisi; (2) Müşterinin girişimcinin sunduğu ürünlerden istifade etmesine yönelik sözleşme ilişkisi -bu sözleşmenin niteliği girişimcinin piyasada yürüttüğü faaliyetin kapsamına göre değişiklik gösterecektir-.

Sonuç itibarıyla kişisel verilerin işlenmesine dayanan iş modellerinin hepsi için iki ayrı sözleşme ilişkisinin bulunduğunu ifade etmek eksik bir nitelendirme

izahı ve eleştirisi için ayrıca bkz. **Bräutigam**, s. 636; **Urs Albrecht Klein, Amit Datta**, “Vertragsstrukturen beim Erwerb kostenloser Apps”, CR, 2016, s. 587 vd.

⁸⁷ Bkz. **Metzger**, AcP, s. 835; **Specht**, JZ, s. 764; **Leinemann**, s. 110; **Schmidt**, s. 59.

⁸⁸ **Leinemann**, s. 111.

⁸⁹ **Metzger**, AcP s. 834; **Specht**, JZ, s. 764.

⁹⁰ Bu görüş ekseninde dikkat çekilmesi gereken bir diğer aksaklık ise taraflar arasında iki ayrı hukuki ilişki bulunduğu kabul edildiğinde gündeme gelecek olan “bağlantılı işlem yasağına/bağlanma” ilişkin tartışmadır. Doktrinde rızanın işlemin bir parçası olarak ele alınması halinde (birlik esası) bu yasakla ilgili tartışmaların da bertaraf edilmiş olacağı savunulmaktadır. Bu yönde bkz. **Leinemann**, s. 114.

⁹¹ Bu uygulamanın temelinde tüketicinin “gelecekte daha önceden bilinen veya tavsiye edilen mal/hizmeti satın alma veya yeniden satın alma eğilimine yoğun biçimde yönelmesini ve sisteme katılmasını” sağlamak yer almaktadır. Bkz. **Murat Hakan Altıntaş**, Tüketici Davranışları: Müşteri Tatmininden Müşteri Değerine, İstanbul, Alfa Yayınları, 2000, s. 29.

olacağı gibi; tüm veri karşılığı hukuki ilişkilerin tek sözleşme olarak nitelendirmesi de eksik kalmaktadır. Bu durumda tarafların iradesi ve ilişkinin niteliğinden hareketle her sözleşme ilişkisi ayrıca değerlendirilmelidir. Taraflar arasında birden fazla hukuki ilişkinin bulunduğu durumlarda her iki hukuki ilişki de -örneğin sadakat kart sistemi- karşılıklı borç doğuran sözleşme ilişkisi niteliği taşıyacaktır. Veriye dayalı iş modellerinin amacı kişisel veriler üzerinden maddi gelir elde etmek ve karşılığında verileri işlenen ilgili kişiye bir menfaat sunmaktır⁹². Taraflar arasındaki hukuki ilişkinin karşılıklı borç doğuran niteliği aşağıda uygulamadan iki örnekle açıklanacaktır.

Bu örneklerle geçilmeden önce ifade edilmelidir ki Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca ilgili kişinin rızasının her zaman geri alınabilecek olması tek başına taraflar arasındaki ilişkinin karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olarak nitelendirilmesini engellemez⁹³. Bir sözleşme ilişkisinin akıbetinin, sözleşme taraflarından birinin iradesine-keyfiyetine bağlı olması ihtimalinde de taraflar arasında karşılıklı borç doğuran bir sözleşme mevcut olabilecektir⁹⁴. İfade edildiği üzere taraflar arasındaki sözleşmenin sinallagma türünden bir karşılık ilişkisi meydana getirip getirmediği sorusu ise sözleşme hükümleri ışığında cevaplanmak zorundadır⁹⁵. Sözleşme hükümleri uyarınca bir sonuca varılamadığı takdirde söz konusu bağın koşullu karşılıklılık olarak nitelendirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir⁹⁶. Buna göre girişimci ürünleri yalnızca verilerin sağlanması koşuluyla

⁹² **Leinemann**, s. 117.

⁹³ **Langhanke, Schmidt-Kessel**, s. 223. Bu hukuki ilişki sinallagmatik bir değiş tokuş ilişkisi olarak nitelendirilmiştir. Bkz. **Langhanke, Schmidt-Kessel**, s. 221 ve 223; Ayrıca bkz. **Langhanke**, s. 118.

⁹⁴ **Metzger**, AcP s. 834; **Langhanke**, s. 119; **Harm Peter Westermann**, Erman Bürgerliches Gesetzbuch-Band I, eds. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 15. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2017, BGB Vorb. § 320, N. 8; **Arbeitsgruppe "Digitaler Neustart"**, Bericht vom 15.05.2017, s. 207; **Leinemann**, s. 100. Rızanın geri alınması imkânının taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinde sinallagmanın varlığına etki etmeyeceği yönünde ayrıca bkz. **Walker**, s. 162.

⁹⁵ **Hacker**, ZfPW, s. 169 vd.; **Walker**, s. 161 vd.

⁹⁶ **Schweitzer**, s. 290; **Hacker**, ZfPW, s. 172. Taraflar arasındaki ilişkinin BGB hükümleri uyarınca bağışlama sözleşme hükümleri ekseninde değerlendirilmesi gerektiği, koşullu karşılıklılığın taraflar arasındaki sözleşmenin bağışlama hükümlerine tabi olmasına engel olmadığı ve kişisel veri sağlamanın BGB'deki düzenleme şekli dikkate alındığında en fazla bir koşullu karşılıklılık meydana getirdiği yönünde bkz. **Tabea Bauermeister**, "Die „Bezahlung“ mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte", AcP 222. Band, Heft 3, 2022, s. 392 vd., özl. s. 395.

borçludur, ancak verilerin sağlanmasının kendisi sözleşmeden doğan bir yükümlülük değildir⁹⁷. Yine bu görüş uyarınca girişimcinin aynen ifa talebinde bulunmakta bir menfaati olmadığı, çünkü böyle bir davanın kendi itibarı üzerinde olumsuz bir etkisi olabileceği ileri sürülmektedir⁹⁸. Şayet kullanıcı verilerini paylaşmayı reddediyorsa girişimci de kendi borcunu sözleşme hükümleri uyarınca yerine getirmeyecektir⁹⁹.

Taraflar arasındaki ilişkinin bağıllık nitelendirmesi şüphesiz sözleşme hükümleri esas alınarak yapılacaksa da tereddüt halinde isabetli olan sinallagmanın varlığının kabul edilmesidir¹⁰⁰. Öncelikle bir talebin ileri sürülmemiş olması, o talebin doğmadığı anlamına gelmez. Bu yönüyle aynen ifa talebinin girişimciler tarafından çeşitli sebeplerle ileri sürülmeyeceği gerekçesi ikna edici değildir¹⁰¹. Girişimciler aynen ifa davası ikame edememesi şüphesiz borcun niteliği üzerinde etkili olacaktır ve fakat bu borcun doğmadığı anlamına gelmez¹⁰². Dava açılmaması -bir davranış/tercih- taraflar arasındaki ilişkiyi nitelendirmekte bir gerekçe de olamaz. Ayrıca koşullu karşılıklılık nitelendirmesi veri karşılığı ilişkilerin sürekli borç doğuran niteliğine uygun değildir¹⁰³. Koşullu karşılıklılık, ifa etmeme, borcun doğmaması ve dolayısıyla sözleşmeye dayalı taleplerin ileri sürülebilmesi sonucunu gündeme getirilmektedir¹⁰⁴. Bunun aksine veri karşılığı ilişkilerde ifa etmemeye rağmen sözleşme ilişkisi varlığını korumalıdır¹⁰⁵. Bu da ancak sinallagmatik ilişkiler bakımından gündeme gelecektir¹⁰⁶. Aşağıda veri karşılığı hukuki ilişkilerin uygulamadaki en yaygın görünüşleri üzerinden bu görüş gerekçelendirilecektir.

⁹⁷ **Schweitzer**, s. 290; **Hacker**, ZfPW, s. 172.

⁹⁸ **Schweitzer**, s. 290; **Hacker**, ZfPW, s. 173.

⁹⁹ **Hacker**, ZfPW, s. 173. Bu kapsamda *Bauermeister*, sebepsiz zenginleşme hükümleri çerçevesinde ilgili hukuki ilişkiyi değerlendirmeye tabi tutar bkz. **Bauermeister**, s. 392 vd.

¹⁰⁰ **Walker**, s. 163. Taraflar arasındaki ilişkinin sinallagma teşkil eden bir karşılıklılık içerdiği yönünde bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 68.

¹⁰¹ **Walker**, s. 163.

¹⁰² Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/II./D./4./b./iii.

¹⁰³ **Walker**, s. 163.

¹⁰⁴ *Walker* koşullu karşılıklılıkta ilgili kişinin borcun ifa edilmemesinin sözleşmenin etkisini kaybetmesi -sözleşmenin yitirilmesi- anlamına geleceğini ifade etmektedir. Bkz. **Walker**, s. 163. Koşullu karşılıklılığın kabulü halinde ilgili kişinin borcu ifa etmemesi işlemin etkisini sona erdirecek ve eski hukuki durum yeniden ortaya çıkacaktır. Hukuki işlem, sonraki koşulun ortaya çıkmasıyla *ex nunc* etkisini kaybedecektir. Bkz. **Walker**, s. 163-164.

¹⁰⁵ Bu ihtimalde TBK m. 97 (BGB § 320/1 cümle 1) uyarınca ödemezlik defi ileri sürülebilecektir. Bkz. **Walker**, s. 163. Ancak koşullu karşılıklılık uyarınca ödemezlik defi ileri sürülebilmesi mümkün değildir. Bkz. **Emmerich**, MüKo, BGB § 320, N. 2.

¹⁰⁶ **Walker**, s. 163.

a. Örnek 1: Sosyal Medya Platformu Kullanım Şartları (*Facebook*)

Facebook ile bir kullanıcı sözleşmesi kurulduğu takdirde *Facebook*, öncelikle kullanıcı tarafından sağlanan bilgi ve içerikleri, kullanıcının ağ ve bağlantı verilerini, kişiler listesinde yer alan bilgileri, kullanıcının uygulamayı kullanım davranışları hakkındaki verileri, *Facebook* ürünleri yardımıyla gerçekleştirilen işlemler ve diğer kullanıcıların faaliyetleriyle ilgili verileri ve kullanıcı hakkında diğer kullanıcılar tarafından sağlanan verileri toplamaktadır.

Facebook ayrıca cihaz verilerini, yani cihaz özelliklerini, cihazdaki eylem ve bildirimleri, cihaza ve cihazda yer alan profillere ilişkin kimlik bilgilerini, cihaz sinyallerini, cihaz ayarlarından gelen bilgileri, ağ ve bağlantıları ve çerez (cookies¹⁰⁷) verilerini toplamaktadır¹⁰⁸. Bu toplanan veriler *Facebook* ürünlerinin sunulması, iyileştirilmesi, kişiselleştirilmesi, ölçüm ve analiz yapılması¹⁰⁹, uygulamanın ve uygulamayı kullanan kullanıcıların güvenliği, kullanıcılarla iletişime geçilmesi, sosyal yardım amacıyla araştırma ve yenilikler gerçekleştirmek için kullanılmaktadır¹¹⁰. *Facebook*'un kullanım koşulları dikkate alındığında, *Facebook*'un, kullanıcılarının kişisel verilerini kapsamlı bir şekilde işlediği ve böylece bir ekonomik değer elde ettiği görülmektedir¹¹¹.

Kullanıcı kişisel verilerinin işlenmesine yönelik (açık) rızasıyla ilgili sosyal medya platformunu kullanmaktadır. Tüm bu hüküm ve koşullar birlikte ele

¹⁰⁷ Çerezler internet sitesi kullanıcılarının hareket ve davranışlarını gözlemleyip kullanıcıya bu çerçevede bir sonraki ziyareti esnasında hizmet sunulmasını temin eden bir tür tanıma dosyasıdır. Tabiri caizse çerezler internet sitesinin hafızasıdır. Bkz. Çekin, s. 247.

¹⁰⁸ *Facebook-Veri İlkesi*, “Ne tür bilgiler toplarız?”, çevrimiçi, <https://www.facebook.com/privacy/explanation/> -14.10.2021

¹⁰⁹ “...reklam verenlere ve diğer ortaklarımıza reklam ve hizmetlerinin etkililiğini ve dağılımını ölçme, hizmetlerini hangi tür insanların kullandığını öğrenme ve insanların internet siteleri, uygulamaları ve hizmetleriyle nasıl etkileşim kurduğunu anlama konularında yardımcı olmak için kullanırız.” Bkz. *Facebook-Veri İlkesi*, “Bu bilgileri nasıl kullanırız?”, çevrimiçi, <https://www.facebook.com/privacy/explanation/> -14.10.2021.

¹¹⁰ *Facebook-Veri İlkesi*, “Bu bilgileri nasıl kullanırız?”, çevrimiçi, <https://www.facebook.com/privacy/explanation/> -14.10.2021. Bu kapsamda *Facebook*, ilgili işleme amacına göre bir ayırım gözetmeksizin, GDPR, Art. 6/1 ve KVKK m. 5'te yer alan tüm hukuka uygunluk sebeplerini ise kişisel verilerin işlenmesi için olası yasal dayanak olarak göstermektedir (çevrimiçi, https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases -14.10.2021).

¹¹¹ Benzer bir durum için bkz. WhatsApp Kullanıcı Politikası, çevrimiçi, <https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy/?lang=tr> -15.10.2021.

alındığında bir sosyal ağın kullanılabilmesi bir kişinin çevrimiçi bir ürün karşılığında kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesi esasına dayanmaktadır. Taraflar arasındaki bu sözleşmenin sinallagmatik bir sözleşme olarak kabul edilmesini gerekli kılmaktadır¹¹². Karşı edim olarak kişisel veriye dayanan iş modeli koşulları incelendiğinde edimle karşı edim arasındaki bağın, salt olgusal yahut ekonomik bir bağlantı teşkil etmenin ötesinde bir mübadele ilişkisi içerisinde olduğu görülecektir¹¹³.

Bu noktada çerezlerin devre dışı bırakılması durumunda ürünün gereği gibi çalışmayacağına yönelik hükümlerin taraflar arasındaki ilişkinin sinallagmatik olarak nitelendirilmesine engel olmadığı ifade edilmelidir¹¹⁴. Öncelikle bu hükümler çerezlerin kullanıcının bilgisayarına yerleştirilmesine izin verme veya reddetme işlevinin kullanımına atıfta bulunmaktadır. Ayrıca çerezler sadece kullanıcı davranışı hakkında ticarileştirilebilir verileri depolamak için kullanılmaz. Aynı zamanda bir bir ürüne ait işlevin gereği gibi çalışması -borcun gereği gibi ifası- için de çerezler gerekli olabilmektedir. Çerez politikası esas alınarak taraflar arasındaki ilişkide edim-karşı edim dengesine yönelik tarafların iradelerine atfen bir nitelendirme yapmak makul değildir. Bu hükümlerin daha ziyade, ilgili ürünün çerezler olmadan teknik nedenlerle sunulamayacağının yalnızca bir göstergesi olarak anlaşılması uygun olacaktır¹¹⁵. Özellikle rıza gerektirmeyen çerez kullanımları açısından çerezlerin engellenmesi ürüne ilişkin bazı işlevlerin yerine getirilmesine engel olacaktır. Ancak bu taraflar arasında kişisel veri karşılığı bir hukuki ilişkinin kurulduğu anlamına gelmemektedir.

Gelinen noktada bir çevrimiçi platformun kullanılabilirliğiyle (açık) rıza beyanında bulunma taahhüdü arasında sinallagmatik bir bağlantı olduğunu şu

¹¹² **Langhanke**, s. 108 ve 131.

¹¹³ **Peter Bräutigam**, “Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten”, MMR 2012, s. 639, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021; **Antonia Kutscher**, Der Digitale Nachlass, Göttingen, V&R unipress (Verlag), 2015, s. 46; **Leinemann**, s. 102; **Helmut Redeker**, Handbuch Multimedia-Recht, ed. Thomas Hoeren, Ulrich Sieber, Bernd Holznagel, Werkstand 56, EL Mai 2021, Teil 12 (Vertragsrecht für Internetdienste), N. 428, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021.

¹¹⁴ İlgili hüküm için bkz. çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/policies/cookies/> -15.06.2022; Görüş için bkz. **Walter**, s. 165.

¹¹⁵ **Walker**, s. 165-166. Bu yorum DCD uyarınca sözleşmeye uygunluk adına aranan objektif kıstasların genişliği karşısında girişimcinin sahip olduğu imkânla da bağdaşmaktadır.

örnekten de anlaşılabilecektir. Basında yer alan habere göre, *Facebook* isteğe bağlı bir ödeme modeli getirmeyi planlamaktadır. Bu modelde kullanıcılar para karşılığında kişisel verilerinin davranışsal reklamcılık esasları çerçevesinde işlenmesini engelleyebilecektir¹¹⁶. Bu durumda rızanın parayla ikamesi, kişisel verilerin sözleşmede karşı edim niteliğinde olduğunda ve bu ilişkinin sinallagmatik bir karşılıklılık içerdiğine delildir¹¹⁷. Sonuç itibarıyla bir ürün için toplanan tüketici verilerinin ticari olarak kullanılması, işlemin ekonomik omurgasını oluşturduğu ölçüde, girişimcilerin bu verileri elde etmede/işlemede edim olarak nitelendirilebilecek bir menfaati olduğu varsayılmalıdır¹¹⁸.

b. Örnek 2: Arama Motorları ve Sadakat Kart Uygulamaları

Veriye dayalı iş modellerinden ilk örnek olarak sosyal ağlara yer verilmişse de ulaşılan sonuçlar sadece sosyal ağlar için değil kişisel veri işlenmesi karşılığında bir içeriğin indirilmesi, *Google* arama motorunun ücretsiz kullanılması veya müşteri sadakat/indirim sistemleri için de geçerlidir¹¹⁹. Nitekim 2017 yılında Alman Federal Mahkemesinin reklam amaçlı gönderilen e-postalara ilişkin kararında¹²⁰, karşılıksız-ücretsiz içerik indirme platformuyla bu içeriği kişisel verilerinin işlenmesine ve kendisine platform yahut üçüncü kişiler hakkında reklam e-postaları gönderilmesine rıza göstererek indiren kişi arasındaki ilişkiyi karşılıklı borç doğuran bir ilişki olarak ele almıştır¹²¹. Mahkeme karşılıklılığı açıkça nitelendirmemişse de sinallagmatik bir ilişkinin varlığına işaret etmiştir¹²².

2006 yılında Münih I. Bölge Mahkemesi müşterilere yönelik geliştirilmiş sadakat sisteminin genel hüküm ve koşullarını incelemiştir¹²³. Bu karar uyarınca

¹¹⁶ Çevrimiçi, <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/datenskandal-facebook-managerin-sandberg-denkt-ueber-ein-bezahlmodell-nach/21147482.html> -14.10.2021.

¹¹⁷ Taraflar arasındaki ilişkinin sinallagma karşılıklılık içerdiğine delalet olarak ilgili kişinin doğru veri sağlaması gerekliliğine yönelik hükümler de gerekçe olarak gösterilmektedir. Bkz. **Walker**, s. 165. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/II./B./2.

¹¹⁸ **Walker**, s. 166.

¹¹⁹ **Leinemann**, s. 116 vd.

¹²⁰ BGH, Urt. v. 14.03.2017-VI ZR 721/15, GRUR 2017, s. 748, çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021.

¹²¹ BGH, Urt. v. 14.03.2017-VI ZR 721/15 (LG Berlin), GRUR 2017, s. 750.

¹²² Bu yönde bkz. **Rupprecht Podszun**, “Strenge Anforderungen an Werbe-E-Mails-und die Folgenbeseitigung”, Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, 2017, s. 244; **Leinemann**, s. 118.

¹²³ LG München I, Urt. v. 09.03.2006-12 O 12679/05, BeckRS 2011, 12089.

Mahkeme, müşteri sadakat sisteminin nihai olarak pazar araştırması amacıyla mümkün olan en fazla sayıda müşteri verisini işlemek amacıyla oluşturulduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle Münih I. Bölge Mahkemesi müşterilerin kişisel verilerini işlemeye yönelik rızalarını bir nevi karşı edim olarak nitelendirilmesi lüzumuna işaret etmiştir¹²⁴. Doktrinde de ifade edildiği üzere bir menfaat, para karşılığı yahut kişisel veri karşılığı elde ediliyorsa karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmenin varlığı kabul edilmelidir¹²⁵.

2. Doğru Verilerin Paylaşılması Bir Edimin Konusunu Oluşturabilir mi?

Bir borç ilişkisinin karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olarak kabul edilebilmesi, sözleşme taraflarının asli edim yükümlülükleri arasında bir mübadele ilişkisi (*do ut des*) bir diğer ifadeyle her birinin diğer sözleşme tarafının asli edim yükümlülüğü uğruna bu sözleşmenin tarafı olması gerekmektedir¹²⁶. Ayrıca taraflar arasındaki sözleşme uyarınca kararlaştırılan asli edim yükümlülüklerinin ifası, kural olarak her zaman talep edilebilecektir. Şu hâlde kişisel verinin edim olarak nitelendirilebilmesi, sözleşmeye taraf ilgili kişinin her ihtimalde edimi yerine getirmekle yükümlü olmasını gerektirmektedir¹²⁷. İlk bakışta ilgili kişi veri koruma hukuku uyarınca verilerini açıklamaya ve bir işleme faaliyetine konu edilmeye zorlanamayacağından kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin karşılıklı borç yükleyen bir borç ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceği sonucuna ulaşılmasına sebep olabilecektir¹²⁸. İlgili kişi gerçekleştirilecek işleme faaliyetine ve dolayısıyla verilerini paylaşmaya zorlanamayacağı için bu hukuki ilişkide kişisel verilerin paylaşılmasının edim olarak nitelendirilmesi ilk bakışta çelişkili ve hukuken isabetsiz

¹²⁴ LG München I, Urt. v. 09.03.2006-12 O 12679/05, BeckRS 2011, 12089.

¹²⁵ **Schmidt-Kessel**, K&R, s. 479; **Florian Faust**, “Digitale Wirtschaft-Analoges Recht-Braucht das BGB ein Update?”, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016- Band I Gutachten Teil A, München, C.H. Beck Verlag, 2017, s. A 16.

¹²⁶ Bkz. İkinci Bölüm/II./A./1.

¹²⁷ **Axel Metzger**, “Daten als Vertragsleistung des Verbrauchers in der Grauzone zwischen DSGVO und BGB”, Selbstverantwortete Freiheit und Recht-Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 80. Geburtstag, München, C.H. Beck Verlag, 2021, s. 53 (“Festschrift”); Ayrıca bkz. **Axel Metzger**, Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, 9. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2022, BGB § 327q, N. 15-16, çevrimiçi, BECK-ONLINE-08.05.2022 (“MüKo”), (Yazar bu başlık kapsamında atıf yapılan görüşlerini bu eserinde de tekrar etmiştir).

¹²⁸ **Riehm**, s. 188; **Metzger**, Festschrift, s. 56.

görülmektedir¹²⁹. Girişimcinin ifa menfaati kişisel verilerin işlenmesi olarak tanımlandığı takdirde bu hukuki ilişkinin karşılıklı borç yükleyen niteliğini tehdit edebilecektir.

Ancak taraflar arasındaki sözleşme ilişkinin hükümleri incelendiğinde, ilgili kişinin verilerini paylaştığı takdirde, yalnızca doğru verilerini sağlamayı taahhüt ettiği görülecektir¹³⁰. Doğru veri sağlama yükümlülüğü, çok sayıda internet hizmetinin genel hüküm ve koşulları arasında yer almaktadır¹³¹. Bu yükümlülük başlangıçta ilgili çevrimiçi ürünün kullanılmasına yönelik kayıt verilerine ilişkin öngörülmüşse de sözleşme ilişkisi süresince aktif olarak ilgili kişi tarafından paylaşılan yahut pasif olarak pasif yollarla toplanan verileri de kapsamaktadır¹³². Ayrıntısıyla inceleneceği üzere kişisel verilerin sözleşme ilişkisinde ilgili kişinin ifa yükümlülüğünün konusunu oluşturabilmesinin ön koşulu (açık) rıza hukuka uygunluk sebebine dayanan bir işleme faaliyetinin söz konusu olmasıdır¹³³. Özgür iradeye dayanan (açık) rızanın, her zaman geri alınabilir niteliğinin “doğru verileri paylaşım” yükümlülüğü olarak tanımlanan edim ile bağdaşp bağdaşmadığı tespit edilmelidir. Bu kapsamda doktrinde rızanın her zaman geri alınabilmesi, doğru verilerin paylaşılmasının bir edim yükümlülüğü olarak tanımlanmasına engel oluşturmadığı ifade edilmektedir¹³⁴.

Doğru verilerin paylaşılmasının edim yükümlülüğünün kapsamında yer alıp olmadığı sözleşme hükümlerine bakılarak tespit edilecektir¹³⁵. Bu takdirde yol gösterici olacak şüphesiz çevrimiçi ürüne ilişkin hazırlanmış bulunan kullanım koşullarının kendisidir. İfade edildiği üzere başta sosyal medya platformları olmak üzere, mümkün olduğunca az sahte hesap bulundurmasına önem verilmektedir¹³⁶.

¹²⁹ Riehm, s. 188 vd; Metzger, Festschrift, s. 56.

¹³⁰ Riehm, s. 192; Metzger, Festschrift, s. 56.

¹³¹ Örnek olarak Facebook’un “Hizmet Koşulları” kapsamında “3. Facebook’a ve topluluğumuza verdiğiniz taahhütler” başlıklı bölüm uyarınca sosyal medya kullanıcısının “doğru verilerini paylaşması” yer almaktadır. Bkz. Çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> - 10.06.2022.

¹³² Söz konusu yükümlülüğünün kapsamının işin niteliği gereği en azından örtülü olarak bu şekilde belirlenmesinin uygun düşeceği yönünde bkz. Hacker, ZfPW, s. 170; Metzger, Festschrift, s. 56.

¹³³ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/IV./B.

¹³⁴ Philipp Hacker, Datenprivatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, s. 218 vd. (“Datenprivatrecht”); Metzger, Festschrift, s. 56.

¹³⁵ Metzger, Festschrift, s. 56.

¹³⁶ Metzger, Festschrift, s. 56.

Söz konusu kullanım koşulları, ayrıntısıyla değerlendirileceği üzere genel işlem koşulu niteliğindedir ve genel işlem koşullarına yönelik denetime tabidir¹³⁷. Bu görüş uyarınca doğru verilerin paylaşılmasının bir yükümlülük olarak belirlenmesi, sözleşme dengesinin ilgili kişi aleyhine önemli ölçüde bozulması olarak nitelendirilemeyeceği ileri sürülmektedir¹³⁸. Sonuç itibarıyla ilgili kişinin doğru verileri sağlamasının, borcunun konusunu -asli edim yükümlülüğünün konusunu- oluşturulabileceği kabul edilmektedir. Sözleşme hükümlerinde yer almasından ayrıca doğru verileri açıklama yükümlülüğü, veriye dayalı iş modellerinde, girişimcinin sözleşmedeki tipik asli menfaati; böylece tüketicinin yerine getirmesi gereken asli edim yükümlülüğü olarak tanımlanmaktadır¹³⁹. Bizatihi doğru verilerin paylaşılması yükümlülüğü bir sözleşme ilişkisinde (karşı) edim olarak nitelendirilebileceği ileri sürülmektedir¹⁴⁰. Bununla birlikte her halde doğru verilerin paylaşılmasındansa edim yükümlülüğünün kapsamının “yanlış veri paylaşılması” olarak tanımlanması daha uygun olabilecektir. Zira kişinin anonim kalma hakkı karşısında -örneğin rumuzla hesap oluşturulması- her zaman kimliğini açıklamak durumunda bırakılması hakkın -özel hayatın gizliliği- ölçüsüz sınırlanması olarak da ele alınabilecektir. Ancak ilgili hükmün taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin tüm özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gerektiğine ayrıca dikkat çekilmelidir¹⁴¹. Bu itibarla bir sözleşme ilişkisinde sözleşmeden doğan asli edim yükümlülüklerine yönelik içerik denetimi yapılamayacağı ifade edilmekteyse de aşağıda ayrıntısıyla açıklanacağı üzere kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkileri bakımından bu kuralın yeniden ele alınması ihtiyacı söz konusudur¹⁴². Bu çerçevede başlık kapsamında asli edim yükümlülüğüne yönelik bir hüküm olmasına rağmen içerik denetimi yapılmasının mümkün olduğu ifade edilmekle yetinilecektir¹⁴³.

¹³⁷ Bkz. İkinci Bölüm/III./C.

¹³⁸ Metzger, Festschrift, s. 56.

¹³⁹ Metzger, Festschrift, s. 56.

¹⁴⁰ Metzger, Festschrift, s. 57.

¹⁴¹ Örneğin uygulamanın özelliği ve varlık amacı dikkate alındığında *LinkedIn* hesapları bakımından kimlik doğrulamasına ilişkin hükümlerin içerik denetimine takılmayacağı; bununla birlikte *Facebook* bakımından bu hükmün içerik denetimine takılacağı savunulabilecektir.

¹⁴² Nitekim Berlin Bölge Mahkemesi *Facebook*'un hüküm ve koşullarını içerik denetimine tabi tutmuştur. Bkz. LG Berlin (Zivilkammer 16), *Facebook*, s. 1060 vd.

¹⁴³ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/I./A.

Gelinen noktada ilgili kişinin veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesine yönelik rızasını -ki rıza bu hukuki ilişkide borcunu ifa aracıdır ve borcun ifasıyla ilgilidir- geri alma imkânının sözleşmenin karşılıklı borç yükleyen niteliğine etkisi tespit edilmelidir. Bir diğer ifadeyle sözleşmenin ifasının sözleşme taraflarından birinin takdirine bırakılmasının sözleşme ilişkisinin karşılıklı borç yükleyen niteliğine etki etmeyecektir¹⁴⁴. Bu duruma en önemli delillerden biri model-örnek üzerinden satışlardır (TBK m. 247). Taraflardan sadece birinin iradesine bağlı borç da başka bir edimin karşı edimi olarak nitelendirilebilir¹⁴⁵. Ayrıca söz konusu ilişkinin bir bağışlama vaadi sözleşmesi yahut elden bağışlama olarak ele alınması, işin niteliğine aykırıdır¹⁴⁶. Girişimci, çevrimiçi ürün karşılığında ilgili kişiden ekonomik anlamda bir ücret-bedel ödenmesinden hiçbir şekilde daha az değerli olmayan bir karşı değer ele etmektedir¹⁴⁷. Bu durum dijital ürünlerin sadece ücret karşılığı sağlanmasına ilişkin sözleşmenin değil aynı zamanda karşılığı sözleşmelerin de karşılıklı borç doğuran sözleşme olarak değerlendirilmesini gerektirmektedir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ **Metzger**, Festschrift, s. 57.

¹⁴⁵ *Metzger* Alman kanun koyucusunun bunu tüm sözleşme ilişkileri bakımından bir genel kural olarak Alman Medeni Kanunu kapsamında düzenleme iradesi olmakla beraber sonra bu nevi ilişkileri düzenlemek yerine uygulama ve doktrine bırakmaya karar verdiği beyan etmektedir. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 57. Ayrıca bkz. “*Akit taraflardan sadece birinin istemesine (iradesine) bağlı olacağı şartıyla akdedilen karşılıklı bir sözleşme, diğer akit taraf için bağlayıcıdır. İlki bağlı olmak istemediğini beyan ederse, diğeri bağlı olmaktan kurtulur.*” **Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches**, Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Berlin, De Gruyter, 2018 (eBook), 1888 (Handcover) § 79, çevrimiçi, De Gruyter-10.06.2022.

¹⁴⁶ **Riehm**, s. 192. DCD’nin amacı da ücret ödenen veya kişisel veri karşılığı temin edilen çevrimiçi içerik yahut hizmetlerin tabi olduğu hukuki ilişkilerin paralel (aynı hükümler ekseninde) ele alınmasını temin etmektir. Bu sebeple kişisel verilerin karşı edim olarak ele alınması DCD’nin düzenleme şekline ve dolayısıyla bu düzenlemenin iç hukuklara aktarılması sonucu münferit kanun hükümlerinin gayesine de uygundur. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 57.

¹⁴⁷ **Metzger**, Festschrift, s. 57.

¹⁴⁸ Nihai olarak borçlar hukuku alanında sözleşme özgürlüğü ilkesinin geçerli olduğu da atlanmamalıdır. Bu kapsamda örneğin pasif yoldan veri toplanmasını engelleyen uygulamaların kullanılmasına rağmen dijital üründen istifade edilmesine girişimci tarafından müsaade edildiği ihtimalde kişisel verilerin sağlanmamasına rağmen girişimci borcunu ifa ettiği için karşılıklı borç yükleyen bir hukuki ilişkinin mevcut olmadığı kabul edilebilecektir. Bu durumda kullanımın maddi fiil teşkil ettiği ve taraflar arasında bir sözleşme olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Oliver Kreutz**, “Der Webseitennutzungsvertrag-Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft?”, ZUM, Heft 3, 2018, s. 163 vd., çevrimiçi-BECK-ONLINE-14.06.2022.

3. Taraflar Arasındaki İlişkinin Karşılıksız Bir Sözleşme Olarak Ele Alınma İmkânı

Kişisel veri karşılığı ilişkide ilgili kişinin karşılıklılık esasına dayanan bir borç ilişkisine taraf olma iradesinde bir aksaklık olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş uyarınca kişi, kişisel verilerinin sosyal ağ sağlayıcıları tarafından gelir elde etmek üzere kullanılacağını bilmemektedir. En azından sosyal ağ platformuna kayıt esnasında, kişinin açık rıza beyanının bu etkisi, ilgili kişi tarafından bilinebilir değildir. Onun içindir ki kişinin bir çevrimiçi hizmet yahut içerikten ücretsiz olarak yararlandığı ve taraflar arasında karşılıklı borç yükleyen sözleşme ilişkisinin bulunmadığı kanaatinde olması olağandır¹⁴⁹. Bu sebeple ilgili görüş kapsamında taraflar arasındaki ilişki karşılıksız bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürülmektedir¹⁵⁰.

Öncelikle tüm kullanıcıları genelleştiren bu görüşe katılmak mümkün değildir. Ayrıca örneğin sosyal medya hesabının açılması esnasında kullanım koşulları ve gizlilik politikası, ilgili kişinin dikkatine sunulmaksızın kayıt işleminin gerçekleştirilmesi mümkün değildir¹⁵¹. Bunun yanında rızanın geçerli olabilmesi için kanunda öngörülen şartlar rızanın alınması yöntemine etki etmektedir¹⁵². Bu kapsamda bir bilgi toplumu hizmeti için teknik ayarların öncelikle kullanıcının dikkatine ve onayına sunulması gerekmektedir¹⁵³. Hali hazırda varsayımlı/seçili ayarlar doğrultusunda kullanıcının işleme faaliyetine rıza göstermiş sayılması mümkün değildir¹⁵⁴.

Rızanın geçerli olabilmesi ilgili kişinin durumun farkında olmasına bağlı kılınmıştır (KVKK m. 3/1/a; GDPR Art. 4). Bu durumda rızanın geçerli olabilmesi için beyan iradesinin varlığının bir diğer ifadeyle beyanın muhteviyatı ve sonuçlarına yönelik farkındalık aranmaktadır¹⁵⁵. Buna ek olarak beyanda bulunan kişinin

¹⁴⁹ Redeker, Teil 12, N. 428.

¹⁵⁰ Redeker, Teil 12, N. 428.

¹⁵¹ Leinemann, s. 104.

¹⁵² Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca aranan şartların sözleşme ilişkisine etkisi ayrı bir bölümde incelenecektir. Bkz. İkinci Bölüm/IV.

¹⁵³ Bilgi toplumu hizmetleri GDPR Art. 4/25 uyarınca: “Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin (AB) 2015/1535 sayılı Direktifinin 1(1) Maddesinin (b) bendinde tanımlanan bir hizmetleri” ifade etmektedir.

¹⁵⁴ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/III./B./2./a.

¹⁵⁵ Leinemann, s. 105. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/III./B./2./a.

beyanının sonuçlarını güven teorisi ekseninde idrak edebilmesinin gerekli olduğu hallerde de kişiye beyanı ve dolayısıyla sonuçları izafe edilmektedir¹⁵⁶. Ancak zaten kanuni düzen uyarınca aranan rızaya ilişkin şartlar, beyanda bulunan için bir yanlış anlama ihtimalinde gündeme gelebilecek sorunları dışlamaktadır¹⁵⁷. Bu sebeple genel bir kabul mahiyetinde beyan iradesinin olmadığı diğer bir ifadeyle irade beyanının sonuçlarının beyanda bulunan kişi tarafından idrak edilmediği görüşüne katılmak mümkün görünmemektedir. (Açık) rızanın aydınlatmaya dayanması gerekmektedir (KVKK m. 5/m. 10)¹⁵⁸. Bu sebeple ilgili kişi veri karşılığı bir menfaat elde ettiğinin farkındadır¹⁵⁹. Bilgilendirmeye ve özgür iradeye dayanan, belirli konuya ilişkin verilen, tereddüde yer bırakmayacak derecede açık geçerli bir rıza alınması durumunda, ilgili kişi ücretsiz bir ürün-hizmet sağlanmadığının farkında olacaktır. Geçerli bir rızanın varlığı halinde, ilgili kişinin kişisel verilerinin sosyal ağ sağlayıcıları tarafından gelir elde etmek üzere kullanılacağını bilmemesi mümkün olmayacaktır.

Tüm bunlara ek olarak veri işleme faaliyetlerinin tümü için gerekli olan aydınlatma yükümlülüğü karşısında bu görüşün isabeti ayrıca tartışmaya açılabilecektir. Aydınlatma yükümlülüğü bir an için kenara bırakılacak olsa dahi sosyal medya kullanım ilişkisinin niteliğine ve dolayısıyla sonuçlarına dair kullanıcının bilgisizliği uyarınca sözleşmenin nitelendirilmesi, esasında taraflar arasında bir sözleşmenin kurulmasına engeldir. Bir diğer ifadeyle bu görüş uyarınca kullanım sözleşmesinin karşılıklı irade uyuşmasına dayanan bir sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir.

¹⁵⁶ **Holger Wendtland**, Beck'scher Online Kommentar BGB, ed. Heinz Georg Bamberger, 59. Edition, 01.08.2021, BGB § 133, N. 6, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.10.2021.

¹⁵⁷ **Jan Philipp Albrecht, Florian Jotzo**, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 3, N. 39, çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021; **Leinemann**, s. 105; **Jürgen Kühling, Benedickt Buchner**, Datenschutzgrundverordnung-BDSG, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2020, Art. 7 DS-GVO, N. 56, çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021; **Eike Michael Frenzel**, Beck'sher Kompakt Kommentare-Datenschutz-Grundverordnung-Bundesdatenschutzgesetz, eds. Boris P. Paal, Daniel A. Pauly, 3. Auflage, 2021, Art. 7, N. 18, çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021.

¹⁵⁸ **Çekin**, KVKK, s. 91.

¹⁵⁹ Aksi yönde ayrıca bkz. **Madalena Narciso**, “‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, EuCML, 2017, s. 199 vd., çevrimiçi, BECK-ONLINE-23.11.2021.

4. Alman Mahkemelerinin İlişkinin Borç Yüklediği Taraf Sayısına Yaklaşımı

Veriye dayalı iş modellerine dair uyuşmazlıkların, sıklıkla Alman mahkemelerinin gündemini meşgul ettiği görülmektedir. Örneğin 2015 yılında ebeveynlerin, ortak çocuklarının *Facebook* hesabına erişim talebinin, *Facebook* tarafından reddedilmesi üzerine açılan davada Berlin Bölge Mahkemesi, öncelikle sosyal medya kullanımına ilişkin sözleşmenin hukuki niteliğini incelemeye tabi tutmuştur¹⁶⁰. Sosyal ağın kullanım sözleşmesi Mahkeme tarafından kira, eser ve hizmet (iş görme) sözleşmelerinin unsurlarını ihtiva eden bir borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirilmiştir. Bu bağlamda, veri sorumlusunun kişisel verileri işleminin sosyal medya platformunun kullanımı karşılığı olduğu sonucuna ulaşılmıştır¹⁶¹.

Berlin Yüksek Mahkemesi, başka bir uyuşmazlık kapsamında sosyal ağ kullanımına ilişkin şartların onaylanması ve kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi halinde taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduğunu kabul etmiştir¹⁶². Yine Alman Federal Mahkemesi sosyal medya kullanım ilişkisinin borçlar hukuku anlamında bir sözleşme teşkil ettiğini ifade etmiştir¹⁶³.

Berlin Bölge Mahkemesi, daha yakın zamanda verdiği başka bir kararındaysa veriye dayalı iş modellerini haksız rekabet hükümleri çerçevesinde incelemiş ve bu inceleme kapsamında haksız rekabet oluşturması yönüyle kişisel verilerin karşı edim niteliği taşımadığına hükmetmiştir¹⁶⁴. *Facebook*'un varsayımlı kullanıcı ayarlarının GDPR ile uyumunun değerlendirildiği uyuşmazlıkta iddia kullanıcıların ücretsiz bir hizmetten yararlandığı izlenimi oluşturuluyorsa da bunun yanıltıcı olduğu, çünkü kullanıcıların kişisel verilerinin kullanım imkânı karşılığı bir hizmet sunulduğu, kişisel verilerin işlenmesi imkânıyla girişimciler tarafından gelir elde edildiği ve bu

¹⁶⁰ LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015-20 O 172/15, ZD 2016, s. 182 vd., çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021. Aynı karar için bkz. LG Berlin, Urteil v. 17. Dezember 2015-20 O 172/15, NJW 2016, s. 248 vd., çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021.

¹⁶¹ LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015-20 O 172/15, ZD 2016, s. 183.

¹⁶² KG Berlin, Urt. v. 31.05.2017-21 U 9/16, ZD 2017, s. 387, çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021.

¹⁶³ BGH, Urt. v. 12.07.2018-III ZR 183/17, BeckRS 2018, 16463, N. 19, çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021.

¹⁶⁴ LG Berlin, Urt. v. 16.01.2018-16 O 341/15, GRUR-RS 2018, s. 1060, çevrimiçi, BECK-ONLINE-15.10.2021.

uygulamanın haksız rekabet teşkil ettiği yönündedir¹⁶⁵. Bu kapsamda *Facebook*'un veri işleme faaliyetinin dolaylı fiyatlandırma olduğu ve UWG¹⁶⁶ § 3, Fıkra 3'e ek bent 21'e aykırı olduğu iddia edilmiştir.

Mahkeme tüketici için ek maliyet teşkil eden hallerde huzurdaki davaya dayanak mevzuat hükmü uyarınca haksız rekabetin gündeme geleceği, somut olayda tüketicilerin bir mali külfete katlanmasının söz konusu olmadığından bu madde kapsamında değerlendirme yapılmasının mümkün olmadığı yönünde karar vermiştir¹⁶⁷. Bununla birlikte bu mahkeme kararı borçlar hukuku ilişkilerinde kişisel verilerin edim olmadığını destekler bir karar olarak ele alınamaz¹⁶⁸. Mahkeme kişisel verilerin sözleşme ilişkisindeki konumunu, borçlar hukuku yönüyle ele almamıştır. Bilakis davacının talebiyle de uyumlu ve sınırlı olarak haksız rekabet esasları uyarınca tüketici için Facebook tarafından gerçekleştirilen veri işleme faaliyetinin ayrı bir maliyet kalemi olup olmadığını değerlendirmiştir¹⁶⁹. İşaret edildiği üzere bir hukuki ilişkinin karşılıklı borç yükleyen sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmesi için karşılığın mutlaka parayla ödenmesi şartı aranmaz¹⁷⁰. Nitekim Mahkeme kararında da bu ilişkilerin mali boyutuna yönelik farklı yaklaşımların söz konusu olabileceğini ifade etmiştir¹⁷¹.

Alman mahkemelerinin vermiş olduğu kararlar uyarınca veri karşılığı hukuki ilişkiler karşılıklı borç doğuran ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilebilecektir. Kararların ortak noktası olan *Facebook*'un hüküm ve koşulları

¹⁶⁵ LG Berlin, Urt. v. 16.01.2018-16 O 341/15, GRUR-RS 2018, s. 1060.

¹⁶⁶ Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkında Kanunu-Haksız Rekabete Karşı Kanunu).

¹⁶⁷ "...Kişisel verinin işlenmesine rıza gösterilmesi suretiyle karşılık elde edilmesi madde kapsamında değildir. Veri koruma kanunu uyarınca kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi, kullanıcıyı yalnızca bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı ve dolayısıyla tamamen maddi olmayan menfaatleri açısından etkiler; bu durum tüketici için doğrudan mali bir kayba yol açmayacaktır" (LG Berlin, Urt. v. 16.01.2018 -16 O 341/15, GRUR-RS 2018, 1060, N. 30).

¹⁶⁸ **Leinemann**, s. 109.

¹⁶⁹ **Leinemann**, s. 109.

¹⁷⁰ Bu kapsamda tüketici için para ödenmesini gerektiren bir maliyet kalemi olması da aranmaz.

¹⁷¹ Bkz. LG Berlin (Zivilkammer 16), Urteil vom 16.01.2018-16 O 341/15, BeckRS 2018, s. 1060, N. 31, çevrimiçi, BECK-ONLINE-22.12.2021 ("Facebook"). Aynı kararda her ne kadar ilgili ilişki ücretsiz olarak nitelendiriliyorsa da tüketicilerin verileri karşılığı söz konusu ilişkinin tarafı olduğunun farkında olduğu da tespit edilmiştir. Bu sebeple de *Facebook* tarafından kullanılan ücretsiz ifadesinin tüketiciyi yanıltıcı olmadığı ve yanıltmak maksatlı kullanılmadığı tespit edilmiştir. LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 51.

dikkate alındığında bir sosyal ağın kullanılması amacıyla ilgili ağ sitesine kayıt olunması sinallagma içeren karşılıklı bir sözleşmedir. Bu ilişkide platform sahibinin borcu sosyal ağ platformunun sürekli kullanıma hazır bulundurulması iken ve karşı edim ise veri koruma kanunu uyarınca rıza beyanında bulunmaktır. Bu sonuç kişisel veri karşılığı bir ürün sunulmasının öngörüldüğü tüm hukuki ilişkiler için genelleştirilebilecek niteliktedir.

C. Kişisel Verinin Karşılık Niteliğinin Düzenlenme Girişimleri

1. 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Direktifi

Kişisel verilerin *de facto* hukuki ilişkilere konu edilmesinin akabinde gündeme gelen kural koyma ihtiyacı çerçevesinde birtakım önemli adımlar atılmıştır. Bu kapsamda ilk olarak kişisel verilerin sözleşme ilişkisinin konusu olmasını ele alma yöntemi itibarıyla Avrupa Birliği düzeyinde yürürlükte bulunan 2019/770 sayılı Direktife değinilmesi gerekir¹⁷². DCD, 2002'den bu yana Avrupa Birliği nezdinde gerçekleştirilmiş en büyük borçlar hukuku reformunun bir parçası olarak görülmektedir¹⁷³. Düzenleme bir dönüm noktasına işaret etmektedir. Birlik yasa koyucusunun, veri koruma yasası süjelerinin -ilgili kişi-, aynı zamanda gelişen dijital pazarların aktörler olduğunu ve kişisel verilerini dijital ürünlerden yararlanmak için sözleşmelerde kullandıklarını keşfetmesi herkes için önemlidir¹⁷⁴. Taslak halinde

¹⁷² DCD esaslarının kişisel verilerin konu edildiği sözleşme ilişkileri adına temel bir metin olduğu ve mutlaka irdelenmesi gerektiği yönünde bkz. **Hacker**, AcP, s. 452. Bununla birlikte DCD konuya ilişkin Avrupa Birliği kapsamındaki ilk düzenleme değildir. Bundan önce veri karşılığı hukuki ilişkileri de kapsamına alan Avrupa Satım Hukuku Taslağı yayınlanmıştır. Ancak bu taslak teklifi geri çekilmiştir. Taslak metin uyarınca ücret kavramı, veri işlenmesine rıza göstermeyi de kapsamına alacak şekilde kaleme alınmıştır (Art. 2/i). Taslak metin için bkz. COM (2011) 635: Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Common European Sales Law, çevrimiçi, https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2011_284- 24.11.2021. Ayrıca bkz. **Elif Beyza Akkanat Öztürk**, “2019/770 sayılı Dijital İçerik ve Dijital Hizmetlerin Sağlanmasına Yönelik Direktif (DCD) Uyarınca ‘Karşı Edim’ Olarak Kişisel Veriler”, I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi Tam ve Özet Metinler Bildiri Kitapçığı, Ankara, KVKK Yayınları No:37, 2022, s. 275 vd.

¹⁷³ **Axel Metzger**, “Verbraucherschutz bei der Bereitstellung digitaler Produkte Zur Durchsetzung der §§ 327–327u BGB”, Selbstbestimmung: Freiheit und Grenzen-Festschrift für Reinhard Singer zum 70. Geburtstag, eds. Antje G. I. Tölle, Jörg Benedict, Harald Koch, Stephan Klawitter, Christoph G. Paulus, Friedrich Preetz, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2021, s. 432 (“Verbraucherschutz”). Direktif (DCD) ile bir ilke imza atıldığı yönünde bkz. **Sattler**, CR, s. 145; **Walker**, s. 137.

¹⁷⁴ **Metzger**, Festschrift, s. 50; **Walker**, s. 137. Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün bu sözleşmeler hukuku yönüyle ayıplı olduğu yönünde ayrıca bkz. **Sattler**, CR, s. 152. Ancak

DCD'nin uygulama alanı, girişimcinin bir çevrimiçi içeriği veya hizmeti (ürün), para yahut aktif olarak sağlanan kişisel veri karşılığında tüketiciye sunmayı üstlendiği sözleşme ilişkileri olarak belirlenmiştir¹⁷⁵. DCD'nin taslak halinde kişisel veriler açıkça karşı edim olarak nitelendirilmiştir¹⁷⁶.

Taslak metinde yer alan karşı edim ifadesi, Avrupa Konseyi ile Paramentosunun önerileri ve Avrupa Veri Koruma Denetim Otoritesi (EDPS)'nin sert eleştirilerinin akabinde yürürlüğe giren metinden çıkartılmıştır¹⁷⁷. Metinde kişisel verilerin bir çevrimiçi-dijital ürün karşılığı olarak sözleşmenin karşı tarafıyla paylaşılması hali DCD'nin uygulama alanını düzenleyen maddede ayrı bir fıkra olarak yer almaktadır¹⁷⁸. DCD uyarınca veri karşılığı hukuki ilişkilerin düzenlenmesi ve taslak haliyle sınırlı da olsa kişisel verinin karşı edim olarak nitelendirilmesi dikkate değerdir. Karşı edim ifadesi metinden çıkarılmışsa da kişisel verinin bir

Avrupa'da veri koruma hukukuna ilişkin güncel kamuoyu söyleminin, ilgili kişilerin endişelerini vurgulamakta ve şirketler ve tüketiciler için değer yaratma fırsatlarını neredeyse hiç düşünülmediği ifade edilmektedir. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 55.

¹⁷⁵ DCD-Taslak Art. 3/1: *"This Directive shall apply to any contract where the trader supplies digital content to the consumer or undertakes to do so and, in exchange, a price is to be paid or the consumer actively provides counter-performance other than money in the form of personal data or any other data."* Bkz. COM(2015) 634-final, 2015/0287(COD), 09.12.2015, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-11.10.2021>.

¹⁷⁶ DCD Art. 3/1: *"...consumer actively provides counter-performance other than money in the form of personal data or any other data."*

¹⁷⁷ Konsey'in görüşü için bkz. Council, 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First reading)-General approach', 9901/17 ADD 1, 2015/0287 (COD), 01.06.2017, ("DCD-Council"). Parlamento teklifi için bkz. European Parliament Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)), A8-0375/2017, 27.11.2017, ("DCD-EuP"). EDPS'nin taslak metne dair görüşleri için bkz. **EDPS**, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 14.03.2017, (Opinion-EDPS).

¹⁷⁸ DCD Art. 3/1/2. cümle: *"Bu Direktif ayrıca, girişimcinin dijital içerik veya dijital hizmet tedarik ettiği veya sağlamayı taahhüt ettiği ve tüketicinin ise kişisel verilerine girişimcinin erişim imkânı sağladığı veya sağlamayı taahhüt ettiği hallerde de geçerli olacaktır. Girişimcinin bu Direktife uygun olarak dijital içerik veya dijital hizmet sağlama amacıyla veya girişimcinin tabi olduğu hukuki yükümlülüklerini yerine getirmek amacıyla tüketicinin kişisel verilerini işlemesi bu Direktif'in uygulama alanı dışındadır."* DCD uyarınca hem sağlamak hem de sağlanmasının taahhüt edilmesinin ayrıca zikredilmesinin farklı hukuk sistemlerinin sözleşme anlayışlarıyla uyum sağlanması ve üye devletlere takdir yetkisi tanınmasıdır -bağlayıcı bir kişisel veri taahhüdü tanımlama noktasında-. Bkz. DCD-Dibaces 24/10. cümle, ayrıca bkz. **Bauermeister**, s. 374.

karşılık olduğu ve bu değişikliğe rağmen bu niteliğin değişmediği ifade edilmelidir¹⁷⁹.

Metnin taslak halindeki kapsamına yönelik önerilerden karşılıksız hukuki ilişkilerin metnin uygulama alanına dahil edilmesi önerisine de temas edilmelidir¹⁸⁰. Karşılıksız sözleşme ilişkilerine de fiili sonuçlarını dikkate alarak karşılıklı hukuki ilişkilerin tabi olduğu esasları uygulamak, dolaylı olarak ilişkinin ivazsız niteliğinin reddedilmesinden ileri gitmeyecektir¹⁸¹. DCD önemli bir adım olsa da DCD'nin telif hukuku ve veri koruma hukukuyla arasındaki belirgin uyum eksikliği sebebiyle karmaşık bir yasal matrise yol açtığı ve üye devletlerin işlerinin kolay olmadığı ifade edilmektedir¹⁸².

2. 01.01.2022 ve 01.07.2022 Yürürlük Tarihli Alman Medeni Kanunu Değişikliği

2019/770 sayılı Direktif'in Birlik üyesi devletin iç hukukuna aktarılması çalışmaları kapsamında Alman Medeni Kanunu'nda önemli değişiklikler yapılmıştır. Konu kapsamında bu değişikliklerden (1) tüketici sözleşmeleri tanımında yapılan değişiklik ve (2) çevrimiçi-dijital içerik ve hizmet (ürün) sunulmasına yönelik ilişkileri düzenleyen madde üzerinde ayrıca durulmalıdır.

¹⁷⁹ **Axel Metzger**, "A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services", *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 27-28 ("Contract Law 2.0"). DCD-Dibace 24 uyarınca, bir yandan tüketicinin bir bedel ödemeksizin, kişisel verilerini paylaşması halinde Direktif uyarınca, kişisel verilerin korunmasının temel bir hak olduğunu ve dolayısıyla kişisel verilerin bir meta olarak değerlendirilemeyeceğinin tam olarak kabul edildiği; diğer taraftan bu tür iş modelleri bağlamında tüketicilerin sözleşmeye dayalı çözüm yollarına başvurma hakkına sahip olduğu ifade edilmiştir. Bu durumda DCD kapsamında kişisel verinin karşılık niteliğini koruduğu savunulabilecektir.

¹⁸⁰ Öneri için bkz. **Opinion-EPDS**, s. 10-11, N.29-34; Aynı yönde görüş için ayrıca bkz. **Kristin Nemeth, Jorge Morais Carvalho**, "Current Challenges for Consumer Law", *EuCML*, 2019, s. 120, çevrimiçi, BECK-ONLINE-24.11.2021.

¹⁸¹ Doktrinde karşılıksız hukuki ilişkilere de aynı hükümlerin uygulanması görüşü tatmin edici olmadığı gerekçesiyle eleştirilmektedir. Bkz. **Jorge Morais Carvalho**, "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services-Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", *EuCML*, Heft 5, 2019, s. 197, çevrimiçi, BECK-ONLINE-25.11.2021.

¹⁸² **Sattler**, CR, s. 153.

a. BGB § 312

Hali hazırda yürürlükte bulunan BGB § 312/1’de tüketici işlemi niteliği taşıyan sözleşmeler tanımlanmıştır¹⁸³. Buna göre bir işlemin tüketici sözleşmesi hükümlerine tabi olabilmesi için ivaz karşılığı bir hizmetin sunulması ve/veya BGB § 310/3 uyarınca tanımlanan ürünün satılması aranmaktadır¹⁸⁴. Maddenin değişiklikten önceki hali için de karşılık (*Entgelt*) kavramının geniş yorumlanması gerektiği savunulmuştur¹⁸⁵. Bu kapsamda söz konusu düzenleme uyarınca karşılığın kapsam yönüyle belirsizlik arz ettiği, tüketiciden elde edilen ve girişimci için bir şekilde ekonomik olarak yararlı-faydalı her şeyin bu madde uyarınca karşılık olduğu ifade edilmiştir¹⁸⁶. Bu çerçevede değişiklikten önceki haliyle de doktrinde kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin tüketici sözleşmesi esaslarına tabi olabilecek nitelikte olduğu savunulmuştur.

Kişisel verilerin halihazırda özellikle internette paranın adeta ikamesi olduğu¹⁸⁷, veriye dayalı iş modeli sahibi için -girişimci- verinin paraya

¹⁸³ “Anwendungsbereich und Grundsätze bei Verbraucherverträgen (Tüketici sözleşmelerinin kapsam ve esasları)”

¹⁸⁴ Hükmün bu haliyle 2011/83/EU sayılı Direktif esaslarına uyumlu olup olmadığı tartışmalıdır. Bkz. **Leinemann**, s. 121. Gerçekten de 2011/83/EU sayılı direktifin kapsamı karşılıklı borç doğuran sözleşmelerle sınırlı değildir. Bkz. Art. 3 Abs. 1-RL 2011/83/EU, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-11.10.2021>. Bu kapsamda maddenin Direktif ile uyumlu olmadığı yönünde bkz. **Christiane Wendehorst**, Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2019, BGB, § 312, N. 37, çevrimiçi, BECK-ONLINE-11.10.2021; **Grüneberg**, Palandt, BGB § 312, N. 3; **Grüneberg**, Grüneberg, BGB Einf v § 320, N. 3.

¹⁸⁵ **Wendehorst**, BGB, § 312, N. 37; **Grüneberg**, Palandt, BGB § 312, N. 3; **Grüneberg**, Grüneberg, BGB Einf v § 320, N. 3; **Alman Federal Meclisi** (Deutscher Bundestag-BT), Drucksache: 17/13951, s. 72, çevrimiçi, <https://dserver.bundestag.de/btd/17/139/1713951.pdf-11.10.2021>.

¹⁸⁶ **Wendehorst**, BGB, § 312, N. 36. Değişiklikten önce de tüketici işlemlerinde karşılığın geniş ele alınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Walker**, s. 183-184. **Wendehorst**, tüketici işleminin varlığı için BGB § 320-326 anlamında karşılıklı borç doğuran bir sözleşmenin varlığının aranmaması gerektiği ve tarafların birbirlerine ifa ettiği edimler arasında koşullu bir bağlantı bulunmasının (koşullu karşılıklılık) yahut nedensellik ilişkisinin yeterli olduğunu bedel ödeme borcunun mutlak suretle tek hukuki ilişkide kararlaştırılmasının gerekmediğini, tüketicinin üçüncü kişilere de söz konusu bedeli ödeyebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Wendehorst**, BGB, § 312, N. 36. **Wendehorst**, bu görüşü para-ücret karşılığı hukuki ilişkiler adına doğrudan ifade etse de tüketici sözleşmelerinin tanımını geniş yaptığı dikkate alındığında bu görüşü veri karşılığı ilişkilerde teşmil edebilecektir. Keza Alman Federal Meclisi (Hukuk Komitesi) de edimler arasındaki sinallagmaya ek olarak nedensel yahut koşullu ilişkilerin de madde kapsamında olduğu yönünde görüş bildirmiştir. Bkz. BT, 17/13951, s. 72.

¹⁸⁷ **Tobias Brönneke, Fabian Schmidt**, “Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen nach Umsetzung der Verbraucherrechtlinie”, Verbraucher und Recht (VuR), 2014, s. 3, çevrimiçi, BECK-ONLINE-12.10.2021; **Wendehorst**, BGB, §

dönüştürülebilir bir değeri ifade ettiği unutulmamalıdır. Bu sebeple kişisel veri karşılığı sözleşmelerin karşılıksız hukuki ilişkiler gibi muamele görmesi işin niteliğine uygun düşmeyecektir. Keza Alman Federal Meclisi Hukuk Komitesi de kişisel verilerin bir hizmet yahut içerik için işlenmesine veri koruma kanunu uyarınca rıza gösterilmesinin taraflar arasında karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme ilişkisinin var olduğuna hükmetmek için yeterli olduğu görüşündedir¹⁸⁸. Komite veri koruma kanunu kapsamındaki rıza beyanı bir karşılık olarak nitelendirmiştir¹⁸⁹.

Alman kanun koyucusu ise bu gelişmeler çerçevesinde Alman Medeni Kanunu'nda bir değişiklik yapmıştır. 01.01.2022 yürürlük tarihli¹⁹⁰ BGB § 312 uyarınca tüketicinin bir para ödemeyi üstlendiği (BGB § 312/1), kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterdiği veya rıza göstermeyi üstlendiği (BGB § 312/1a) hukuki ilişkiler tüketici sözleşmeleri hükümlerine tabidir¹⁹¹. Bu hüküm Alman Medeni Kanunu'nun sözleşmeler başlığı altında yer almaktadır.

Buna göre Alman hukukunda kişisel veri karşılığı sözleşmelerin tüketici sözleşmesi niteliği kabul edilmişse de bu ilişkilerin karşılıklı borç yükleyen niteliğine yönelik tartışmalar, bu hüküm ve BGB § 327 vd. hükümleri karşısında dahi önemini ve varlığını muhafaza etmektedir¹⁹². Veri koruma kanunu uyarınca açıklanan rıza beyanının, Alman Medeni Kanunu sözleşme hukuku esaslarına uygun bir karşılık olarak ele alınıp alınamayacağı hali hazırda Alman doktrininde tartışmalıdır¹⁹³. Bu

312, N. 37; **Grüneberg**, Palandt, BGB § 312, N. 3; **Grüneberg**, Grüneberg, BGB Einf v § 320, N. 3.

¹⁸⁸ BT, 17/13951, s. 72.

¹⁸⁹ BT, 17/13951, s. 72.

¹⁹⁰ BGB § 312 bakımından kademeli bir yürürlük esası öngörülmüştür. Buna göre: 01.01.2022 ile 27.05.2022 tarihleri arasında farklı bir metin, 28.05.2022 ile 30.06.2022 tarihleri arasında farklı bir metin ve nihayetinde 01.07.2022'den itibaren farklı bir metin yürürlük kazanacaktır. Bununla birlikte tüketici sözleşmesinin tanımına ilişkin inceleme konusu edilen fıkraların 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girip varlığını 01.07.2022'den sonra da aynı şekilde muhafaza etmesi öngörülmüştür. Bkz. BGB § 312, çevrimiçi, BECK-ONLINE-05.01.2022.

¹⁹¹ Kişisel verilerin sözleşmenin ifası yahut yasal yükümlülüklerin yerine getirilmesi için girişimci tarafından işlenmesi halinde kişisel veri karşılığı bir hukuki ilişki söz konusu olmadığı da ayrıca maddenin ikinci cümlesinde (BGB § 312/1a, 2. cümle) düzenlenmiştir. bkz. BGB, çevrimiçi, BECK-ONLINE-12.10.2021.

¹⁹² Hükümün uygulama alanının 01.01.2022 yürürlük tarihli değişiklikten önce de aynı olduğu yönünde bkz. **Leinemann**, s. 123.

¹⁹³ **Leinemann**, s. 123. Hüküm, amacına uygun yorum gayesi taşıyan (teleolojik) bir bakışla ele alındığında, hükümün mehzazı teşkil eden başta 2011/83/EU sayılı Direktif olmak üzere Avrupa Birliği düzeyinde yayınlanmış bulunan tüketici işlemlerine yönelik direktiflerin ortak özelliği olan yüksek düzeyde tüketici korumasını garanti amacı uyarınca yürürlükteki hali için de aynı sonuca ulaşılabilceği yönünde bkz. **Wendehorst**, BGB § 312, N. 37. Kişisel verinin karşı

tartışmanın sebebi BGB § 327 vd. hükümlerinin doğrudan karşılıklı sözleşmeler başlığı altında değil ayrı bir başlık olarak düzenlenmiş olmasıdır¹⁹⁴.

Türk hukukundaysa tüketici sözleşmeleri değil tüketici işleminin tanımlanması tercih edilmiştir. Buna göre tüketici işlemi: “*Mal veya hizmet piyasalarında kamu tüzel kişileri de dâhil olmak üzere ticari veya mesleki amaçlarla hareket eden veya onun adına ya da hesabına hareket eden gerçek veya tüzel kişiler ile tüketiciler arasında kurulan, eser, taşıma, simsarlık, sigorta, vekâlet, bankacılık ve benzeri sözleşmeler de dâhil olmak üzere her türlü sözleşme ve hukuki işlem*” olarak tanımlanmıştır (TKHK, m. 3/1/l). Mal kavramı taşınır eşyayla sınırlı tanımlanmamış aksine “*Alışverişe konu olan; taşınır eşya, konut veya tatil amaçlı taşınmaz mallar ile elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi malları*” ifade edecek şekilde geniş tutulmuştur (TKHK, m. 3/1/h.) Hizmet kavramının ise: “*Bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan ya da yapılması taahhüt edilen mal sağlama dışındaki her türlü tüketici işleminin konusunu*” oluşturan edim olarak sınırları çizilmiştir (TKHK, m. 3/1/d.). Bu itibarla mal ve hizmet piyasalarının kapsamında veri karşılığı hukuki ilişkilerin de yer alacağı hususunda Türk hukuku adına bir tereddüt bulunmadığı ifade edilmelidir. Bu sebeple Alman hukukundaki tartışmalara girilmesine gerek olmaksızın dahi kişisel verilerin bir edim teşkil ettiğine dayanak olarak tüketici işlemlerine ilişkin hükümler gösterilebilecektir.

b. BGB § 327

DCD’nin Birlik üyesi devletin iç hukukuna aktarılması yükümlülüğünü yerine getirmek üzere Alman Medeni Kanunu’na 327 vd. hükümleri eklenmiştir (BGB §§ 327-327u, BGB § 445c, 475a, 516a, 548a, 578b). Söz konusu değişiklikler kapsamında dijital ürün teminine yönelik sözleşme ilişkileri tanımlanmıştır (BGB § 327). Buna göre tüketici sözleşmelerine ilişkin tanımın kapsamında yer almak kaydıyla tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesi karşılığında bir

edim olarak tanımlanmaktan bilinçli olarak imtina edildiği ve kanun koyucunun bu ilişkiyi karşılıklılık yönünden tanımlamak istemediği yönünde bkz. **Metzger**, MüKo BGB § 327, N. 1-2; Taraflar arasındaki sözleşmenin bağışlama niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Bauermeister**, s. 392 vd.

¹⁹⁴ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/II./A./C./2./b.

dijital üründen istifade ettiği hallerin BGB § 327 vd. yer alan hükümlere tabi olması öngörülmüştür¹⁹⁵.

Değişiklik DCD ile uyumlu olacak şekilde iç hukuka aktarılmıştır. Bir diğer ifadeyle Alman kanun koyucusu DCD'nin uygulama kapsamını da tanımlayan Dijital İçerik Direktifi Madde 3'ün düzenleme tekniğini takip etmiştir¹⁹⁶. BGB § 327, ayrı bir başlık olarak (*Titel 2a*) “Dijital ürünlere ilişkin sözleşmeler” düzenlenmiştir. Bu başlık “Karşılıklı Sözleşme” başlığının (*Titel 2*) devamı olmakla birlikte ondan ayrıdır. Bu durum kanun koyucunun kapsam dahilindeki tüm sözleşmeleri mutlaka karşılıklı bir sözleşme olarak sınıflandırmak istemediğine ve bu soruyu tıpkı DCD gibi cevapsız bırakmayı tercih etmesi olarak değerlendirilmiştir¹⁹⁷. Bunun yerine kanun koyucu § 327 vd. hükümlerin uygulama alanını sınırlandırmak amacıyla bu dijital ürünlere yönelik sözleşmelerde asli edim yükümlülüklerinin belirli yönlerine odaklanmış ve bunları tanımlamıştır. Ancak kanun koyucu bir sözleşme tipi olarak bu ilişkileri düzenlemek yerine sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin bir sınıflandırma öngörmeyerek DCD'nin yaklaşımını takip etmiştir¹⁹⁸. Bununla birlikte özünde, tüketici tarafından kişisel verilerin sağlanması, girişimciye karşı bir ücretin ödenmesi ile aynı esaslara tabi olduğundan kişisel veriler karşı edim olarak nitelendirilebileceği ifade edilmektedir¹⁹⁹.

Konu özelinde BGB § 327/3, esasında tüketici sözleşmelerinde tüketicinin elde ettiği edimden bağımsız olarak kişisel verilerin de ücretle eş değer olarak ele alındığı BGB § 312/1a hükmünün dijital içerik ve hizmet sağlanmasına yönelik hukuki ilişkilerdeki görünümüdür. BGB § 327/3 uyarınca, BGB § 312/1a/2. cümleye atfen kişisel verilerin işlenmesinin edim teşkil etmediği hallerde bu ayrımındaki

¹⁹⁵ Meğerki söz konusu hukuki ilişki BGB § 312/1a/2. cümle kapsamında yer alan bir sözleşme olsun. Bkz. BGB § 327/3.

¹⁹⁶ Metzger, MüKo, BGB § 327, N. 1.

¹⁹⁷ Metzger, MüKo, BGB § 327, N. 2.

¹⁹⁸ Bkz. DCD, Art. 12/2; Metzger, MüKo, BGB § 327, N. 2. Bu yaklaşımın bilinçli olduğu ve DCD'ye dair yapılan eleştiriler sebebiyle kanun metninde karşı edim ifadesine doğrudan yer verilmediği yönünde ayrıca bkz. Metzger, Festschrift, s. 55. Kanun koyucu tarafından belirli bir sözleşme tipine atıf yapılmadığı görünümünün yanıltıcı olduğu ve BGB §§ 327 vd. hükümleri uyarınca ayrı bir sözleşme tipinin düzenlendiği yönünde (bu sözleşmenin de bağışlama olduğu) bkz. Bauermeister, s. 390-391.

¹⁹⁹ Metzger, Festschrift, s. 55-58; özl. bkz. s. 57.

hükümlerin uygulanmayacağı sonucuna varılabilecektir²⁰⁰. Ayrıca BGB § 327/6 kapsamında girişimcinin kişisel verileri işleyerek bir gelir elde etmediği sözleşme ilişkilerine de bu ayırmda yer alan birtakım hükümlerin uygulanmayacağı düzenlenmiştir²⁰¹. Bununla birlikte Alman hukuku bakımından kanun koyucunun düzenleme yöntemi sebebiyle de kişisel verinin edim niteliği tartışmalıdır²⁰². Özellikle kanun koyucunun DCD'nin lafzına sadık kalarak kişisel veri sağladığı veya sağlamayı taahhüt ettiği ifadesine yer vermiş olmasına bir hukuki sonuç bağlanması gerektiği ifade edilmektedir²⁰³. Alman sözleşmeler hukukunda bağışlama taahhüdü ve elden bağış arasındaki ilişki çerçevesinde ilgili ayrıma bir karşılık bulunabileceğine dikkat çekilerek esasında kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin tek tarafa borç yükleyen bir sözleşme tipi olarak düzenlendiği ileri sürülmektedir²⁰⁴.

Bu tartışmayı alevlendiren hükümlerden biri diğeryse BGB § 516a'dır. Madde uyarınca tüketici işlemi niteliğinde bir sözleşme ilişkisinde bir dijital ürün yahut münhasıran bir dijital ürün için tasarlanmış bir fiziksel veri taşıyıcısı (donanım) bağışlanır ve bunun karşılığında tüketici BGB § 327/3 uyarınca kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterirse bağışlayanın sorumluluğuna ilişkin esaslar öngören BGB § 523 ve 524 hükümlerinin uygulanmayacağı, bunun yerine BGB bölüm 3 (*Schuldverhältnisse aus Verträgen*), Başlık 2a (Titel 2a-*Verträge über digitale Produkte* §§ 327-327u) kapsamındaki hükümlerin uygulanacağı düzenlenmiştir.

²⁰⁰ BGB § 312/1a/2. cümle: “Bu, girişimcinin tüketici tarafından sağlanan kişisel verileri münhasıran ifa yükümlülüğünü veya yerine getirmek zorunda olduğu hukuki yükümlülüklerini yerine getirmek için işlemesi ve başka bir amaçla işlememesi durumları kapsam dışındadır.” Alman kanun koyucusu meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanan veri işleme faaliyetlerinin taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesine etkisine yönelik bir düzenleme yapmamıştır. Doktrinde *Walker*, meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanan veri işleme faaliyetlerinde taraflar arasında karşılıklı borç doğuran bir sözleşme olduğunu kabul etmektedir. Bkz. **Walker**, s. 175-176.

²⁰¹ BGB § 327/6: “Tüketicinin karşılığında bir bedel ödemediği ve girişimcinin ücretsiz ve açık kaynak lisansı altında sunduğu yazılımların teminine ilişkin sözleşmelerde kişisel verilerin girişimci tarafından yalnızca tüketiciye sunulan yazılımın güvenliğini, niteliğine uygunluğunu-uyumunu ve (diğer yazılımlarla) birlikte çalışmasını sağlayıp, ürünü geliştirmek amacıyla işlendiği hallerde bu ayırmadaki hükümler uygulanmaz”. (“Dijital Ürünlere İlişkin Sözleşmeler” üst başlığı altında yer alan “Dijital Ürünlere İlişkin Tüketici Sözleşmeleri” alt başlığında yer alan hükümler- BGB § 327 vd. m. 327 a-s hükümleri-). Bu tür uygulamalara örnek olarak “Signal” gösterilebilir. *Signal*, bir vakıf tarafından kurulmuş, açık kaynaklı ve uçtan uca şifreli mesajlaşma uygulamasıdır. Bkz. çevrimiçi, <https://signal.org/docs/> -01.12.2021.

²⁰² **Bauermeister**, s. 392 vd.

²⁰³ **Bauermeister**, s. 392.

²⁰⁴ **Bauermeister**, s. 392 vd.

Doktrinde bu hükmün varlığı gerekçe gösterilerek esasında kişisel verinin sinallagmanın bir parçası olarak ürünün karşı edimi olmadığı ve fakat taraflar arasındaki ilişkinin de bağışlama hükümlerine tabi olması gerekirken bunun açık düzenlemeyle engellendiği ileri sürülmektedir²⁰⁵. Bu sebeple kişisel verinin esasen edim niteliğinde tereddüt edilmemesi gerekirken kanun koyucunun tercihi sebebiyle Alman hukukunda karşılıksız bir sözleşme olduğu da savunulmaktadır²⁰⁶. Bir diğer ifadeyle DCD'nin yürürlük sürecindeki belirsizlik iç hukuklara da sirayet etmiş ve DCD'yi iç hukukuna aktaran Alman hukukunda da bu düzenleme tartışmaları nihayete erdirmemiştir.

Alman Medeni Kanunu'nda kişisel verilerin konu edildiği hukuki ilişkiler sadece çevrimiçi ürünün sunulması yönüyle düzenlenmemiştir. Aksine tüketici işlemi niteliğinde olabilecek her hukuki ilişkide kişisel verilerde ücretin alternatifi olması yönüyle de düzenlenmiştir. Bu gerekçeyle söz konusu değişiklikler uyarınca Alman hukukunda kişisel verinin karşılık niteliğinin açıkça olmasa da zımnen kanun koyucu nezdinde de kabul edildiği ileri sürülmektedir²⁰⁷. Değişiklikler sonrası tartışmayı alevlendiren ise bu ilişkilerin bağışlama hükümlerine tabi olmadığıнын ayrıca ortaya konulmuş olmasıdır. Alman hukukunda kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin karşılıksız da olsa tüketici sözleşmeleri uyarınca tüketici için öngörölmüş ayrıcalıklı konuma sahip olmasının öngöröldüğünü savunanlar bulunduğı gibi²⁰⁸; bilakis karşılıklı hukuki ilişkilerin bir görünümü olduğunu kabul eden görüşler de ileri sürölmüştür²⁰⁹.

²⁰⁵ **Bauermeister**, s. 392 vd.

²⁰⁶ **Bauermeister**, s. 392 vd.

²⁰⁷ Değişikliklere ilişkin uygulama alanını göstermek üzere kaleme alınmış olan teklif metnindeki örnekler: “bir müşteri kart sistemine katılıma dayalı indirimler (sadakat kart uygulamaları); sağlık verilerinin izlenmesine izin verilmesi kapsamında aylık ücretin alınmadığı spor salonu üyelik sözleşmesidir”. Bu takdirde tüketicinin bir hizmet, içerik yahut ürün karşılığında kısmen veya tamamen kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermesinin edim olarak tasarlandığı ifade edilebilecektir. Bkz. **Deutscher Bundestag**, Drucksache 19/27653, 17.03.2021, “Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen”, s. 38.

²⁰⁸ **Bauermeister**, s. 392 vd.

²⁰⁹ **Wendehorst**, BGB, § 312, N. 36; **Walker**, s. 183-184. Bununla birlikte ifade edildiğı üzere Türk hukukunda tüketici işleminin geniş tanımı dikkate alındığında taraflar arasındaki ilişkinin Türk hukukunda karşılıklı borç yükleyen bir sözleşme olarak nitelendirilmesi mümkündür. Bkz. İkinci Bölüm/II./C./2./a. ve

D. Kişisel Verilerin İşlenmesine Yönelik Açık Rızanın Hukuki Niteliği

Kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilebilmesini mümkün kılan hukuki enstrüman açık rızadır. Bununla birlikte veri koruma hukuku kapsamında rızanın bir özelliği de her zaman geri alınabilmesidir²¹⁰. Rızanın bu niteliği kişisel verilerin işlenmesi esasına dayanan sözleşme ilişkileri uyarınca önemli hukuki sorun ve sonuçları beraberinde getirmektedir. Bu nedenle rızayı geri alma imkânının sonuçları incelenmelidir. Veri koruma hukukuna dayanan rızanın her zaman geri alınabilme imkânı karşısında borçlar hukuku kapsamında sözleşmede kararlaştırılan edimin tek taraflı irade beyanıyla bir yaptırıma maruz kalınmaksızın sözleşmenin karşı tarafından esirgenmesi kural olarak mümkün değildir. Şu hâlde veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş rızanın her zaman geri alınabilir niteliğinin sözleşmeler hukuku esaslarıyla bağdaştırılmasının ne ölçüde mümkün olduğu sorusu gündeme gelmektedir.

Veri koruma hukuku kapsamındaki rıza, kişisel veri işlemesi bakımından irade hürriyeti ilkesine kapı aralamaktadır. İlgili kişinin (açık) rızasıyla kural olarak yasak olan veri işleme faaliyeti hukuka uygun hale gelmektedir²¹¹. Söz konusu rıza beyanının hukuki niteliği ise tartışmalıdır²¹². Bu tartışma sadece teorik düzeyde bir

²¹⁰ GDPR, Art. 7/3. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca açıkça rızanın geri alınma imkânı düzenlenmemiştir. “Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik” m. 5/2/d uyarıncaysa: “...kişisel verileri işlemenin sadece açık rıza şartına istinaden gerçekleştiği hallerde ilgili kişinin rızasını geri alması” ihtimalinde kişisel verilerin işlenmesi imkânının sona ereceği kabul edilmiştir. Bu sebeple ilgili kişi açık rızasını geri alabilir. Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 97. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/I./B./1.

²¹¹ GDPR Art. 6/1, KVKK m. 5/1, m. 6/2; **Walker**, s. 156. Bununla birlikte Kıta Avrupa’ında da kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir yasak bulunmadığı ve kural olarak veri işlemenin açık rızaya dayanmak şartıyla serbest olduğu yönünde görüşler için ayrıca bkz. **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 83; **Prins**, s. 3 ve 4; **David Vasella**, “Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht, Jusletter”, 16.11.2015, çevrimiçi, https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2015/824/zur-freiwilligkeit-u_90937b2cfa.html__ONCE&login=false -16.10.2021; **Schmidt**, s. 57. Amerikan hukukunda da veri işleme faaliyetinin serbestlik esasına dayandığı yönünde bkz. **Hacker**, IP, s. 56.

²¹² Tıp hukuku anlamında rıza bir maddi fiil olarak ele alınırken, kişinin imajını konu ettiği hukuki ilişkilerde rızanın hukuki işlem olarak ele alındığı görülmektedir. Bkz. **Funke**, s. 74-75. Bunun sebebinin rızanın gösterilme şekline yönelik aranan kıstasların farklılığı olduğu yönünde bkz. **Ansgar Ohly**, “Volenti non fit iniuria”-Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, s. 206.

karşılık bulmaktan öte pratikte önemli sonuçları olan bir tartışmadır²¹³. Her şeyden önce bu nitelendirme, beyanın tabi olacağı hukuki rejimi belirleyecektir²¹⁴.

Gelinen noktada öncelikle verilen rızanın her hukuki ilişki kapsamında hukuki niteliğinin aynı olup olmadığı tartışmalı olduğu ifade edilmelidir. Doktrinde rızanın verinin hukuki işlemlere konu edilebilmesi için bir araç olarak kullanıldığı durumlar dikkate alınıp bu halleri birbirinden ayırmak maksadıyla tek taraflı-sadece rıza ile sözleşmeye dayalı rıza arasında ayırım yapmaktadır²¹⁵. Bu ayrımı reddeden görüş ise rızanın hukuki niteliğinin hangi hukuki ilişki kapsamında yer aldığından bağımsız olduğunu ve rıza verilen hukuki ilişkinin rızanın niteliğini etkilemeyeceğini savunmaktadır²¹⁶. İsaletli olan rıza verilen hukuki ilişkinin rızanın niteliğini etkilememesidir. Kaldı ki hangi hukuki ilişkide hangi tür/hangi kategoriye dahil bir rıza gösterildiğinin tespit edilebilmesi her zaman kolay olmayacaktır²¹⁷. Bu sebeple rızanın hukuki niteliği rıza verilen hukuki ilişkiden bağımsız olarak ve ayrıca belirlenmelidir²¹⁸. Aşağıda rızanın hukuki niteliğine ilişkin görüşler ayrı başlıklar altında ele alınacaktır²¹⁹.

1. (Açık) Rıza ile Sözleşme Tek Hukuki İşlem Olarak Ele Alınabilir mi?

Açık rızanın hukuki niteliğine yönelik değerlendirmelere geçmeden önce doktrinde rızanın ayrı bir hukuki işlem değil, veri karşılığı sözleşme ilişkisinin bir parçası olarak ele alan görüşe değinilmesi gerekmektedir²²⁰. Bu görüşün taraftarlarından *Weber*'e göre uyarınca rıza açıklamasının taraflar arasındaki

²¹³ **Çekin**, KVKK, s. 85.

²¹⁴ **Çekin**, KVKK, s. 85; **Schmidt**, s. 57.

²¹⁵ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 237; **Patricia Maria Rogosch**, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Baden-Baden, Nomos, 2013, s. 36 vd.

²¹⁶ **Philip Radlanski**, Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016, s. 118; **Langhanke**, s. 150; **Schmidt**, s. 69 vd.

²¹⁷ **Schmidt**, s. 70.

²¹⁸ **Radlanski**, s. 118. Rıza ile sözleşme ilişkisinin ayrı ele alınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 68.

²¹⁹ **Langhanke**, söz konusu nitelendirmeye ilişkin hukuki sorunun, “abartılmaması (*nicht überbewertet werden*)” gereken bir sorun olduğuna ve rıza ne şekilde nitelendirilirse nitelendirilsin uygulanmak istenen hükümlerin teleolojik redüksiyon yöntemiyle rıza beyanına uygulanabileceğine dikkat çekmiştir. Bkz. **Langhanke**, s. 44.

²²⁰ İsviçre hukukunda hâkim görüş olarak nitelendirilen bu yaklaşım için bkz. **Weber, Henseler**, s. 339. Kişilik değerlerinin konu edildiği sözleşmeler için rızanın lisans sözleşmesinin bir parçası olduğu (tek bir işlem söz konusu olduğu) yönünde (doğrudan kişisel veriler özelinde bir irdeleme söz konusu değildir) bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 184.

sözleşmeden²²¹ doğan borcun bir parçası olduğu ve bu borçtan ayrıca hukuken nitelendirilmesine ihtiyaç duyulan bir işlem yahut fiil olmadığı ifade edilmektedir²²². Yine *Weber*'e göre rıza için aranacak geçerlilik şartlarının, sözleşme ilişkisi için de aranacak olması sebebiyle rızayla sözleşmenin bir bütün olduğu savunulmaktadır²²³. Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin kurulması halinde ayrıca rıza alınmasına gerek bulunmadığı²²⁴; rıza hukuki işlemin bir parçası olduğundan sözleşmeden ayrıca geçerlilik koşullarının değerlendirilmeyeceği savunulmaktadır.

Bununla birlikte bu görüşün Türk hukuku uyarınca kabul görmesi mümkün değildir. (Açık) rıza GDPR ile paralel olarak taraflar arasındaki ilişkiden ayrı bir beyandır²²⁵. Rızanın her halükârda sözleşme ilişkisinde ayrıca yer alması gerekliliği karşısında, bu beyanın sözleşme ilişkisiyle mündemiç ele alınması mümkün değildir²²⁶. Buna ek olarak veri işleme faaliyeti içinse rızaya ihtiyaç duyulmadığının savunulması söz konusu bile olamayacaktır. Nitekim KVKK m. 5/1'de açıkça ifadesini bulduğu üzere: “*Kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenemez*”.

Bu görüşün rızanın geri alınmasının sonuçları yönüyle de çeliştiğine ayrıca dikkat çekilmelidir. Görüş kapsamında rıza beyanı sözleşmenin bir parçası olarak ele alınıp rıza ile sözleşmenin varlıkları ve geçerliliklerinin birbirlerine bağlı olduğu kabul edilmektedir. Bundan sonra rızanın geri alınmasının sözleşme ilişkisini sona erdirmeyeceği ifade edilmektedir²²⁷. Bu kapsamda girişimcinin sözleşmeyi haklı sebebe dayanarak olağanüstü fesih imkânına sahip olduğu, vekâlet sözleşmesinin uygun olmayan zamanda sona ermiş olması sebebiyle uğranan olumsuz zararın

²²¹ Bu sözleşme lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. bkz. **Weber, Henseler**, s. 339. Kişilik değerlerinin konu edildiği sözleşmelerin lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmesine dair ayrıca bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 184.

²²² **Langhanke**, s. 176; **Weber, Henseler**, s. 337 ve 339.

²²³ **Weber, Henseler**, s. 339.

²²⁴ İsviçre hukukunda veri işlemek prensipte yasak olmadığı için DSG Art. 4 uyarınca aranan şartların temin edilmiş olması halinde ayrıca rıza alınmasına gerek olmadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Weber, Henseler**, s. 338.

²²⁵ *Weber ve Henseler* de Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün “extraterritorial (GDPR Art. 3)” uygulanması kapsamında Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü hükümlerine tabi olacak uyumazlıklar bakımından bu görüşün savunulamayacağını açıkça ifade etmiştir. bkz. **Weber, Henseler**, s. 338.

²²⁶ Aynı yönde bkz. **Bijok**, s. 344.

²²⁷ **Weber, Henseler**, s. 343.

tazmin edilebileceği de savunulmaktadır²²⁸. Görüşe yönelik varlığına işaret edilen çelişki de tam olarak bu noktada kendisini göstermektedir. Rıza, sözleşme ilişkisinin bir parçası ise rızanın geri alınması ile sözleşme ilişkisi de sona erecektir²²⁹. Buna ek olarak TBK m. 512 uyarınca sözleşme ilişkisini zamansız ve haklı bir sebebi olmaksızın sona erdiren tarafın zararı gidermesi öngörülmüştür. Bu yönüyle haklı sebeple sözleşme ilişkisinin girişimci tarafından sona erdirilebileceği ifade edildikten sonra sebep gösterilmeksizin sona erdirmenin sonuçlarına ilişkin hükmün kıyasen uygulanacağını savunulması tutarsız olacaktır. Sonuç itibarıyla rıza ile sözleşme ilişkisi birbirinden ayrıdır ve rızanın sözleşme ilişkisinden bağımsız olarak nitelendirilmesi ihtiyacı bulunmaktadır.

2. Maddi Fiil Görüşü

Maddi fiil hukuki sonucun, fiili gerçekleştirenin iradesinden bağımsız olarak doğrudan dış âlemde meydana gelen değişikliğe bağlandığı hallerdir²³⁰. Rıza ile fiili bir sürecin meşrulaştırılmasının amaçlanıyor olması, doktrinde rızayı maddi bir fiil olarak nitelendiren görüşün çıkış noktasıdır²³¹. Bu görüş ekseninde rızanın amacı hukuki bir sonuç doğurmak değildir²³². Rıza bir hakkın tesisine yönelik değildir, sadece yasal bir korumadan feragat edilmesidir²³³. Tıbbi müdahaleye gösterilen rızanın hukuki niteliğinin değerlendirildiği bir Alman Federal Mahkemesi kararında rızanın bir hukuki işlem değil, bir maddi fiilin gerçekleştirilmesine yönelik izinden ibaret olduğu ifade edilmiştir²³⁴. Rızanın maddi fiil olarak nitelendiriliyor olmasının

²²⁸ **Weber, Henseler**, s. 343. Bu görüş uyarınca OR art. 404/2 hükmünün veri karşılığı ilişkilere kıyasen uygulanması önerilmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 343 vd.

²²⁹ Nitekim bu takdirde zımnen rızanın geri alındığının da kabul edilebileceği savunulmaktadır. Bkz. **Weber, Henseler**, s. 343.

²³⁰ **Kocayusufpaşaoğlu**, § 9, N. 6; **Nomer, Akbulut**, N. 320.

²³¹ **Sebastian Schulz**, DS-GVO (Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679), München, C.H. Beck Verlag, 2017, Art. 7. N. 8. Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Ohly**, s. 46; **Radlanski**, s. 121; **Funke**, s. 81 vd. **Schmidt**, s. 70. Bu kapsamda **Radlanski** doktrinde veri koruma hukuku kapsamında rızanın hem bir hukuki işlem hem maddi fiil hem de hukuki işlem benzeri fiil olabileceği hukuki ilişkilerin söz konusu olduğunu savunmaktadır. Bkz. **Radlanski**, s. 121 vd.

²³² **Schulz**, Art. 7. N. 8.

²³³ Bununla birlikte feragat de bir hukuki işlemdir.

²³⁴ Bu karar kapsamında kişinin bedeni üzerinde tasarrufta bulunması mümkün olmadığı için tasarruf işlemine ilişkin esasların rızaya uygulanamayacağı ancak işlem ehliyetine ilişkin kuralların kıyasen rıza için de uygulanması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. BGH, 05.12.1958-VI ZR 266/57, NJW 1959, s. 813.

bir diğ er sebebi olarak rızanın her zaman serbestçe geri alınabilir olması gösterilmektedir. Rıza bir irade beyanı olarak ele alındığı takdirde geri almanın mutlaka hukuki sonuçları olmalıdır²³⁵.

Rızanın maddi fiil olarak kabul edilmesi irade sakatlığı hallerine dair düzenlemeler başta olmak üzere irade açıklamasına dair hükümlerin, rıza için uygulanmayacağı anlamına gelir ki bu rızanın varlık amacıyla ve rızanın verilmesinden öncesi için  ng r lm   aydınlatma yükümlülüğü, serbestçe verilmiş olma, GDPR uyarınca öngörülen özel ehliyet şartları gibi rızanın özellikleriyle baėda maz²³⁶. Rızanın en azından bir irade beyanı olduğu, bu beyana hukukun sonuç bağladığı ve bağlanan sonucun da beyan sahibi tarafından arzu edilmesi gerektiği a ıktır²³⁷. Atlanmamalıdır ki hukukun sonuç bağladığı işleme faaliyetinin kendisi değil; işlemeye tabi tutulan kişisel veriler üzerinde söz sahibi olan ilgili kişinin rızasıdır²³⁸.

3. Hukuki İşlem Benzeri Fiil Görüşü

Hukuki işlem benzeri fiiller doğrudan fiili bir sonuca yönelmiş iradeye hukuk düzeni tarafından bu irade beyanına, beyan sahibinin arzu etmesinden bağmsız olarak bir hukuki sonuç baėlanmasıdır²³⁹. Doktrinde kendine özgü bir irade açıklaması olarak nitelendirilen veri koruma hukuku anlamında rızanın hukuki işlem benzeri fiil niteliğinde olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır²⁴⁰. Rıza gösterme imkânı (ehliyet), öncelikle kişisel hakkın kullanılmasıyla ilgiliyse bunun açıklanabilmesi ayırt etme gücünün varlığına bağlı olmalıdır²⁴¹. Öte yandan kişilik değerlerinin ticarile tirilmesi gündeme geldiği takdirde genel hukuki işlem ehliyeti

²³⁵ Bu görüşün değerlendirmesi ve bu sebeple rızanın geri alınmasının hukuki sonuçları olması gerektiği yönünde bkz. **Horst-Peter Götting**, *Persönlichkeitsrechte als Verm gensrechte*, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995, s. 152 (“Persönlichkeitsrechte”); **Bijok**, s. 406.

²³⁶ ** ekin**, KVKK, s. 86; **Schmidt**, s. 70.

²³⁷ ** ekin**, KVKK, s. 87; **Schmidt**, s. 70; **Yücedağ**, *Açık Rıza*, s. 9.

²³⁸ **Funke**, s. 83.

²³⁹ **Kocayusufpa aoğlu**,   9, N. 6; **Nomer**, **Akbulut**, N. 319.

²⁴⁰ **Radlanski**, s. 121 vd.; Bu görüşte olan yazarlar hakkında bilgi için ayrıca bkz. **Ohly**, s. 205. Bu görüşün hareket noktası ise veri işleme faaliyetinin kendisidir. Veri işleme faaliyetinin hukuka uygun kılınmasına odaklanılmaktadır.

²⁴¹ **Radlanski**, s. 121.

aranacaktır²⁴². Bir diğer ifadeyle somut olayın özellikleri dikkate alınarak ehliyet esaslarının belirlenmesi önerilmektedir.

Bu görüşün aksayan yönü rızanın somut olay özelinde nitelendirilmesi sebebiyle geçerliliği için aranacak şartların da değişecek olmasıdır²⁴³. Bu görüş uyarınca bir yandan, rızanın hukuki işlem niteliğinin teyit edilirken -ki bu durumda hukuki işlemlere ilişkin hükümler doğrudan rıza için de uygulanacaktır-; diğer yandan münferit durumlarda amaca göre yorum yapılarak rızaya hukuki işlemlerin genel esaslarının doğrudan uygulanmaması gerektiği ifade edilmektedir²⁴⁴. Bu durum söz konusu görüşün belirlilik ve öngörülebilirlik yönünden aksak olarak nitelendirilmesine sebep olmuştur²⁴⁵. Rıza belirli bir hukuki sonucun ortaya çıkmasına yönelmiş bir iletişim fiiline dayandığından, rızanın hukuki işlem benzeri fiil olarak nitelendirilmesi maddi fiillerde olduğu gibi rızanın niteliğine uygun değildir²⁴⁶. Öte yandan, rızanın kendine özgü bir hukuki karakteri söz konusuysa da rızanın nitelendirilmesine yönelik ortaya çıkan hukuki sorunların incelenmesi ve gerekirse bertaraf edilmesi için mevcut kurallar bir başlangıç noktasıdır²⁴⁷.

4. Hukuki İşlem Görüşü

Hukuki işlem, bir hukuki sonuca yönelmiş bulunan irade beyanına hukuk düzeninin irade beyanına uygun hukuki sonucu bağlamasıdır²⁴⁸. Bununla birlikte rızanın sadece hukuki işlem olarak nitelendirilmesi yeterli olmayacaktır²⁴⁹. Hukuki işlem kavramının oldukça soyut ve geniş olduğu göz önüne alındığında, bu eleştirinin haklılık payı olduğu düşünülebilir. Nihayetinde bir terimin soyutluk düzeyi ne kadar yüksekse anlamı da bir o kadar azalacaktır²⁵⁰. Hukuki işlemin her biri için geçerli

²⁴² Radlanski, s. 121.

²⁴³ Ohly, s. 205.

²⁴⁴ Radlanski, s. 121 vd.

²⁴⁵ Ohly, s. 205; Schmidt, s. 73.

²⁴⁶ Ohly, s. 205; Schmidt, s. 73.

²⁴⁷ Ohly, s. 206.

²⁴⁸ Kocayusufpaşaoğlu, § 9, N. 6; Nomer, Akbulut, N. 326.

²⁴⁹ Funke, s. 85. Doktrinde rıza beyanının hukuki işlem olduğunu beyan eden Zitelmann bu görüşle eleştirilerin muhatabı olmuştur. Zitelmann'ın görüşü için bkz. Ernst Zitelmann, "Ausschluß der Widerrechtlichkeit", AcP, 99. Band, Heft 1, 1906, ss. 1-130. Eleştiri için bkz. Funke, s. 85, dn. 314. Rıza beyanının bir irade açıklaması olduğu yönünde bkz. Walker, s. 169.

²⁵⁰ Werner Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2-Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1992, § 2-1, s. 24.

genel hükümler öngörülme yerine münferit hukuki işlem türleri için kurallar ihdas edilmiş olduğundan tek başına hukuki işlem nitelendirmesi ulaşılmak istenen amaca hizmet etmez²⁵¹. Bu sebeptendir ki doktrinde rıza beyanı; hukuki işlem türlerine dair tasniflerden malvarlığına yaptığı etki açısından ele alınmıştır. Bunun yanı sıra rıza beyanı, işlemin hukuki sonuçlarını doğurabilmesi için gerekli irade beyanı sayısı yönüyle de üzerinde durulmuş ve bu ekseninde nitelendirilmiştir²⁵².

a. Açık Rıza Beyanının Tasarruf İşlemi Olduğunu Savunan Görüş

Alman hukukunda hâkim görüş olarak nitelendirilebilecek görüş uyarınca açık rıza beyanı bir tasarruf işlemidir²⁵³. Veri karşılığı sözleşme bir borçlandırıcı işlemdir. Bu sözleşme uyarınca ilgili kişinin borcunun konusu rıza beyanında bulunmaktır. Sözleşme uyarınca kişisel verinin işlenebilmesi için ihtiyaç duyulan rıza beyanının kendisi ise borcun ifası ve bir tasarruf işlemidir²⁵⁴. Bu iki işlem Alman hukukuna hâkim olan ayrılık ve soyutluk ilkesi ekseninde ele alınmalıdır²⁵⁵. Bu görüş

²⁵¹ **Flume**, § 2-1, s. 32. Hukuki işlem kavramının hukuki işlem türlerinden soyutlanarak geliştirildiği yönünde bkz. **Flume**, § 2-1, s. 32; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 10, N. 3-6.

²⁵² **Langhanke**, BGB'nin ekonomik çıkarları esas alan hukuki işlem yapısı sebebiyle Alman hukukunda rızanın mahiyetine uygun düşmeyen hükümlere tabi olmasının engellenmesi adına hukuki işlem olarak nitelendirilmesine mesafeli yaklaşıldığını ifade etmektedir. bkz. **Langhanke**, s. 43. Bu yönde ayrıca bkz. **Ohly**, s. 213. Kişinin resminin kullanılmasına yönelik rıza beyanının hukuki işlem olduğu ve bu nitelendirmenin Alman hukukunda hâkim görüş olduğu yönünde bkz. **Michael Fricke**, Praxiskommentar Urheberrecht (UrhR), eds. Artur-Axel Wandtke, Winfried Bullinger, 5. Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 2019, KUG § 22 [Recht am eigenen Bilde], N. 13, çevrimiçi, BECK-ONLINE-17.08.2021. Bu görüşün sonucu olarak da rızaya ilişkin: rıza beyanına konu tasvir edilen kişinin işlem ehliyetinin bulunması, rızanın ilke olarak serbestçe geri alınamaması ve rızanın temsil yoluyla da verilebilmesi tespitleri yapılmıştır. Bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 13.

²⁵³ **Specht**, Konsequenzen, N. 329 vd.; **Metzger**, AcP, s. 832; **Metzger**, Contract 2.0, s. 33 vd.; **Bauermeister**, s. 384-385; **Metzger**, rızanın malvarlığına yaptığı etki bakımından tasarruf işlemi tanımına uymadığını ve fakat bu durumun borç sözleşmesi ile rıza arasındaki ilişkiye soyutluk ilkesinin uygulanmasına engel olmadığını; soyutluk ilkesinin veri koruma hukukuyla da bağdaştığını savunmuştur. Rıza beyanının ilgili kişinin yasal konumu üzerinde doğrudan etkili olması sebebiyle kişisel verilerin işlenmesini hukuka uygun kılan rızayı tasarruf işlemi olarak nitelendirmiştir. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 53. Yine **Metzger**, rızanın tasarruf işlemi olarak ele alınamayacaksa da sözleşme ilişkisi kapsamında değil; borcun ifası ekseninde ele alınması gerektiğini savunmaktadır. Bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 3. Aynı yönde ayrıca bkz. **Riehm**, s. 187. Rızanın tasarruf işlemi benzeri olarak nitelendirilebilecek olmakla beraber bu nitelendirmenin bir katkısı olmadığı yönünde bkz. **Walker**, s. 186.

²⁵⁴ **Metzger**, Contract 2.0, s. 34.

²⁵⁵ (Açık) rıza tasarruf işlemi olarak nitelendirilmese de borçlandırıcı işlem olan sözleşmeden her halükârda ayrı ele alınması gerektiği yönünde bkz. **Specht**, JZ, s. 765. Avusturya hukukunda rızanın, kişilik değerleri üzerindeki işlemlerin hukuki enstrümanı olduğu kabul

uyarınca GDPR m. 7/3, cümle 2'nin de bu ilkelere vurgu yapılmak üzere kaleme alındığına dikkat çekilmektedir²⁵⁶. Böylece kişisel veri karşılığı kurulan hukuki ilişkide rızanın geri alınması da sözleşmeyi doğrudan geçersiz hale getirmeyecektir²⁵⁷. Bunun yanında rızanın geçersiz olması da hukuki işlemin geçerliliğini etkilemeyecektir²⁵⁸.

Alman hukukundaki bu yaklaşımın etkisiyle Alman Medeni Kanunu'nda yapılan 01.01.2022 yürürlük tarihli değişiklikler kapsamında rızanın sözleşmenin kurulmasından sonra geri alınmasının yahut ilgili kişinin veri koruma hukuku uyarınca sahip olduğu bir hakkı kullanmasının taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini etkilemeyeceği hüküm altına alınmıştır (BGB § 327q/1)²⁵⁹. Bu durumda Alman hukukunda kişisel veri karşılığı çevrimiçi ürün sağlanan ilişkilerinde rıza beyanının en azından sözleşmeden ayrı ve bağımsız bir hukuki işlem olduğu görüşünün -ayrılık ilkesi- kanun koyucu tarafından da benimsendiği ifade edilebilecek durumdadır. Bununla birlikte madde uyarınca düzenlenen sözleşmenin geçersizliğinin rızaya etkisidir. İşlemin sebepten soyut yahut sebebe bağlı (illi) niteliğinin ilgili hüküm esas alınarak belirlenmesi uygun düşmeyecektir.

Bir an için bu düzenleme karşısında rıza beyanının kanun koyucu tarafından soyut bir işlem olarak ele aldığı kabul edilse dahi bu hüküm yine rızanın tasarruf

edilmekle birlikte rızanın tasarruf işlemi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışmalıdır. Bkz. **Langhanke**, s. 170.

²⁵⁶ **Metzger**, Contract 2.0, s. 34. Bununla birlikte **Metzger** ayrılık ve soyutluk ilkesi işlem güvenliğine hizmet ederken kişisel veriler bakımından böyle bir amacın bulunmadığına dikkat çekmektedir. Kişisel verilerin bir değer olarak pazarlanabilir hale getirilmesi amaçlanmamaktadır. Aynı yönde bkz. **Walker**, s. 188. Rızanın ve dayandığı hukuki ilişkinin ayrılması ve birbirinden soyut ele alınması daha ziyade Avrupa veri koruma hukuku ile ulusal sözleşme hukuku arasındaki farklı rejimlerden ve veri koruma hukuku kapsamında borçlandırıcı işlem (sözleşme) ve rızanın işlevlerinden kaynaklandığı savunulmuştur. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 53; Aynı görüş için ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 3.

²⁵⁷ **Metzger**, Contract 2.0, s. 34. Bu durum her halde sözleşme ilişkisi için bir imkânsızlık (verinin karşılığında alınan hizmetin ifası bakımından) da meydana getirmez. Çünkü bu hizmet yahut içerik çoğu zaman bir ücret karşılığı sunulmak yerine kişisel veri işleme faaliyeti karşılığı kişilere sunulmaktadır. Bu durumda (açık) rızaya dayanan veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilemiyor olması, sözleşmenin karşı tarafının edimini ifa etmesinin imkânsızlaşması anlamına gelmeyecektir. Kaldı ki karşı tarafın rızanın geri alınmasına rağmen gerçekleştirmek zorunda olduğu veri işleme faaliyeti için başka hukuka uygunluk sebepleri de gündeme gelebilecektir (*örneğin meşru menfaat*).

²⁵⁸ **Specht**, JZ, s. 765-766; **Metzger**, Contract 2.0, s. 34.

²⁵⁹ DCD-Dibace 39 uyarınca sözleşme ilişkisinin veri koruma hukuku uyarınca sahip olunan hakları etkilememesi gerektiği ifade edilmiştir. Bu hükmün rızayla sözleşmenin ayrı ele alınması gerektiğine işaret ettiği yönünde bkz. **Walker**, s. 187.

işlemi olarak nitelendirilmesi için tek başına yeterli değildir. Her şeyden önce soyut hukuki işlemlerin sadece tasarruf işlemleri olmadığı atlanmamalıdır²⁶⁰. Bunun yanında soyutluk ilkesinin sonuçlarıyla rızanın soyut bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesinin birbiriyle uyumlu olmadığı ifade edilmelidir. Bir tasarruf işleminin sebebe bağlı yahut sebepten soyut olması, tasarruf işleminin arkasında yer alan borçlandırııcı işlemin sıhhatini etkileyen hususların, geçerli tasarruf işlemine sirayet edip etmeyeceğiyle ilgilidir²⁶¹. Aşağıda ayrıntısıyla inceleneceği üzere (açık) rızanın, tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi imkânı bir kenara bırakılacak olsa²⁶² ve bir an için tasarruf işlemi olduğu kabul edilse dahi bu nitelendirmenin, sorunun çözümüne katkısı izaha muhtaçtır²⁶³.

Rızanın, sözleşme ilişkisinden bağımsız-ayrı bir hukuki işlem olduğunun kabul edilmesi isabetli olmakla beraber sözleşmeden ne ölçüde soyutlanabileceği de ayrıca değerlendirilmelidir²⁶⁴. Rıza beyanının özellikleri, onun aydınlatma metni ve dolayısıyla sözleşme ilişkisi uyarınca öngörülmüş bulunan esaslardan soyut ele alınması önündeki en önemli engeldir²⁶⁵. Bir diğer ifadeyle rızanın dayandığı sözleşme ilişkisinde rıza beyanına yönelik taahhüdün tasarlanma şekli rızanın geçerliliğine de etki edecektir. Bu yönüyle rızanın sözleşmeden ayrı bir hukuki işlem olarak ele alınması isabetliyse de soyut bir işlem olarak nitelendirilmesinin ne ölçüde mümkün olduğu tartışılacaktır²⁶⁶.

Alman hukukunda rızanın geçerlilik koşulları nedeniyle çok sayıda belirsizlik barındırdığı ifade edilmektedir²⁶⁷. Rızanın geçersizlik riskinin, dayanağı

²⁶⁰ Tek taraflı bir işlem olan temsil yetkisi verilmesinin, yetkinin kaynağı olan hukuki ilişkinin akıbetine bağlı olup olmadığı, bir diğer ifadeyle soyutluk ilkesinin temsil yetkisi için de geçerli olup olmadığı tartışma konusudur. Tartışmanın ayrıntısı için bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 46, N. 22-32.

²⁶¹ **M. Kemal Oğuzman, Özer Seliçi, Saibe Oktay-Özdemir**, Eşya Hukuku, 23. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021, Eşya, s. 589.

²⁶² Bkz. İkinci Bölüm/II./D./b./i.

²⁶³ Bkz. Üçüncü Bölüm/I./2./a.

²⁶⁴ Bu tartışmaya işaret eden görüş için bkz. **Bijok**, s. 404.

²⁶⁵ **Bijok**, s. 404.

²⁶⁶ Rızanın geri alınmasının ayrı bir hukuki işlem olmasının sebebi sözleşme ilişkisinden soyut olması değil geri alınması halinde sözleşme ilişkisine bu durumun sirayet etmemesidir. Bkz. **Bijok**, s. 388.

²⁶⁷ Bu geçersizlik risklerinin borçlandırııcı işleme sirayeti için emredici bir hüküm olmadığı, bu çerçevede özelliklerle rızanın geri alınmasına rağmen rıza beyanında bulunma taahhüdünün geçerli ve ayakta olmasının “paradoksal” olsa da rıza geri alınmasına rağmen sözleşmenin ayakta olmasının tüketicinin lehine olduğu yönünde ayrıca bkz. **Walker**, s. 189.

borçlandırııcı işleme kadar uzanması ihtimaline dikkat çekilmektedir²⁶⁸. Ayrıca soyutluk ilkesinin, hem borçlandırııcı işlemi hem de tasarruf işlemini etkileyen geçersizlik sebeplerinin -irade sakatlığı gibi- tasarruf işlemine de sirayet etmesine engel olmadığı vurgulanmaktadır²⁶⁹. Bu yaklaşım kendi içerisinde çelişkilidir. Öncelikle sorun “-en azından kıyasen- tasarruf işlemi seviyesinde” kabul edilen rızanın, geçersizliğinin sözleşme ilişkisine etkisiyken; her iki işlemi de etkileyen ortak geçersizlik riskleri esas alınarak bir sonuca ulaşılması anlamlı değildir. Kaldı ki soyutluk, tasarruf işlemindeki geçersizliğin borçlandırııcı işleme sirayeti riskini değil; borçlandırııcı işlemin geçersizliğinin, geçerli tasarruf işlemine sirayeti riskini bertaraf eder. Bu durumda iki işlemin illi olduğu kabul edildiğinde dahi rızanın geçersizliği, sözleşmeyi etkilemeyeceğinden bu gerekçeyle soyutluğun tüketici lehine olduğu savunulamaz²⁷⁰. Bu yönüyle bu iki ayrı hukuki işlemin, birbirinden soyut ele alınması için ileri sürülen gerekçeler ne tatmin edici ne de tutarlıdır²⁷¹.

Tüm bunlara ek olarak (açık) rızanın geçerliliği yönünden öngörülen ehliyet esaslarının²⁷², sözleşmeden farklı olması halinde rızanın geçerli ve fakat sözleşmenin geçersiz olması ihtimalini gündeme getirmektedir²⁷³. Bu durumda (açık) rızanın sebebe bağlı kabul edilmesi, sözleşme ehliyet eksikliği sebebiyle geçersiz olduğunda rızanın da geçersiz olacaktır. Bununla birlikte (açık) rıza için müstakilen öngörülmüş bu ehliyet esasları dikkate alındığında, rızanın hukuka aykırılığı -işleme faaliyetinin- ortadan kaldırıcı etkisinin kabul edilmesi gerekecektir. Bu kabulün özellikle veri sorumlusu-girişimci için önemli sonuçları olacaktır. Bu ihtimalde geçerli bir rızaya dayanan veri işleme faaliyeti bir hukuka uygunluk sebebine dayandığı için girişimcinin idari para cezası yaptırımıyla muhatap kılınması mümkün olmayacaktır.

²⁶⁸ Walker, s. 189.

²⁶⁹ Walker, s. 189.

²⁷⁰ Soyutluğun tüketici lehine olduğu yönünde bkz. Walker, s. 189.

²⁷¹ Sözleşme ilişkisi geçerli olmasına rağmen rızanın geçersiz olduğu hallere örnek olarak “geçerli” sözleşme hükümleri arasında yer verilmiş olan varsayımlı rıza ayarı (*opt-in*) gösterilebilecektir. Bu çerçevede kişisel verilerin işlenmesine yönelik şartları taşıdığı takdirde sözleşme hükmü geçerli ve fakat (açık) rıza açık bir irade beyanı ile alınmadığı, bilgilendirme dayanmadığı ve özgür iradeyle verilmediği için geçersiz olacaktır. Söz konusu geçersizliğin bir iradenin mevcut olmadığı bir hal olarak yokluk olduğu -yürürlük denetiminin sonuçlarıyla paralel olarak- dahi ifade edilebilecektir.

²⁷² Örneğin GDPR uyarınca 16 yaş rıza beyanında bulunmaya ehil olmak için yeterliyken, bir sözleşmesel taahhütte bulunmak bakımından üye ülkelerin genel işlem ehliyeti kurallarına atıf yapılmıştır. Bkz. GDPR Art. 8/3.

²⁷³ Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/III./B./3./c.

Ancak sözleşme ilişkisi geçersiz olduğu için (açık) rıza irade açıklamasının tek başına sözleşmeye dayanan talepler yönünden bir rolü olması düşünülemez. Bu takdirde esasında soyutluk ilkesinin kabulü, (açık) rızanın geçerli olduğu bu ihtimal bakımından anlamlı ve tutarlı olacaktır.

b. Açık Rıza Beyanının Tasarruf İşlemi Olamayacağını Savunan Görüş

i. Tasarruf İşlemi Nitelendirmesinin Eleştirisi

Rızayla sözleşmenin ayrı işlemler olduğu²⁷⁴ gibi kişinin kişisel verileri üzerinde gerçekleştirilecek işlemlerin tasarruf işlemi niteliğinde olamayacağı daha önce ifade edilmiştir²⁷⁵. Rıza beyanının sözleşme ilişkisinden ayrı bir hukuki işlem olduğu hususunda tereddüt edilmemelidir²⁷⁶. Ancak rızanın tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi bu nitelendirmenin sonuçlarıyla uyumsuzdur²⁷⁷. Öncelikle kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi, rıza veren kişinin malvarlığında bir değişikliğe yol açmaz²⁷⁸. Bu rıza beyanından öncesinde olduğu gibi ilgili kişi kendisiyle ilgili verileri kullanabilir ve ayrıca aynı verilerin üçüncü şahıslar tarafından işlenmesine rıza gösterebilir²⁷⁹.

Veri koruma hukuku esasları uyarınca rıza üzerine veri işleme faaliyeti gerçekleştirecek kişi, ilgili kişisel verileri kullanabilir ve gerekirse üçüncü şahıslar

²⁷⁴ *Ohly*'nin veciz ifadesiyle: "Yükümlülük, söz veriyorum demek iken; izin, yapabilirsin demektir. Bkz. **Ohly**, s. 448.

²⁷⁵ Bkz. Birinci Bölüm/III; Ayrıca bkz. **Walker**, s. 186.

²⁷⁶ Rıza dışında meşru menfaatin de veri karşılığı sözleşmelerde bir hukuka uygunluk sebebi olduğunu savunan *Walker*, meşru menfaate dayanan veri işleme faaliyetleri bakımından da verilerin tüketici tarafından girişimcinin kullanımına sunulmasını maddi fiil olarak nitelendirmekte ve borcun kendisiyle ifanın ayrı olmasına vurgu yaparak veri sağlamanın sözleşme ilişkisinden ayrı olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. **Walker**, s. 187.

²⁷⁷ **Schmidt**, s. 70.

²⁷⁸ İsviçre hukukunda kişilik değerleri üzerindeki işlemlerin tasarruf işlemi niteliğinde olamayacağını gerekçesi budur. Kişilik değeri üzerindeki söz sahipliği her zaman kişilik hakkı sahibine ait olacağından rıza beyanıyla ilgili değer in sağladığı imkânlar, varlığı veya içeriğinde bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Bkz. **Langhanke**, s. 179. *Langhanke*, Alman hukuku uyarınca da rızanın bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilemeyeceği görüşündedir. Bkz. **Langhanke**, s. 159 ve 168.

²⁷⁹ **Schmidt**, s. 70. Avusturya hukukunda veri koruma hukukuna dayanan rızanın niteliğini inceleyen *Reimer* de veri koruma hukuku uyarınca sahip olunan hakkın (kişisel verilerin korunmasını talep etme) devredilemez ve vazgeçilemez niteliğine vurgu yapmak ile beraber işlenmesine rıza gösterilerek üçüncü kişilerin kullanımına sunulabileceğini beyan etmektedir. bkz. **Sebastian Reimer**, Die datenschutzrechtliche Zustimmung, Universität Wien Dissertation, 2010, s. 177, çevrimiçi, http://othes.univie.ac.at/13454/1/2010-08-06_9547292.pdf -26.11.2021.

tarafından nasıl kullanılacağını da belirleyebilir, ancak bu yetki sadece rıza verilen kişiye aittir²⁸⁰. Bunun yanında rıza gösterilmiş olması bunun her zaman geri alınabileceği gerçeğini değiştirmedigi için ilgili kişi, rızanın gereklerine uygun davranmaya zorlanamaz. Rızaya dayalı veri işleyen kişi üçüncü kişilere karşı kendi adına herhangi bir talepte bulunamaz²⁸¹. Bu nedenle veri koruma hukuku anlamında rıza, bir tasarruf işlemi değildir²⁸². Bu durum rızanın geri alınmasının ileriye etkili olmasıyla da değişmeyecektir²⁸³. Kaldı ki hak sahibinin verilerin silinmesini her zaman talep edebileceği de unutulmamalıdır.

Rızanın geri alınmasının sözleşme hükmüyle sınırlanabileceğini savunan görüş²⁸⁴ kapsamında dahi rızanın serbestçe geri alınamıyor olması gerekçesiyle rızanın tasarruf işlemi olarak nitelendirmesinin mümkün olmadığı ifade edilmektedir²⁸⁵. Gerçekten de ilgili kişi kişisel verilerinin işlenmesine yönelik geri alınmaz bir rıza beyanında bulunmuş olsa da ilgili kişinin verileri üzerinde sahip olduğu haklar kısıtlanmamaktadır²⁸⁶. Bir diğer ifadeyle rıza beyanıyla ilgili kişinin kişisel verilerin işlenmesi için sahip olduğu hukuki imkânlarda herhangi bir değişiklik meydana gelmeyecektir. Rızanın hukuki sonuçları sadece lehine rıza beyanında bulunulan girişimci için etkilidir²⁸⁷. Rızanın muhatabı olan girişimci, bu hakkını yalnızca ilgili kişiye karşı hakkını ileri sürebilir. Rızanın geri alınamaz olması, *erga omnes* bir etki meydana getirmez²⁸⁸. Rızanın muhatabı girişimci, aynı kişisel verilerin üçüncü kişiler tarafından işlenmesini engelleyemez²⁸⁹. Dolayısıyla rızanın geri alınamaz/gayri kabili rücu olduğunun hukuka uygun kabul edildiği ilişkilerde²⁹⁰ dahi (açık) rıza beyanının bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesi mümkün değildir²⁹¹. Rıza gösterilmesinin girişimci için bir katma değer/ek imkân

²⁸⁰ Funke, s. 86; Schmidt, s. 70.

²⁸¹ Schmidt, s. 71.

²⁸² Funke, s. 86; Schmidt, s. 71.

²⁸³ Schmidt, s. 71.

²⁸⁴ Ayrıntısı için bkz. Üçüncü Bölüm/I./B./1.

²⁸⁵ Schmidt, s. 142 vd.

²⁸⁶ Schmidt, s. 142.

²⁸⁷ Schmidt, s. 142-143.

²⁸⁸ Schmidt, s. 143.

²⁸⁹ Schmidt, s. 143.

²⁹⁰ Böyle bir sınırlamanın geçerli olup olmadığı ise ayrı bir tartışma konusudur. Bkz. Üçüncü Bölüm/I./B./1./b.

²⁹¹ Schmidt, s. 143.

temin etmesi ve geri alınmasının ileriye etkili olması bir gerçekse de tüketicinin hukuki konumu uyarınca tasarruf işlemi nitelendirmesi yapılması mümkün görünmemektedir²⁹².

ii. (Açık) Rıza Beyanının Borçlandırıcı İşlem Olup Olmadığı

Rıza beyanı bir tasarruf işlemi değilse bu durumda beyanın kendisinin bir borçlandırıcı işlem olarak nitelendirilebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusu gündeme gelecektir. (Açık) rıza, hukuka aykırılığı gidermeye yönelik Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca öngörülen aydınlatma yükümlülüğü yerine getirildiği takdirde hüküm ve sonuçlarını doğuracak bir irade beyanıdır²⁹³. Nitekim (açık) rızanın bir hukuki işlem olarak nitelendirilmesinin sebebi de beyanın hukuki sonucun istenmesiyle ilgilidir²⁹⁴. Bir tasarruf işlemi olarak da nitelendirilemeyen (açık) rızanın -rıza beyanının kendisinin- borçlandırıcı işlem olup olmadığı ortaya konulmalıdır.

Borçlandırıcı işlem, bir kişinin bir edimi yerine getirmeyi bir diğer ifadeyle belirli bir davranışta bulunmayı taahhüt ettiği hukuki işlemlerin adıdır. Borçlandırıcı işlemin kurulmasıyla kişinin malvarlığının pasifinde bir artış meydana gelir²⁹⁵. Rıza beyanında bulunulması gerçekleştirilmesi borçlanılan davranışın kendisidir, bir diğer ifadeyle borcun ifasıdır. Bu durumda rıza beyanının kendisi bir borç yüklemes. Doktrinde (açık) rızanın herhangi bir zamanda geri alınabilmesi ve rızanın gereklerinin yerine getirilmesinin dava edilememesi, borçlandırıcı işlemin niteliğine uygun düşmediği ileri sürülmektedir²⁹⁶. Bağlayıcılık unsuru içeren borçlandırıcı işlemin borçlarda artışa yol açması gerekirken bunun rıza veren kişi bakımından bağlayıcılık unsurunu taşıyor olması, tek başına rızanın borçlandırıcı işlem olarak nitelendirilmesi önündeki engel değildir. Nitekim iradi bozucu şarta bağlı borçlandırıcı işlem kurulması mümkün ve geçerlidir. Bununla birlikte rıza bir

²⁹² Walker, s. 186.

²⁹³ Çekin, KVKK, s. 86-87. Kanun koyucu da “belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmeye dayanan ve özgür iradeyle” açıklanan beyana açık rıza deneceğini ortaya koymuştur (KVKK m. 3/a). Bu itibarla rızanın bir irade beyanı teşkil ettiğinden şüphe duyulmamalıdır.

²⁹⁴ Kişisel verilerinin işlenmesini hukuka uygun kılmak amacıyla rıza beyan edilir. Bkz. Çekin, KVKK, s. 86; Schmidt, s. 71.

²⁹⁵ Dural, Sarı, N. 1131.

²⁹⁶ Schmidt, s. 72.

borçlandırııcı işlem niteliğindeki bir taahhüdün gereğinin yerine getirilme aşamasına -ifa aşamasına- ilişkin olduğu için borçlandırııcı işlemin kendisi olarak nitelendirilemez. Ayrıca rızanın geri alınmasının ileriye etkili hüküm ve sonuçlarını doğurduğu da atlanmamalıdır. Bu sebeple sonucu itibarıyla değilse de gerekçeleri itibarıyla rızanın borçlandırııcı işlem olmadığı görüşü eleştiriye açıktır.

iii. Eksik (Doğal) Borcun İfası Olarak Açık Rıza Beyanı

(Açık) rızanın bağlayıcılık yönünden zayıflığını esas alan bir görüş, rızayı ifanın konusu olabilmekle birlikte ifaya zorlama imkânı bulunmadığı için açık rıza beyanında bulunulmasına kaynaklık teşkil eden hukuki ilişki eksik borç doğuran bir ilişki olarak nitelendirilmektedir²⁹⁷. Burada eksik borç, taraflar arasındaki borç ilişkisinden doğan borcun niteliğine yönelik bir nitelendirmedir²⁹⁸. Bu sebeple rıza veren kişiyle rızanın muhatabı arasındaki sözleşmeden doğan yükümlülüğün eksik borç meydana getiren bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesi olasılığının, veri koruma hukuku anlamındaki rızanın hukuki niteliğiyle bir ilgisi olmadığı gibi bu nitelendirmeye doğrudan bir katkısı da yoktur²⁹⁹. Bir diğer ifadeyle taraflar arasındaki borç ilişkisi uyarınca eksik bir borç söz konusu olsa da bu nitelendirme, rızanın hukuki niteliğine ilişkin tartışmaya bir katkı sunmaz³⁰⁰. Bu durumda rıza eksik bir borç değil olsa olsa kişisel veri karşılığı kurulmuş olan sözleşmeden doğan kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterme borcunun bu niteliği taşıdığı ifade edilebilecektir.

Bununla birlikte doktrinde kişisel verilerin sözleşme ilişkisine konu edilmiş olması sebebiyle aynen ifaya yönelen talep ve/veya davanın (ifa davası), reddedilmesi sebebinin, söz konusu borcun eksik bir borç olması değil rızanın geri alınmış yahut hiç verilmemesi olduğu savunulmaktadır³⁰¹. Bir diğer ifadeyle bu görüş uyarınca rıza geri alınmadığı sürece yahut rızanın verilmesinden önce fakat

²⁹⁷ Langhanke, Schmidt-Kessel, s. 221; Langhanke, s. 45 ve 126.

²⁹⁸ Eksik borcun kendisi için bkz. Kocayusufpaşaoğlu, § 5, N. 1.; Konu özelinde bkz. Langhanke, Schmidt-Kessel, s. 221.

²⁹⁹ Schmidt, s. 72.

³⁰⁰ Schmidt, s. 72; Sattler, JZ, s. 1040.

³⁰¹ Sattler, JZ, s. 1040. İsviçre hukuku uyarınca meseleyi değerlendiren yazarlardan rıza geri alınmadığı sürece borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceği yönünde bkz. Rosenthal, Art. 4, N. 106; Weber, Henseler, s. 343.

sözleşmesel taahhüdün mevcut olduğu ihtimalde rıza beyanında bulunması sözleşmenin tarafı ilgili kişiden talep edilebilir. Rıza geri alınmadığı yahut henüz açıklanmadığı ihtimalde ifa talebinin reddi söz konusu olmayacaktır³⁰².

Sözleşme hukuka hâkim ahde vefa ilkesiyle kişinin bilgilerinin kaderini belirleme özgürlüğünün bir ifadesi olan başta rızanı geri alınması olmak üzere veri koruma hukukundan kaynaklanan hakları bir çatışma içerisinde³⁰³. Kural olarak sözleşmeden doğan borçların ifası talep ve dava edilebilecektir. Veri karşılığı sözleşmede ilgili kişinin rıza gösterme borcunun ise rızanın geri alınma imkânı dolayısıyla eksik borç olarak nitelendirilmesi ilk bakışta işin niteliğine uygun görülmektedir³⁰⁴. Eksik borçların isimlendirilmesinde birlik olmasa da³⁰⁵ bu niteliklerinin ortak özelliği olarak kanun koyucunun himaye etmek istemediği istisnai borçlar olduklarına işaret edilmektedir³⁰⁶. Bu hallerde borcun kaynağı hukuki ilişki çeşitli sebeplerle kanun koyucu nezdinde uygunsuz kabul edilmektedir³⁰⁷. (Açık) rıza, özgür irade dayanmalıdır ve her zaman geri alınabilir. Rızanın her zaman geri alınabilir bu niteliği en azından ilgili kişinin sahip olduğu bir daimî def'i imkânı olarak ele alınmaya müsaittir³⁰⁸. Bu çerçevede (açık) rıza beyanında bulunma

³⁰² Doktrinde haklı olarak rızanın her zaman geri alınabilir niteliği karşısında ifa davası imkânının bulunduğu savunmasının yerindeliği sorgulanmaktadır. *Langhanke* bu halin hakkın kötüye kullanılması (TMK m. 2/2, ZGB Art. 2/2) olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir. bkz. *Langhanke*, s. 127. Buna ek olarak rıza vermeme halinde rızanın zımnen geri aldığı ihtimalinin de akılda bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. (İsviçre hukuku uyarınca) *Weber, Henseler*, s. 343. Ancak rıza beyanı zımnen verilemeyeceği gibi rızanın geri alınması da girişimcinin menfaatleri düşünüldüğünde belirsizliklerin bertarafı için açık bir irade beyanıyla gerçekleştirilmelidir.

³⁰³ Bu hakların birbiriyle taban tabana zıt olduğu yönünde bkz. *Walker*, s. 207.

³⁰⁴ Aksi yönde bkz. *Walker*, s. 209.

³⁰⁵ Eksik borçlarda ortak özellik borcun istenerek ifa edilmesi halinde ifanın geçerli olmasıdır. Bkz. *Nomer*, s. 27. Bununla birlikte borçlusuna daimî def'i imkânı veren ve bu niteliği itiraz teşkil etmesi dolayısıyla borçlu ileri sürmese dahi dikkate alınabilecek borçlar olmak üzere sınıflandırılabilir. Bkz. *Nomer*, s. 27-28'de yer alan örnekler.

³⁰⁶ *Sattler*, JZ, 1040; *Walker*, s. 209.

³⁰⁷ Veri karşılığı ilişkiler bakımından böyle bir nitelendirilme yapılamayacağı bilakis DCD'nin yürürlüğe girmesi dikkate alındığında kanun koyucunun iradesinin tam tersi yönde olduğu hakkında bkz. *Sattler*, JZ, 1040; *Walker*, s. 209. Ayrıca tarafların söz konusu borcu eksik borç olarak kararlaştırma iradesinin varlığından da bahsedebilmek mümkün olmadığı da ifade edilmektedir. Bkz. *Sattler*, JZ, 1040; *Langhanke*, s. 126; *Walker*, s. 209.

³⁰⁸ Borcun ifası talep edilebilse de dava edilemeyecek bir borç olduğu da savunulmuştur. Bkz. *Langhanke*, s. 128. Bununla birlikte söz konusu nitelendirme açık kanun dayanak yoksunluğu sebebiyle eleştirilmektedir. Bkz. *Walker*, s. 210 vd. *Walker*, borcun konusu işleme faaliyetinin kapsamı ekseninde ilgili kişinin korunan temel hakkı ile girişimcinin ifa menfaatinin ölçülmesini ve aynen ifa talepli davanın mümkün olup olmadığının değerlendirilmesini *de lege lata* önermekte ancak hukuki belirliliğin temin edilmesi adına *de*

borcunun eksik borç olarak nitelendirilmesi mümkündür³⁰⁹. Bu kapsamda Alman Medeni Kanunu § 327q/2 uyarınca veri koruma hukuku kaynaklı bir hakkın kullanılması sebebiyle veri işleme faaliyetinde gündeme gelecek sınırlamanın girişimciye sözleşme ilişkisini sona erdirmeye imkânı tanıdığı görülmektedir. Bu imkân tek başına ilgili taahhüdün eksik borç olarak nitelendirilmesi önünde bir engel değildir. İlgili kişinin bilgilerinin geleceğini belirleme hakkıyla yakın bağlantısı nedeniyle girişimcinin kişisel verilere erişim talebinin borcun konusu gereği özellikli olduğu da atlanmamalıdır³¹⁰.

Son olarak doktrinde kişilik değerlerinin hukuki işlemlere konu edilmesi halinde “kişilik değerlerini ticarileştiren ve ekonomik mübadelenin nesnesi haline getirenler, bu işlemlerin tabi olduğu ahde vefa ilkesine de boyun eğmeli ve gerekirse rıza göstermeye zorlanmaya” katlanılması gerektiği de savunulmaktadır³¹¹. Her ne kadar günümüzde veri koruma hukuku esaslarının tüm hukuk alanlarına adeta hâkimiyeti söz konusuysa da bu yaklaşım değişime açıktır. Kişisel verilerin paraya bir alternatif olması yaygınlaştıkça hukuki işlemlerin buna uygun olarak gelişeceği ve kişisel verilerin sağlanmasına yönelik taleplerin sıradan ödeme taleplerinin yanı sıra giderek daha fazla ortaya çıkacağı göz ardı edilmemelidir³¹².

c. Tek Taraflı Bir Hukuki İşlem Olarak Açık Rıza Beyanı

Açık rıza beyanı doktrinde tek taraflı bir hukuki işlem olarak da nitelendirmekte ve bu çerçevede rızanın serbestçe geri alınabiliyor olması, tıbbi müdahalelere yönelik rızanın içeriği ve geri alınabilir olmasıyla paralel ele

lege ferenda açık bir düzenleme ihtiyacına işaret etmektedir. Bu düzenlemede veri koruma hukukunun hangi hukuka uygunluk sebeplerinin hangi ticari veri işleme faaliyetini ne ölçüde mümkün kılacağı konusunda daha fazla açıklık getirilmesinin kaçınılmaz olduğunun da altını çizmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 211-214.

³⁰⁹ Buna ek olarak rıza taahhüdünün eksik borç olarak nitelendirilmesi, her hukuk düzeni ve her sözleşme ilişkisi bakımından isabetli olmayacaktır. 2019/770 sayılı Direktif, girişimcinin rızanın geri alınması ihtimaline yönelik sahip olacağı imkânları düzenlemeyi üye devlet kanun koyucularının takdirine bırakmıştır. DCD-*Dibace* 15, Art. 3/10, Ayrıca bkz. BGB § 327q/3 ve Üçüncü Bölüm/I.B./2.

³¹⁰ **Walker**, s. 207.

³¹¹ **Götting**, *Persönlichkeitsrechte*, s. 161. Bununla birlikte kamuoyunda olumsuz yankı uyandırması ve itibar kaybına yol açması kaygısıyla girişimcilerin uygulamada aynen ifa talebinde bulunması beklenmemektedir. Bkz. **Schweitzer**, s. 290; **Hacker**, *ZfPW*, s. 173; **Walker**, s. 213.

³¹² **Walker**, s. 213.

alınmaktadır (TMK m. 23-24)³¹³. Bu kapsamda rıza, rıza verilen ilgili eylemi hukuka uygun kılan ancak rıza gösteren kişinin iradesinden bağımsız bir hukuki pozisyon-koruma teşkil etmeyen en alt düzey yetkiyi temsil etmektedir³¹⁴. Geri alınabilir de olsa rızanın verilmesiyle rıza gösteren ile muhatap kişi arasındaki yasal ilişki, muhatapın yetkisi şüphesiz zayıf olsa bile yeni bir boyut kazanacaktır³¹⁵. Bu nedenle rızanın tipik olmayan tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilmesi gerekmektedir³¹⁶.

Bu nitelendirme rızanın sonuçlarına da uygundur. (Açık) rıza verilmesiyle kişisel veriler üzerinde bir mutlak hak devri yahut tesisi söz konusu değildir. Aksine rıza veren kişi bu beyanıyla kişisel verilerine müdahale imkânını *-örneğin toplayıp işleme-* üçüncü kişilere bahşetmektedir³¹⁷. Bu durum mahiyeti itibarıyla en çok temsil yetkisi verilmesiyle örtüşmektedir³¹⁸. Doktrinde GDPR kapsamında rızanın bir hak olarak değil bir yetki olarak düzenlendiği zira ilgili kişinin hakları kısmında değil genel ilkeler kısmında rızanın ele alındığı bu sebeple bir hak değil bir yetkilendirme beyanı olduğu ifade edilmektedir³¹⁹. Rızanın verilmesiyle birlikte rıza beyanında bulunan ilgili kişiyle veri sorumlusunun hukuki durumunda bir değişiklik

³¹³ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 238; **Rogosch**, s. 40, 45 ve 190. **Ingoborg Schwenzer**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Schultess, Bern, 2016, N 50.36. Ayrıca bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 10 vd.

³¹⁴ **Ohly**, s. 211.

³¹⁵ **Ohly**, s. 212. Bu zayıflık, temsil yetkisi tanındığı haller için de söz konusudur. Nitekim temsil yetkisi de her zaman geri alınabilir. Yetkinin her zaman geri alınabilir niteliği esasında hukuki işlem ehliyetinin bir kişilik değeri olması ve kişinin tamamen fiil ehliyetinden vazgeçmesinin önüne geçilmesi içindir -niteliği gereği- (TMK m. 23/1). Bununla birlikte geri almanın sonuçlarından sorumluluk ise işlem güvenliğini korumak içindir.

³¹⁶ **Ohly**, s. 214. Bu nitelendirme *Schönenberger/Jäggi*, 1973 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nun genel kısmına ilişkin görüşleriyle de örtüşmektedir. Bu görüş uyarınca tıbbi müdahaleye rıza gösterilmesinden değil, yetkilendirmeden bahsedilmektedir. Yetki bağlayıcı olmayan bir ifa taahhüdüyle karşılaştırıldığında, serbestçe geri alınabildiği için yetki veren taraf adına herhangi bir taahhüt teşkil etmez. Yetkilendirme, yalnızca başkasının hukuk alanında etki meydana getirebilme imkânıdır. Bkz. **Wilhelm Schönenberger, Peter Jäggi**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationen Recht-Teilband V, 1a, Zürich, Schultess, 1973, Art. 1, N. 55.

³¹⁷ **Funke**, s. 82. Bu yönüyle (açık) rıza beyanı, yenilik doğuran bir beyan olarak nitelendirilebilecektir.

³¹⁸ **Norbert Dasch**, Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München, C.H. Beck Verlag, 1990, s. 51; **Funke**, s. 82.

³¹⁹ **Zohar Efroni**, "The GDPR as Risk-Based Regulation, Delegable Consent, and Trusted Data Remedies", International Congress On Personal Data Protection-12.11.2021 (İstanbul), dk. 4:26:44, çevrimiçi, <https://www.youtube.com/watch?v=-v7RNbrQJAs> -15.11.2021 ("Risk-Based"). Bu nitelendirmenin kişinin kendi bilgilerin geleceğini belirleme hakkının gerekleriyle de uyumlu olduğu ifade edilmiştir.

meydana gelecektir. Bu beyanla birlikte işleme faaliyeti hukuka uygun hale gelecektir³²⁰.

Doktrinde rızanın tek taraflı kendine özgü-*sui generis* bir hukuki işlem olarak nitelendirilmesi ise hukuki belirlilik açısından bir sorun teşkil etmeyeceği ifade edilmektedir³²¹. Bununla birlikte esasında temsil yetkisinin her zaman geri alınabilir niteliği dikkate alındığında (açık) rızanın kendine özgü bir hukuki işlem değil; sonuçları bakımından özellikli bir tek taraflı işlem olarak nitelendirilmesi daha uygun olacaktır³²². (Açık) rıza beyanı hukuki işlem teorisinde bir yere sahiptir. Buna ek olarak veri koruma hukuku anlamında açık rızaya ilişkin hukuki sorunlar adına başvurulabilecek ve genel olarak hukuki işlemlere ilişkin öngörölmüş teorik esaslardan ayrılma imkânı barındıran normatif bir çerçeve vardır³²³. Bu düzenlemelerde hüküm bulunmayan hallerdeyse borçlar hukuku başta olmak üzere medeni hukukta hukuki işlemler için öngörölmüş esaslar açık rızanın özelliklerine uygun düştüğü ölçüde geçerli olmaya devam edecektir³²⁴.

III. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkilerin Tabi Olacağı Borçlar Hukuku Esasları

A. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkilerin Tanımına İlişkin Pozitif Hukuk Düzenlemeleri

1. 2019/770 sayılı Avrupa Birliği Direktifi Uyarınca Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Tanımı

Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkileri tanımı bakımından 2019/770 sayılı Direktif'in düzenleme yöntemine değinilmelidir. Taslak halinde DCD'nin uygulama

³²⁰ Efroni, Risk-Based, dk. 4:27:31. Efroni, rızanın kural olarak devredilemez bir yetki olduğunu beyan etmektedir. Rızanın devredilebilir bir yetki olduğu haller bulunup bulunmadığı tartışması için ayrıca bkz. Efroni, Risk-Based, dk. 4:29:10 ve dk. 4:41:01 vd.

³²¹ Funke, s. 85.

³²² İsviçre hukukunda rızanın geri alınmasının sonuçlarını, vekalet sözleşmesinin sona erdirilmesi ve dolayısıyla temsil yetkisinin geri alınmasıyla aynı hükümlere tabi tutulması - sonuçları itibarıyla dahi paralel ele alınması- gerektiği savunulmaktadır. Bkz. Üçüncü Bölüm/I./B./2./c.

³²³ Funke, s. 85.

³²⁴ Ohly, s. 214; Georg von Zimmermann, Die Einwilligung im Internet, Berlin, epubli GmbH, 2014, s. 9; Funke, s. 85.

alanı, girişimcinin bir çevrimiçi içeriği³²⁵ yahut bir çevrimiçi hizmeti³²⁶ -her ikisini de kapsamına alacak şekilde çevrimiçi-dijital ürün³²⁷-, para yahut aktif olarak sağlanan kişisel veri karşılığında tüketiciye sunmayı üstlendiği sözleşme ilişkilerini de kapsamına alacak şekilde kaleme alınmıştır. DCD'nin taslak halinde kişisel veri karşı edim olarak nitelendirilmiştir³²⁸. Yürürlüğe giren halindeyse karşı edim ifadesi metinden çıkarılmış, bir dijital içerik yahut hizmet (ürün) karşılığı olarak kişisel verilerin sözleşmenin karşı tarafıyla paylaşılması ihtimali ayrı bir fıkra düzenlenmiş ve DCD'nin uygulama alanına dahil edilmiştir³²⁹.

DCD, veri karşılığı hukuki ilişkilerin bir kısmını düzenlemektedir. Bununla birlikte sözleşmenin, kişisel veri karşılığı kurulmuş kabul edilebilmesi adına aranan kıstas yine ürünün karşılığı olarak kişisel verilerin işlenmek üzere girişimciye sağlanmasıdır³³⁰. DCD kelimenin tam anlamıyla, bir bedel ödemek yerine tüketicinin girişimciye kişisel veriler sağlamasından veya sağlamayı taahhüt etmesinden

³²⁵ DCD-Art 2/1 uyarınca dijital içerik: “*dijital biçimde oluşturulan ve kullanıma sunulan verileri*” ifade etmektedir. Ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327 Anwendungsbereich, N. 7.

³²⁶ DCD-Art 2/2 (a ve b) uyarınca dijital hizmet: “*tüketicinin dijital ortamda veri oluşturmaya, işlemesine veya depolamasına veya bu verilere erişmesine imkân sağlayan veya tüketici veya söz konusu dijital hizmetin diğer kullanıcıları tarafından dijital formatta yüklenen ya da oluşturulan verilerin ortak kullanımını ya da bu verilere ilişkin diğer etkileşimleri mümkün kılan*” hizmetlerdir. Ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327, N. 8.

³²⁷ Bu kavram DCD’de yer almasa da BGB § 327 kapsamında dijital içerik ve hizmetleri kapsayacak üst bir kavram olarak kullanılmıştır. Ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327, N. 6. Dijital ürün kavramına yer verilmekle DCD’den farklı bir düzenleme yapılması değil; düzenlemenin kolay okunması hedef tutulmuştur. Bkz. **A.e.**, N. 6 ve 8. Nitelikleri gereği dijital hizmet yahut içeriğe özgü düzenlemeler ise bakidir. Şüphesiz ürün kavramı alışılmış anlamının dışında yeni bir terimdir. Bkz. **A.e.**, N. 6. DCD’nin dijital içerik ve hizmet tanımlarının tatmin edici olmadığı ve bunun yerine her ikisini de kapsayan dijital ürün kavramının tercih edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Sattler**, CR, s. 146 vd.

³²⁸ DCD-Taslak Art. 3/1.

³²⁹ Tanım için bkz. DCD Art. 3/1/2. cümle. Bu tanımın, DCD’nin uygulama alanı ve kişisel veri karşılığı ilişkilere yaklaşımı üzerinde etkili olmadığı yönünde bkz. İkinci Bölüm/C./1. Ayrıca bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 805.

³³⁰ DCD’nin yürürlüğe girmiş bulunan hali uyarınca kişisel veri olmayan veriler (*any other data*) karşılığı sözleşme ilişkilerinin akibetinin ne olacağı ise tartışmalı hale gelmiştir. Çalışmanın kapsamı dışında kalan bu ihtimal ve DCD’nin bu tür ilişkileri kapsamına alıp almadığı yönündeki tartışma için ayrıca bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 809 vd. **Efroni** tarafından da dikkat çekildiği üzere özellikle kişisel verinin anonim hale getirildiği iddiasıyla artık bir karşılık teşkil etmediği ve DCD korumasından yararlanacak bir hukuki ilişki bulunmadığı iddialarının da bertaraf edilmesi adına böyle bir ayırım gözetilmemesi uygun olacaktır (bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 811). Ayrıca verinin kişisel niteliğinin dâhi tartışmalı olduğu da atlanmamalı, korunmak istenen kişiler (tüketici) düzenlemenin (DCD) amacına aykırı olacak şekilde belirsizliğe terk edilmemelidir.

bahsetmektedir³³¹. Sağlanan verilerin kişisel niteliği veri koruma hukuku esaslarını devreye girmesine sebep olacaktır. Bu nedenle verilerin sağlanması durumunda borçlar hukuku düzenlemelerine ek ve bundan öncelikli olarak her zaman veri koruma hukuku esasları devrede olacaktır³³². Girişimci bir ürün karşılığında kişisel veri işleme imkânına kavuşmak istiyorsa her halde veri koruma uyarınca öngörölmüş bir hukuka uygunluk sebebine ihtiyacı bulunmaktadır³³³. Bu takdirde tanımdan anlaşılmıyorsa da verilere erişim imkânı sunan hukuka uygunluk sebebi olarak rıza tüketicinin asli edim yükümlülüğüdür. Her ne kadar DCD uyarınca yapılan tanımda yer almıyorsa da rıza sözleşme ilişkisinde tüketicinin edimini şekillendiren karakteristik unsurdur³³⁴. Dolayısıyla kişisel veri alışverişine dayalı bir sözleşmeyle girişimcinin kişisel verileri işleme imkânı, tüketicinin rıza göstermesine bağlı olduğu ölçüde, rızanın her iki tarafın da hedeflenen değış tokuşu engelsiz bir şekilde gerçekleştirmesi için rıza merkezi bir sözleşme unsurudur. Böylece tüketicinin edimini biçimlendirici bir etkiye sahiptir³³⁵.

2. 2019/770 sayılı Direktif'in Alman Hukuku'na Aktarılması: BGB § 327 Uyarınca Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Tanımı

Avrupa Birliği üyesi devletlere DCD'yi iç hukuklarına aktarmaları için 01.07.2021 tarihine kadar süre verilmiştir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi amacıyla Alman Medeni Kanunu'nda 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe giren kapsamlı değışiklikler yapılmış ve BGB § 327 ve takip eden hükümler Kanun kapsamına dahil edilmiştir. Daha önce de değinildiği üzere BGB § 327/3 uyarınca BGB § 312/1a uyarınca tüketici işlemi niteliği taşımaları kaydıyla tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermek yahut göstermeyi taahhüt etmek karşılığında bir dijital

³³¹ **Walker**, s. 155; **Andreas Scheibenpflug**, Personenbezogene Daten als Gegenleistung, Berlin, Duncker & Humboldt GmbH, 2022, s. 195. "Sağlama" kelimesinin tercih edilmesi sebebiyle tüketicinin aktif bir davranışının gerektiği izlenimi oluşsa da pasif yoldan elde edilen veriler de veri karşılığı sözleşmede karşılık teşkil eder. Bkz. **Walker**, s. 155-156.

³³² **Walker**, s. 156.

³³³ **Walker**, s. 156.

³³⁴ **Frenzel**, DSGVO, Art. 6, N. 1; **Walker**, s. 156.

³³⁵ **Specht**, JZ, s. 764; **Walker**, s. 157-158. *Walker*, rıza dışında meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanılabileceği kanaatinde olduğu için rızanın veri karşılığı sözleşmelerde ilgili kişinin borcunun kapsamında yer almayan halleri de kapsayabileceği ihtimalini açık tutarak tanımlamaktadır. Bkz. **Walker**, s. 158 vd.

üründen istifade ettiği hallerde bu ayrimda yer alan düzenlemelerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır³³⁶.

BGB § 327’de yer alan tanımda, DCD’nin yürürlük sürecindeki tartışmalardan etkilenildiği gözlemlenmektedir³³⁷. DCD’nin *Dibaces* kısmında yer alan ve direktifin uygulama alanını belirleyen paragrafın (*Dibace*, 24) tanım olarak Alman Medeni Kanunu’na dahil edilmesi yolu tercih edilmiş ve bir adım ilerisinde dijital ürünün sağlanmasını konu almasa da kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin devazlı tüketici sözleşmesi olarak nitelendirilmesi tercih edilmiştir³³⁸.

3. 2019/770 sayılı Direktif’in Avusturya Hukuku’na Aktarılması: VGG

09.09.2021 tarihinde Avusturya hukukunda tüketici sözleşmelerinde ürün yahut dijital hizmetlerin tabi olacağı esaslara (garanti) ilişkin Kanun yayımlanmış³³⁹ ve aynı metinde daha önce yürürlükte bulunan tüketici satışlarında garanti esaslarını düzenleyen kanunda değişiklikler öngörülmüştür³⁴⁰.

Bu düzenlemede bir dijital edimin girişimcinin (*Unternehmer*) sadece dijital edimi sağlamak veya yasal yükümlülükleri yerine getirmek için işlemediği sürece, tüketicinin kişisel verilerinin girişimciyle paylaşılması karşılığı (gegen) kurulan hukuki ilişkilerin tabi olacağı esaslar belirlenmiştir (§1./(1)/2./b.). Avusturya hukukunda yer alan söz konusu düzenlemeyle ilgili olarak dikkat çeken ilk husus, kişisel verilerin bir çevrimiçi içerik yahut hizmet karşılığında girişimciyle paylaşılmış olması ifadesinin, açıkça madde metninde yer almasıdır. Bunun dışında Avusturya kanun koyucusu büyük ölçüde DCD’nin iç hukuka aktarılmasıyla

³³⁶ Bağışlama sözleşmesine BGB § 516a için bkz. İkinci Bölüm/C./2./b.

³³⁷ Bununla birlikte BGB § 312 dikkate alındığında Alman Medeni Kanunu’nda yapılan değişikliklerin DCD’nin iç hukuka aktarılmasıyla sınırlı olmadığı aynı zamanda tüketici sözleşmelerine ilişkin tanımın değiştirilerek sözleşme tarafı tüketicinin sözleşme kapsamında karşılık olarak kişisel verilerini kullanabileceğinin öngörüldüğü ifade edilmelidir.

³³⁸ DCD-Dibace 24: “Dolayısıyla bu Direktif, girişimcinin tüketiciye dijital içerik veya dijital hizmet sağladığı veya sağlamayı taahhüt ettiği ve tüketicinin kişisel verileri sağladığı veya sağlamayı taahhüt ettiği sözleşmelere uygulanmalıdır”. Bkz. Çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-18.10.2021>.

³³⁹ “Bundesgesetz über die Gewährleistung bei Verbraucherverträgen über Waren oder digitale Leistungen”

³⁴⁰ Çevrimiçi, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2021/175/20210909> -18.10.2021. Kanun’un yürürlük tarihi 01.01.2022 olarak belirlenmiştir (VGG-§ 29).

yetinmiştir. Bir diğer ifadeyle kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkileri de dijital içerik ve hizmetlerin sunulmasıyla sınırlı ele alınmış ve tanımlanmıştır.

B. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Kurulması

1. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşme Önerisi

Bir önceki bölümde kişisel veriler üzerinde borçlar hukuku uyarınca tasarruflarda bulunulabileceği, kişisel verilerin hukuki işlemlere konu edilebileceği tespit edilmiştir. Ancak kişisel verilerin işlenmesine (açık) rıza gösterildiği her hal taraflar arasında veri karşılığı bir sözleşme ilişkisinin kurulduğu anlamına gelmez. Kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi tek taraflı bir hukuki işlemdir ve rıza gösteren taraf ile rızanın muhatabı arasında her zaman bir sözleşme ilişkisinin varlığını gerektirmez³⁴¹. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkinin kurulup kurulmadığı, ilgili kişinin hukuki durumuna göre ele alınmalıdır.

Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkinin kurulmuş kabul edilebilmesi için sadece kişisel verinin karşı tarafa işlenmek üzere sağlanması yeterli değildir. Kişisel veri karşılığı bir ilişkinin varlığından bahsedilebilmesi için: (1) çevrimiçi bir ürünün para ödenmeksizin veya indirimli sağlanması yahut (2) çevrimdışı hizmetlerin para ödenmeksizin veya indirimli sağlanması aranacaktır. Bu kapsamda bir video veya müzik dosyasının, bir bilgisayar programı yahut yazılımın veya bir bilgisayar oyununun indirilmesi; çevrimiçi bir programın yahut bir platformun -örneğin sosyal medya, arama motoru- kullanılması veya bir üründe üyelere özel indirim imkânlarının sunulması kişisel verilerin paylaşılması kaydıyla kişinin kullanımına

³⁴¹ Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesinin önemli hukuki sonuçları olacaktır. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi olması halinde rıza dışı veri işleme faaliyetinin tabi olacağı hukuki rejim ile sözleşme ilişkisi bulunmayan hallerde tabi olacağı rejim farklılık arz edecektir. Doktrinde *Taştan*, taraflar arasında sözleşme görüşmeleri başlayıp sözleşme kurulmadığı hallerde (ör. kayıt formu doldurulmakla birlikte tamamlanmadan sayfa kapatılması) rıza alınmaksızın veri işleme faaliyetleri (ör. kişiye başvurusunun yarım kaldığına dair mail gönderilmesi) için *culpa in contrahendo* sorumluluğu esaslarının uygulanması gerektiğini savunmaktadır. *Taştan*, s. 86. Ancak söz konusu esaslara başvurulmasının ilgili kişi adına ne gibi bir fark meydana getireceği tartışılmamıştır. Kural olarak yasak olan bir veri işleme faaliyeti için hukuka uygunluğu ispatla yükümlü olacak taraf veri sorumlusudur. *Culpa in contrahendo* sorumluluğu ilgili kişinin uğradığı zararı ispat yükü bakımından da bir etki meydana getirmediği için *Taştan*'ın hangi ihtiyacı karşılamak üzere bu esasa başvurmayı tercih ettiği açık değildir.

sunulmasının teklif edilmesi, taraflar arasında kişisel veri karşılığı sözleşmenin kurulmasına yönelik bir öneridir³⁴².

Bu çerçevede bir sosyal ağın kullanılabilmesi için kayıt şartı aranmakta ve bu sosyal ağın kullanımı, kapsamlı koşullara dayanmaktadır. Bu kayıta, sosyal ağın kullanım koşulları uyarınca müstakbel üyenin kimlik bilgilerini doğru girmesi ve tek bir hesap oluşturması gerekmektedir³⁴³. Örneğin *LinkedIn* üyeleriyle arasındaki ilişki “*Kullanıcı Anlaşması*” olarak isimlendirmiştir³⁴⁴. Bu sözleşmenin hizmetin kullanılmasıyla birlikte kurulmuş olacağı esasına yer verilmiştir³⁴⁵. Bu takdirde uygulamadaki örnekleri de dikkate alındığında bir sosyal ağ kullanımının taraflar arasında kurulmuş bir sözleşme ilişkisine dayandığı tespit edilmelidir³⁴⁶.

Gelinen noktada kişisel veri ile birlikte paranın ödendiği hallerin de kişisel veri karşılığı hukuki ilişki olduğu ifade edilmelidir. Böylece örneğin tarafların, bir çevrimiçi yahut çevrimdışı bir ürünü indirimli fiyattan alabilmek için kişisel verilerini paylaşmasının öngörüldüğü hallerde de kişisel veri karşılığı bir sözleşme söz konusudur³⁴⁷. Bu durumda kişilere, verileri karşılığı bir üründen yahut hizmetten indirimli yararlanma imkânı bahşeden üyelik teklifleri de veri karşılığı hukuki ilişkinin kurulmasına yönelik bir öneridir.

Kullanımı için kayıt gerekmeyen ürünler bakımından taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmasına yönelik girişimci önerisinin kapsamı tespit edilmelidir. Bilindiği üzere arama motorları başta olmak üzere çevrimiçi sunulan hizmetler, kayıt zorunluluğu aranmaksızın da kullanıma açılmaktadır. Bu ihtimalde öncelikle herkese açık olarak ilgili ürünün kullanıma açılması, tek başına taraflar

³⁴² **Axel Metzger**, “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?”, JZ, 74, Heft 12, 2019, s. 584 (“JZ”); **Metzger**, Contract 2.0, s. 30.

³⁴³ Facebook-Hizmet Koşulları, kapsamında da “*Facebook'a ve topluluğumuza verdiğiniz taahhütler*”, başlıklı bir bölüme yer verilmiştir. Bkz. çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -13.10.2021.

³⁴⁴ LinkedIn-Kullanıcı Anlaşması, çevrimiçi, <https://tr.linkedin.com/legal/user-agreement> - 13.10.2021.

³⁴⁵ “*Hizmetlerimizi kullandığınızda, tüm koşulları kabul etmiş olursunuz.*” LinkedIn-Kullanıcı Anlaşması, çevrimiçi, <https://tr.linkedin.com/legal/user-agreement> -13.10.2021. Bununla birlikte kullanım aşamasına geçilmesi için mutlak suretle platforma kaydolunması gerekmektedir.

³⁴⁶ Kayıt zorunluluğunun bizatihi sözleşme kurulmasına yönelik bağlayıcı öneri olarak değerlendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Kreutz**, s. 167.

³⁴⁷ DCD-Dibace 67’de dijital içerik yahut hizmetin sunulması karşılığında ödenecek bedele ilişkin ödeme yöntemlerinin bir arada kullanılmasının mümkün olduğu ifade edilmiştir.

arasında kişisel veri karşılığı hukuki ilişkinin kurulmasına yönelik bir öneri olarak kabul edilemez³⁴⁸. Bu tür bir öneri sözleşme ilişkisinin tüm esaslı unsurlarını içermemektedir. Öneri, ilgili ürünün kullanıma hazır olmasının yanı sıra hangi verilerin işleneceği ve işleme kapsamını da içermek zorundadır³⁴⁹. Nasıl ki satış sözleşmesi uyarınca, satış konusu şeyin yanında satış bedeli de sözleşmenin esaslı unsurudur ve sözleşme önerisi kapsamında en azından belirlenebilir olmalıdır; aynı esas kişisel veri karşılığı ilişkiler için de geçerlidir³⁵⁰.

Bir çevrimiçi hizmet alırken reklamlara maruz kalınması ve buna rağmen ilgili hizmetin kullanmaya devam edilmesi, tüketiciler nezdinde kişisel verileriyle sözleşme ilişkisine dahil olduklarına yönelik bir farkındalık hali olarak ele alınmalıdır. Bununla birlikte ilgili ürünün kullanılması karşılığı veri işleneceği tüketici nezdinde bilinebilir olsa dahi ortalama bir tüketicinin, bir çevrimiçi ürünü kullanması sonucu hangi kişisel verilerinin hangi amaçlarla işleneceğini anlayabilmesi mümkün değildir³⁵¹. Bu durum rızanın geçerliliği üzerinde etkili olmakla birlikte taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı anlamına gelmez. Bu ihtimalde taraflar arasında bir çevrimiçi ürünün kullanılmasına yönelik sözleşme ilişkisi kurulmuş olsa dahi rıza geçersiz olacaktır. Sonuç itibarıyla girişimcinin veri işleme faaliyetine yönelik bilgilendirmeyi de içeren önerisini, ilgili ürün kullanılmadan önce tüketicinin dikkatine sunmak durumunda olması veri sorumlusunun yükümlülüklerini yerine getirmesiyle ilgili olmakla birlikte taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmasına tek başına engel değildir³⁵². Bu çerçevede özellikle internet sitelerinde olduğu gibi kullanım koşullarının ve gizlilik politikasının sayfa sonunda dikkat çekmeyen bir şekilde yer aldığı hallerde dahi taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulmuş olabilecektir³⁵³.

Öneri muhataplarının kullanım koşullarını ve gizlilik politikalarını okumuyor olması da varılan sonuç bakımından bir değişiklik meydana getirmeyecektir³⁵⁴. Unutulmamalıdır ki söz konusu öneri aynı zamanda genel işlem koşulu niteliğinde

³⁴⁸ Walker, s. 143.

³⁴⁹ Walker, s. 143.

³⁵⁰ Walker, s. 143 vd.

³⁵¹ Walker, s. 143.

³⁵² Aksi yönde bkz. Walker, s. 144.

³⁵³ Aksi yönde bkz. Walker, s. 144.

³⁵⁴ Walker, s. 144.

olacaktır³⁵⁵. Bu niteliği sebebiyle gündeme gelecek bilgilendirme yükümlülüğü de dikkate alındığında kişisel veri karşılığı hukuki ilişkinin kurulması tüketici aleyhine sonuçların gündeme gelmesini engelleyecektir³⁵⁶. Nasıl ki çevrimiçi alışveriş sitelerinde, sitenin genel işlem koşullarının sözleşmeye dahil edilebilmesi için alışveriş tamamlanmadan önce tüketicilerin kabulüne bir öneri olarak sunulmaktadır; aynı esas bir sipariş süreci olmasa da veri karşılığı ilişkiler için de geçerlidir³⁵⁷.

Sonuç itibarıyla kayıt gerektirmeyen bir çevrimiçi ürünün potansiyel kullanıcısı, girişimcinin tek taraflı olarak belirlediği koşullar altında kişisel verileri sağlama borcu altına girecekse bu durum bir yükümlülüğe gireceğinin ve bu yükümlülüğünün kapsamının farkına varacak açıklıkta dikkatine sunulmalıdır. Bu önerinin kapsamında şüphesiz veri işlemeye ilişkin esaslar da yer almalıdır (gizlilik politikası)³⁵⁸. Kişisel verilerin işlenebilmesi için gerekli veri koruma yükümlülükleri yerine getirilmeksizin, ilgili kişinin bir borç altına girdiği kabul edilemeyecekse de bu durum tek başına taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin kurulmadığı sonucuna varılması için yeterli değildir. Bir çevrimiçi ürünün sadece kullanıma sunulması da şayet ilgili ürün gerekli olmamasına rağmen veri işlemeye dayalı bir sistem içeriyorsa bir öneri olarak kabul edilmelidir³⁵⁹. Genel işlem koşulu niteliğindeki kullanım koşulları, ancak bir sözleşmenin kurulduğunun kabul edilebileceği ihtimalde bir sözleşmenin parçası olacaktır³⁶⁰. İnternet sitesinde kullanım koşullarının sadece mevcut olması -örneğin kullanım koşulları için tıklayınız ifadesine yer verilmesi-, bir öneri olarak kabul edilmelidir³⁶¹. Taraflar arasında girişimcinin veri işlemeye dayalı reklam geliri elde ettiği bu hukuki ilişkiyi, girişimcinin yükümlülüklerine aykırı

³⁵⁵ Walker, s. 145.

³⁵⁶ Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisinin varlığından bahsedebilmek için ortalama bir tüketici tarafından üstünkörü bir incelemede bile gözden kaçırılmayacak açıklıkta açık bir irade beyanının varlığı (öneri) aranması gerektiği yönünde bkz. Walker, s. 145.

³⁵⁷ Walker, s. 145.

³⁵⁸ Kreutz, s. 164 vd., çevrimiçi-BECK-ONLINE-14.06.2022; Walker, s. 146.

³⁵⁹ Bir ürünün kullanım koşullarında, kullanımın sözleşme ilişkisinin kurulması adına yeterli olduğu yönündeki kayıtların kullanım koşulları, ilgili kişinin dikkatine sunulmadığı sürece sözleşme içeriğine dahil olmayacağı, bu ihtimalde bir sözleşme önerisi dahi olmadığı yönünde bkz. Kreutz, s. 165.

³⁶⁰ Kreutz, s. 165.

³⁶¹ Aksi yönde bkz. Kreutz, s. 165. Uygulamada kullanım koşullarının tüketicide bir karşılık ödenmesi beklentisi oluşturmamasından çekinildiği için sözleşme önerisi olarak tüketicilerin dikkatine sunulmadığı kullanıcı ilgisinin ve dolayısıyla reklam gelirlerinin kaybedilmesinden çekinildiği yönünde ayrıca bkz. Kreutz, s. 166.

davranması dolayısıyla sözleşme olarak nitelendirmemek tüketici aleyhinedir. Bununla birlikte tüketicinin reklam faaliyetinin dayanağı veri işlemeye geçerli bir rıza beyanında bulunmadığında tereddüt edilmemelidir. Bu durum ise girişimcinin sözleşmeye rağmen hukuka aykırı veri işlediği gerçeğini değiştirmeyecektir.

2. Aktif veya Pasif Kişisel Veri Sağlanmasının Taraflar Arasındaki İlişkiye Etkisi

Kişisel verilerin ilgili kişinin verilerini aktif davranışlarıyla paylaşarak girişimcinin işlemesine imkân tanınabileceği gibi (aktif), kişisel veriler, girişimci tarafından da teknolojik imkânlar vasıtasıyla doğrudan toplanabilir (pasif)³⁶². Kişisel verilerin işlenmek üzere ne şekilde elde edildiği, veri koruma hukuku esaslarının devreye girmesi açısından bir fark meydana getirmez. Bununla birlikte taraflar arasındaki ilişkinin kişisel veri karşılığı bir sözleşme olarak nitelendirilebilmesi yönünden kişisel verilerin elde edilme yönteminin etkisi olup olmadığı hususu açıklığa kavuşturulmalıdır.

Bu soru kapsamında öncelikle kişisel verinin elde edilme yöntemini esas alan bir tanım öngörülmüş olan DCD taslak metnine değinilmelidir. DCD'nin uygulama alanı, taslak halinde girişimcinin bir çevrimiçi ürünü, para yahut aktif olarak sağlanan kişisel veri karşılığında tüketiciye sunmayı üstlendiği sözleşme ilişkileri olarak belirlenmiştir³⁶³. Taslak metin, kişisel verinin aktif/kişinin bizzat karşı tarafa temin ettiği yahut pasif olarak -örneğin çerezler vasıtasıyla- elde edilmesinin DCD'nin uygulama alanına etki etmemesi gerektiği, böyle bir ayrımın korumayı zayıflattığı ve veri koruma hukuku esaslarıyla bağdaşmadığı gerekçeleriyle eleştirilmiştir³⁶⁴. Ayrıca

³⁶² Çerezler en sık karşılaşılan pasif veri elde etme araçlarıdır. Çerezler bir üründen istifade eden kişinin tercihlerini hatırlamak ve bu sayede daha iyi hizmet sunabilmek adına geliştirilmişlerdir. Bkz. çevrimiçi <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/cookies-and-similar-technologies/> -18.10.2021. Aktif ve pasif veri temininin kapsamına yönelik ayrıca bkz. **Bijok**, s. 314.

³⁶³ Proposal-DCD Art. 3/1.

³⁶⁴ Eleştiriler için bkz. **Vanessa Mak**, "The New Proposal for Harmonized Rules on Certain Aspects Concerning Contracts for The Supply of Digital Content", Directorate General For Internal Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, January 2016, s. 9; **Axel Metzger, Zohar Efroni, Lena Mischau, Jakob Efroni**, "Data-Related Aspects of the Digital Content Directive", JIPITEC, Issue 9, 2018, N. 25 vd.; **Paula Giliker**, "Adopting a Smart Approach to EU Legislation: Why Has It Proven So Difficult to Introduce a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content?", EU Internet Law In

girişimcilerin sadece aktif olarak elde edilen kişisel verilerin söz konusu olduğu hallerde ilgili kişilerin rızasını almak yoluna başvurusu ve ilgili kişiler yönünden hak ihlallerinin meydana gelecek olması tehlikesine dikkat çekilmiřtir³⁶⁵. Sonuç itibarıyla verilerinin elde edilme yöntemi farklı olan tüketici grupları arasında bu temelde bir ayırım gözetilmesinin, makul bir gerekçeden yoksun olduğu ifade edilmiřtir³⁶⁶.

Bu eleştiri ve önerilerin etkisiyle DCD'nin kapsamını belirleyen maddeden kişisel verilerin aktif olarak elde edilmesi ifadesi çıkarılmıřtır³⁶⁷. Ancak DCD'nin *Dibaces* kısmında DCD'nin uygulama alanının ilgili kişi tarafından aktif olarak temin edilen kişisel verilerle sınırlı olduğu izlenimi uyandıracak ifadeler yer almaktadır³⁶⁸. Bu sebeple doktrinde DCD'nin sadece aktif olarak temin edilen kişisel veri karşılığı sözleşmeler bakımından uygulanacağı ileri sürülmüřtür³⁶⁹. Sonuç itibarıyla kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerin bir örneği olan çevrimiçi ürün sağlanmasına dair hukuki ilişkilerde verinin elde edilme yönteminin bir fark meydana getirip getirmeyeceği sorusu yürürlüğe giren DCD kapsamında bir çözüme

The Digital Era: Regulation And Enforcement, eds. Tatiana Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou, Thalia Prastitou, Springer, 2020, s. 299.

³⁶⁵ Metzger vd., N. 26; Efroni, Data-Paying, s. 814-816.

³⁶⁶ Metzger vd., N. 28.

³⁶⁷ Bkz. DCD Art. 3. DCD'yi iç hukuklarına dahil eden ülke mevzuatları uyarınca da kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterme taahhüdünün yöntemine yönelik bir sınırlama getirilmemiştir. Bkz. İkinci Bölüm/III./A./2. ve 3.

³⁶⁸ DCD-Dibace 24: “Örneğin, bu Direktif, tüketicinin bir sosyal medya hesabı açtığı ad ve e-posta adresini girişimci ile paylaştığı hallerde uygulanır; meğerki girişimci yalnızca dijital içeriği veya dijital hizmeti sağlamak yahut yasal yasak yükümlölüklerini yerine getirmek amacıyla kişisel verileri işliyor olsun. Tüketicinin yüklediği fotoğraflar veya gönderiler gibi kişisel veri niteliğindeki verilerin girişimci tarafından pazarlama-reklam amacıyla işlenmesine izin verdiği durumlarda da aynı şekilde Direktif esasları geçerli olacaktır.”

³⁶⁹ DCD'nin metninden eleştiriler sonucu aktif ifadesinin çıkarılmasına rağmen *Dibace* 25 uyarınca, kişinin cihazı veya tarama geçmişiyle ilgili bilgileri, pasif olarak toplanan meta veriler olarak kabul edilmiş ve kural olarak DCD kapsamının dışında tutulmuştur. Bkz. Metzger, MüKo, BGB § 327, N. 16. DCD'de yer alan hükümler bir arada ele alındığında kafa karıştırıcı sonuçlar ortaya çıkacağı yönünde bkz. Efroni, Data-Paying, s. 814. Meta veriler olarak tanımlanan bu verilerin ve dolayısıyla pasif olarak toplanan verilerin de kapsama alınması konusunda üye devletler yetkili kılınmıştır. Bkz. *Dibace* 25. Alman kanun koyucusu bu yetkiyi kullanarak açıkça pasif olarak toplanan verilerin de tüketicinin sağlama borcunun içeriğini oluşturabileceğini düzenlemiştir. Bkz. BGB § 327; Metzger, MüKo, BGB § 327, N. 16. Walker, kayıt esaslı içermeyen ürünlere dair sözleşmelerin DCD kapsamında olmadığı sonucuna ulaşmışsa da bu sonuca iştirak edilmemiştir. Ayrıca bkz. Walker, s. 150.

kavuşmuş değildir³⁷⁰. Bununla birlikte isabetli olan verinin elde edilme yönteminin veri karşılığı hukuki ilişkisinin bir unsuru olarak ele alınmamasıdır³⁷¹. Çevrimiçi ürün sağlanmasına dair sözleşme ilişkileri için ulaşılan bu sonuç -aktif/pasif veri temini arasında bir fark olmadığı- genelleştirilebilecektir. Bu durumda kişinin doğrudan açıklamayı yahut paylaşmayı üstlenmediği haller de kişisel veri karşılığı hukuki ilişkidir. Aksi takdirde veri koruma hukuku esaslarıyla bağdaşır bir sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir³⁷².

Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü bu ayrıma yabancıdır. Böyle bir ayrım gözetilmesi halinde iki metnin birbiriyle uyumlaştırılması ve birbiriyle uyumlu sonuçlara ulaşmaya elverişli şekilde uygulanması mümkün olmayacaktır³⁷³. DCD'nin sadece aktif olarak sağlanan kişisel veriler için uygulanacak olması veri koruma hukuku esaslarıyla çelişen sonuçlar gündeme gelecektir³⁷⁴. DCD Art. 3/8 uyarınca, düzenleme kapsamında yer alan hükümlerin Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğüne aykırı sonuçlara sebep olması halinde Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün DCD'ye nazaran öncelikle dikkate alınacağı hüküm altına alınmıştır³⁷⁵. Bu hüküm karşısında DCD uyarınca verilerin elde edilme yöntemi esaslı ayrımın muhafaza edildiği kabul edilse dahi bu ayrım Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğüne yapılan atıf gereği dikkate alınmayacaktır.

Tüm bunlara ek olarak ilgili kişiden elde edilme yöntemi esaslı bir fark öngörülmesinin tüketiciyi korumak amacıyla bağdaşmadığına ayrıca dikkat

³⁷⁰ Tartışmanın devam ettiği yönünde bkz. **Anne Riechert**, "Data as a Counter-Performance", Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 274; **Efroni**, Data-Paying, s. 813.

³⁷¹ Bkz. **Metzger vd.**, N. 28; Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin tümü bakımından aynı görüş için bkz. **Bijok**, s. 315.

³⁷² Bkz. **Furkan Güven Taştan**, The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive, Tilburg University- Master's Degree Programme Law and Technology, July 2021, s. 51 ("DCD"); **Ständigen Deputation des Deutschen Juristentage**, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016-Band II/1 (Sitzungsberichte-Referate und Beschlüsse), München, C.H. Beck Verlag, 2017, S. K 74, Beschluss N. 5 Variante a (4:26:2).

³⁷³ **Louisa Specht**, "Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht", GRUR Int., 2017, s. 1042, çevrimiçi, BECK-ONLINE-22.10.2021 ("GRUR Int."). **Leinemann**, s. 211.

³⁷⁴ **Efroni**, Data-Paying, s. 816.

³⁷⁵ DCD-Art. 3/8 (2. cümle): "Bu Direktif özellikle (AB-EU) 2016/679 Tüzüğü ve 2002/58/EC Direktif uyarınca öngörülmüş esaslara hânel getirmez. DCD hükümleriyle kişisel verilerin korunmasına ilişkin birlik hukuku esasları arasında çelişki olması durumunda, ikincisi (birliğin veri koruma esasları-kuralları) üstündür.

çekilmelidir ki tüketicinin korunması DCD'nin temel amacıdır³⁷⁶. Sonuç itibarıyla tüketicinin asli edim yükümlülüğü aktif yahut pasif yollarla kişisel verilerin sağlanması ve bunun hukuka uygun olarak işlenmesini temin etmektir³⁷⁷. Son olarak DCD-Dibace 25 uyarınca üye devletlere tanınan imkân dikkate alındığında veri toplama yönteminin sözleşmenin karakterine etki etmediği sonucuna ulaşılmalıdır.

3. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmede Kabul İradesinin Varlığı

a. Rızanın Açık Niteliği ve Sözleşmenin Kurulmasında Kabul İradesinin Nitelendirilmesi

Tüketicilerin çerçevesi belirlenmiş üründen karşılıksız olarak yararlanmadığının farkındadır ve en azından olması gerekmektedir³⁷⁸. Makul bir tüketiciden, karşılığında bir ücret ödemese bile kendisine kabul etmesi için sunulmuş olan ayrıntılı koşul ve hükümler içeren metni, bir sözleşme ilişkisi kurmaya yönelik öneri olarak değerlendirmesi beklenir³⁷⁹. Bir çevrimiçi hizmet alırken reklamlara maruz kalınması ve buna rağmen ilgili hizmetin kullanmaya devam edilmesi,

³⁷⁶ **Efroni**, Data-Paying, s. 816. Bununla birlikte açıkça DCD hükümleri uyarınca olmasa da *Dibaces* (24-25) kısmındaki açıklamalarında verinin elde edilme yöntemine dair bir fark öngörülmesinin sebebi düzenlemenin kapsamını sınırlamak olduğuna da dikkat çekilmektedir (tüm İnternet ilişkilerini düzenlemek arzusunda olunmaması). Bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 816.

³⁷⁷ *Walker*, bu sağlama davranışının ya aktif olarak yapma ya da pasif olarak göz yumma (engelleme) şeklinde gerçekleşebileceğini ifade etmiştir. Bkz. **Walker**, s. 156. Bununla birlikte esasında verilerin elde edilme yöntemi, tüketicinin asli ediminin niteliğiyle ilgili değildir. Her halükarda ilgili kişinin borcunun konusu kapsamı kendisine açıklanmış veri işleme faaliyetlerine -aktif yahut pasif yoldan gerçekleştirilecek toplama niteliğindeki işleme de dahil olmak üzere- rıza göstermek şekilde gerçekleşen yapma borcu ve akabinde kişisel verilerinin işlenmesine katlanma borcudur. *Walker* da takip eden paragrafta rızayı tüketicinin asli edim yükümlülüğünün bir parçası olarak nitelendirmiştir. Bkz. **A.e.**, s. 156. Zira *Walker*, veri işleme faaliyetine dayanak hukuka uygunluk sebebi bakımından açık rızaya ek meşru menfaatin de gündeme gelebileceği kanaatindedir. **A.e.**, s. 155 ve 161.

³⁷⁸ Bu kapsamda, tüketicilerin “ücretsiz yahut indirimli” hizmet yahut ürünlerin kişisel veri karşılığı gerçekleştirildiğinin farkında olduğu *Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit* (DIVSI) tarafından 2014 yılında Almanya’da yaptığı araştırma neticesinde ortaya çıkmıştır. Bu araştırmada tüketicilerin %67’si, kişisel verileriyle çevrimiçi hizmetlerden yararlandığının farkında olduğunu beyan etmiştir. bkz. **Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI)**, ‘Daten-Ware Und Währung’ (2014) s. 16, çevrimiçi, <http://www.divsi.de/wp-content/uploads/2014/11/DIVSI-Studie-Daten-Ware-Waehrung.pdf> -11.10.2021 (“DIVSI”).

³⁷⁹ **Metzger**, Contract 2.0, s. 31.

tüketiciler nezdinde kişisel verileriyle sözleşme ilişkisine dahil olduklarına yönelik bir farkındalık hali olarak ele alınmaktadır³⁸⁰.

Doktrinde ilgili kişi bakımından veri karşılığı bir sözleşmeye taraf olma iradesinin bir diğer ifadeyle kabul beyanı tüm sözleşme ilişkileri için olabileceği gibi açık yahut örtülü olabileceği savunulmaktadır³⁸¹. Bu kapsamda internet sitesinde yer alan kutucuklara yahut simgelere tıklamak yahut bir üyelik kartının alınması için çevrimiçi yahut fiziken teslim edilen formun doldurulmasıyla açık bir kabul beyanında bulunulabilir³⁸². Bir çevrimiçi içerik yahut hizmetten doğrudan istifade etme iradesi göstermek örneğin içeriği indirmek yahut içeriği çevrimiçi kullanmak, bir arama motorunda arama yapmak suretiyle de kabul iradesi ortaya konulabilecektir³⁸³. Bu iradeyi açıklama şekliyse örtülü kabul olarak nitelendirilmiştir³⁸⁴.

Bu çerçevede öncelikle bir ayırım yapılması gerekmektedir. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişki kurulmasına yönelik kabul beyanı ile -sözleşme ilişkisinin kurulması-, kişisel verilerin işlenmesine yönelik açık rıza beyanı farklı iki irade beyanıdır³⁸⁵. Bu sebeple rızaya yönelik aranan unsurların sözleşmenin kurulmasına yönelik kabul beyanına ne şekilde etki edeceği tespit edilmelidir. Söz konusu etkiye yönelik tespitin yapılabilmesi için öncelikle açık rızanın hukuken geçerli bir irade beyanı olarak nitelendirilebilmesi için taşınması gereken unsurların veri koruma hukuku uyarınca öngörölmüş özellikleri de dikkate alınarak incelenmelidir.

³⁸⁰ **Metzger**, Contract 2.0, s. 31. Kişilik değerlerine -örneğin kişinin resmi üzerindeki tasarruflarına- yönelik hukuki işlemlerin kurulmasında kabul iradesinin ve bu işlemler çerçevesinde gösterilen rızanın örtülü bir irade beyanı olabileceği yönünde bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 13. Bir adım ilerisinde susmanın da rıza gösterilmiş kabul edilebileceği hallere örnekler için ayrıca bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 15.

³⁸¹ **Metzger**, Contract 2.0, s. 31.

³⁸² Sözleşmenin kurulmasıyla kişisel verilerin işlenmesine yönelik açık rıza verilmesi arasındaki ilişki için bkz. İkinci Bölüm/III./B.

³⁸³ Bir çevrimiçi ürünün yalnızca kullanımı veya bir ürüne erişim, kullanıcının hizmet sağlayıcı ile aktif bir iletişim kurmasını gerektirmese bile yine de sözleşme teklifinin zımni kabulü olarak yorumlanabileceği ve ilgili kişinin kabul beyanının dijital içerik ve hizmetler bakımından hizmet ve içerik sunana ulaşmasının gerekmediği yönünde bkz. **Metzger**, Contract 2.0, s. 31.

³⁸⁴ GDPR Art. 7 uyarınca aranan rıza şartı bakımından bkz. **Metzger**, Contract 2.0, s. 31; KVKK m. 5/1 uyarınca aranan rıza şartı bakımından bkz. **Cihan Avcı Braun**, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 1, Yıl: 2018, s. 31.

³⁸⁵ **Riehm**, s. 187; **Metzger**, Festschrift, s. 49.

i. (Açık) Rızanın Açık Bir İrade Beyanı Olması Zorunluluğu

Bir irade beyanı olan rızanın, irade beyanı olması dolayısıyla irade beyanının unsurlarını içermesi gerekmektedir. Bu unsurlar da sübjektif (irade) ve objektif (açıklama-beyan) unsurlar olmak üzere ikiye ayrılmaktadır³⁸⁶. İrade beyanının açık yahut örtülü olması açıklamanın üzerinde hukuki sonuçlarını doğuracak ilgili kişi tarafından anlaşılabilir olmasına göre yapılan bir ayırımdır³⁸⁷. Bu noktada irade beyanının objektif unsuru esas alınarak söz konusu nitelendirme gerçekleştirilecektir. Açıklama mutata yöntemlerle yahut davranışlarla yapılabilir³⁸⁸.

İrade beyanının örtülü yahut açık olması ise iradenin açıklanmasına yönelik aracın kendisinden bağımsız bir nitelendirmedir³⁸⁹. Bir diğer ifadeyle mutata yöntemlerle açıklanmış irade, pekâlâ örtülü bir irade beyanı olabileceği gibi davranışlarla ortaya konulmuş irade beyanı da açık bir irade beyanı olarak nitelendirilebilecektir³⁹⁰. İradenin açık yahut örtülü olması muhatap yönünden yapılacak bir değerlendirmeyi gerekli kılar. Açık irade beyanı, muhatap için tereddüt uyandırmayacak biçimde anlaşılır olmayı ifade ederken; örtülü irade beyanı durumun gereklerinden ve somut olayın koşullarından bir davranışın irade beyanı olarak kabul edilebileceği halleri ifade etmektedir³⁹¹.

TBK m. 1/2 uyarınca sözleşmenin kurulmasına yönelik irade beyanı: “*açık veya örtülü olabilir*”. Bu hüküm diğer irade beyanları için de uygulandığından açık rıza beyanı için de uygulanmasının mümkün olduğu düşünülebilir. Ancak rıza beyanında bulunulmasından öncesi için aranan şartlar bir diğer ifadeyle belirli bir

³⁸⁶ **Caner Taşatan**, Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 11.

³⁸⁷ **Taşatan**, s. 41.

³⁸⁸ **Taşatan**, s. 15; Açıklamanın yorumlanmasında başvurulacak teoriler hakkında bkz. **Taşatan**, s. 16 vd.; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 13, N. 1 vd.

³⁸⁹ **Taşatan**, s. 41.

³⁹⁰ **Taşatan**, s. 41; Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021, N. 364, (“Genel”). **Kocayusufpaşaoğlu**, § 14, N. 2; Davranışın da açık irade beyanı olabileceği yönünde ayrıca bkz. **Nomer**, N. 21.

³⁹¹ **Taşatan**, s. 42; **Kocayusufpaşaoğlu**, § 14, N. 2 vd.; İrade beyanının güven ilkesi (teorisi) esas alınarak yorumlanması gerektiği yönünde bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, § 13, N. 2. Bu sebeple **Polater**’in tereddüde yer bırakmayacak ölçüde açık bir aktif davranışı, örtülü irade beyanı olarak nitelendirmesine iştirak edebilmek mümkün değildir. Bkz. **Salih Polater**, “Kişisel verilerin reklam amaçlı işlenmesinde hukuka uygunluk sebepleri”, Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, s. 11, çevrimiçi, <https://dergipark.org.tr/-13.01.2022>. **Polater**’in rıza beyanının kendisine yönelik örtülü yahut açık olması noktasında ne tür bir ölçüt öngörmüş olduğu da anlaşılmamaktadır. Bkz. **Polater**, s. 11 vd.

konuya ilişkin olma, bilgilendirilmeye dayanma ve özgür iradeyle açıklanma şartları, iradenin oluşumuna yönelik (sübjektif unsur) hususlar olduğundan açıklamanın niteliği üzerinde bir etki meydana getirmez. Bir diğer ifadeyle bu özellikleri rıza beyanının kendisinin doğrudan örtülü olarak açıklanması önünde bir engel değildir. Ayrıca genel hukuka uygunluk sebebi olan rızanın örtülü irade beyanı ile açıklanabileceği kabul edilmesi de bu durumu destekler mahiyette görülebilecektir³⁹².

Bununla birlikte KVKK m. 5/1 uyarınca veri işleme faaliyetini hukuka uygun kılan rızanın “açık” vasfını taşıması aranmaktadır. Söz konusu nitelendirmenin beyanın açıklanma şekli yönünden bir etkisi olup olmayacağı tespit edilmelidir³⁹³. KVKK m. 3/1/a. uyarınca açık rızanın unsurları tanımlanmışsa da iradenin ortaya konulması tarzına yönelik bir sınırlama yapılmamıştır. Bununla birlikte GDPR Art. 4/11 uyarınca yapılan rıza tanımı ve rızanın açıklanma şekline ilişkin aranan esaslar yol gösterici olabilecektir. Buna göre GDPR Art. 4/11 uyarınca ilgili kişinin rızası:

“ilgili kişinin bir beyan veya açık bir olumlu eylemi yoluyla, kendisi ile ilgili kişisel verilerin işlenmesini kabul ettiğini gösteren, özgürce verilen, spesifik (belirli bir konuya özgür), bilgilendirmeye dayanan ve açık bir şekilde ilgili kişinin isteklerini ortaya koyan” açıklaması olarak tanımlanmıştır³⁹⁴.

Rızanın kapsamı ve şekline yönelik açıklamalar içeren *Dibace 32* uyarınca açıklanmanın bir şekli olmamakla beraber mutlaka açık olumlu bir eyleme yahut beyana dayanması gerektiği ifade edilmiştir³⁹⁵. Bu durumda öncelikle rızanın

³⁹² **Alperen Polat**, Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019, s. 122; **Schmidt**, s. 89.

³⁹³ *Çekin*, GDPR Art. 4/11 ile KVKK m. 3/1/a arasındaki paralelliğe dikkat çekerek rızayla açık rızanın aynı kapsam ve koşulları taşıdığını ve bu sebeple GDPR uyarınca açık rıza aranan haller dışında (özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, otomatik karar mekanizmaları ve yurt dışına aktarım) Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca da rızanın yeterliği olduğu ve açık rızanın aranmaması gerektiği görüşündedir. Bkz. *Çekin*, KVKK, s. 85. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun açık lafzı karşısında bu sonucun düzenlemenin mehaı olmayan bir metne uygun ele alınmasının tek başına hükmün amaca uygun yorumlanması olarak nitelendirilebilmesi güçtür. Bununla birlikte açık rızanın dış dünyaya yansıtılma yöntemine yönelik bir ayırım gözetilerek aynı sonuca ulaşılabilecektir.

³⁹⁴ GDPR Art. 4/11.

³⁹⁵ *GDPR-Dibace 32*: “Rıza, ilgili kişinin kendisiyle ilgili kişisel verilerin işlenmesini, elektronik araçlar da dahil olmak üzere yazılı bir beyan veya sözlü bir beyan gibi, kabul ettiğinin açık bir göstergesini oluşturan; özgürce verilen, belirli bir konuya ilişkin, bilgilendirilmiş ve açık bir onaydır”.

açıklanma yöntemine dair getirilen ölçütler dikkate alındığında iradeyi gösteren mutlak yöntem yahut davranışların, tereddüde yer vermeyecek derece açık olması aranmaktadır³⁹⁶. Böylece muhatap bakımından örtülü bir irade beyanı teşkil edecek bir halde rızanın varlığına güvenerek hareket imkânı tanınmamıştır. Bir diğer ifadeyle rıza beyanının mutlak suretle açık bir irade beyanı olması gerektiği ifade edilmelidir³⁹⁷.

Avrupa Birliği Adalet Divanı “*Planet49*” kararı da rızanın bu özelliklerini tasdik etmiştir³⁹⁸. Bu kapsamda varsayımlı/önceden işaretlemiş (*opt-out*) ayarlar uyarınca kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmiş kabul edilmesinin mümkün olmadığı hüküm altına alınmıştır. Kararda Adalet Divanı, rızanın özgür iradeye ve bilgilendirmeye dayanan, aktif bir davranış olması gereğini açıkça vurgulamıştır³⁹⁹. Bu karar Avrupa Birliği’ne üye devletler bakımından özellikle önemlidir. Bu karardan önce Alman Federal Mahkemesi 2008 ve 2009 tarihli kararlarında farklı

³⁹⁶ **EDPB**, Guidelines 05/2020 Consent Under Regulation 2016/679, Version 1.1, Adopted on 4 May 2020, s. 6, çevrimiçi, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf -19.11.2021 (“Consent”); **Lothar Determann**, Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu-Şirketlerin Uluslararası Mevzuata Uyumunu, Çev. Av. Hilal Temel, 2. Bası, İstanbul On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 98. GDPR-*Dibace* 32 uyarınca, susma yahut varsayımlı ayarlar uyarınca bir çevrimiçi hizmetin kullanılmaya devam edilmesi hallerinde rızanın verildiği sonucuna ulaşamayacağı ifade edilmiştir. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 16.

³⁹⁷ **Determann**, s. 98; **Specht**, JZ, s. 766; **Serdar Çelikel**, “Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR’la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi”, Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi-Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, s. 184-185. Şu hususa da dikkat çekilmelidir ki 95/46/EC sayılı Direktif’in yürürlük zamanında dahi rızanın açık bir irade beyanı olması gerektiği ortaya konulmuştur. Bkz. **WP**, “Opinion 15/2011 on the definition of consent”, Adopted 13.07.2011, WP 187, s. 11, çevrimiçi, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf -21.11.2021; Kanun koyucunun rızaya ilişkin bu katı yaklaşıma yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **Bart W. Schermer, Bart Custers, Simone van der Hof**, “The Crisis of Consent How Stronger Legal Protection may lead to Weaker Consent in Data Protection”, Ethics & Information Technology, Vol. 16, Issue 2, 2014, s. 171 vd., çevrimiçi, SpringerLink-22.11.2021. Bununla birlikte özellikle bir davranış söz konusu olduğunda bir değerlendirmenin gündeme gelecek olması dolayısıyla rızanın örtülü irade beyanı olarak da nitelendirilebileceği düşünülebilir. Ayrıca bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 16 vd. Bu sebeple **Yücedağ** “*iradeyi gösteren hareket, dış dünyada belirli bir davranışta bulunan kişinin davranışını ancak olaydaki bütün hal ve şartlar değerlendirildiğinde anlamlandırmak mümkünse*” rızanın örtülü irade beyanı ile -bir davranış olması kaydıyla- verilebileceğini savunmaktadır. Bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 16.

³⁹⁸ Case C-673/17, Planet49 GmbH v. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände-Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., EU:C:2019:801, 01.10.2019, N. 64, çevrimiçi, <https://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-673/17> -16.11.2021, (“Planet49”).

³⁹⁹ Planet49, N. 49 vd.

şirketlere ait gizlilik politikalarını incelemiştir⁴⁰⁰. İki karar kapsamında da gizlilik politikalarında şirketle üyelik ilişkisinin kurulmasına dair kabulün aynı zamanda e-mail yoluyla ilgili kişiye reklam gönderilmesine de rıza gösterilmiş sayılacağı şayet mail almak istemiyorsa varsayıli ayarların değiştirilmesi gerektiği hükmü yer almaktadır (varsayıli ayar-opt-out-)⁴⁰¹. Federal Mahkeme, Elektronik Haberleşme Kanunu (D-UWG § 7/2/N. 3) uyarınca öngörölmüş olan özel şartlar sakli kalmak kaydiyla Alman Federal Veri Koruma Kanunu (BDSG § 4a) kapsamında varsayıli ayarlara dayali rızanın geçerli olduğu, bir diğeri ifadeyle kişinin ayarları değiştirmeyerek ilgili hizmetten istifade etmesi halinde rıza göstermiş sayılacağına karar vermiştir⁴⁰². Şu hale göre Adalet Divanı tarafından verilmiş olan *Planet49* kararı, Federal Mahkemenin yaklaşımını da etkileyecektir⁴⁰³.

Tüm bunların yanında KVKK m. 5/1 uyarınca aranan açık rıza ile GDPR Art. 7 kapsamında aranan rıza arasında bir fark bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir⁴⁰⁴. Bu noktada açık rıza ile rıza arasındaki fark, beyanın açık bir irade beyanı olmasından değil; açık bir irade beyanı teşkil eden davranışın açık rıza değil ancak rıza teşkil edebilmesi yönündendir⁴⁰⁵. Bir diğeri ifadeyle iki kavram arasında tespit edilebilen fark, “açık” rızanın bir beyanla (*sözlü veya yazılı*) teyit edilmesi gerekliliğidir⁴⁰⁶.

⁴⁰⁰ BGH, Urteil vom 16.07.2008-VIII ZR 348/06 (OLG München), NJW, 2008, s. 3056, (“*Payback Entscheidung*”); BGH, Urteil vom 11.11.2009-VIII ZR 12/08 (OLG Köln, LG Köln), NJW, 2010, s. 865, (“*HappyDigits Entscheidung*”), çevrimiçi, BECK-ONLINE-27.11.2021.

⁴⁰¹ Rızanın bir siteye yahut ürüne yönelik kullanım koşullarının onaylanmasıyla verilmiş kabul edilmesi önünde herhangi bir engel olmadığı ve tek bir kutucuğun işaretlenmesi ile hem rızanın verdiği hem de sözleşme ilişkisinin kurulmuş olmasının veri koruma hukuku uyarınca alınması gereken rızanın özelliklerine uygun olduğuna karar verilmiştir. Bkz. *Payback Entscheidung*, NJW, 2008, s. 3056.

⁴⁰² Alman Federal Mahkemesinin bu yaklaşımı, doktrinde sert eleştirilere maruz kalmıştır. Bkz. **Langhanke**, 68 vd. İsviçre hukukunda varsayıli ayarlara dayali rızada ilgili kişinin bir tercihten bahsedilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. **Rosenthal, Yvonne Jöhri**, Art. 4, N. 73 vd.

⁴⁰³ Avusturya hukukunda rızanın varsayıli ayarlar çerçevesinde verilmiş kabul edildiği hallerde, kişinin aktif bir davranışının bulunmadığı ifade edilmektedir. Kişisel verilerin işlenmemesi için ilgili kişinin aktif bir davranışta bulunması gerekeceğine dikkat çekilmiştir. Bkz. **Reimer**, s. 145 vd. Avusturya hukukunda etraflica bu durumu değerlendiren bir Mahkeme kararı bulunmasa da doktrinde her iki yönde de görüş bulunmaktadır. bkz. **Langhanke**, s. 69-70.

⁴⁰⁴ **Çelikel**, açık rıza ile rıza arasında hukuki niteliği, tanımı, unsurları arasında bir fark olmadığı kanaatindedir. Bkz. **Çelikel**, s. 169.

⁴⁰⁵ **ICO**, “What is ‘explicit consent?’”, çevrimiçi, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/#what5-19.10.2021> (“What is ‘explicit consent?’”).

⁴⁰⁶ **ICO**, “What is ‘explicit consent?’”.

Oysa rıza açık bir irade beyanı olarak nitelendirilebilecek bir davranış (aktif-olumlu) ile de ortaya konulabilecektir⁴⁰⁷.

Kişisel verilerin işlenmesi için verinin yahut işleme faaliyetinin niteliğinden bağımsız olarak her koşulda açık rızanın bulunmasını arayan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca GDPR kapsamında geçerli kabul edilecek rıza beyanının yeterli olup olmayacağı ise tartışmalıdır⁴⁰⁸. Bu kapsamda doktrinde KVKK m. 5/1 uyarınca aranan açık rızanın, hükmün amacı ve mehzaz düzenleme de göz önünde bulundurularak amaca göre geniş yorumlanıp iradeyi açıkça yani hiçbir tereddüde yer vermeyecek derecede ortaya koyan davranışlarla açıklanmasının mümkün olduğu kabul edilmektedir⁴⁰⁹. Ancak Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda "açık rıza" kıstasıyla GDPR kapsamında öngörülenden daha yüksek bir koruma eşiği öngörülmesinin hedef tutulduğu gerekçesi ve AY m. 20/3'te yer alan "açık rıza" ifadesi karşısında bu görüşün yürürlükteki düzenlemeyle uyumu tartışmaya açıktır⁴¹⁰.

Gelinen noktada irade beyanına yönelik yapılan bu ayrımın (açık-örtülü), beyanın muhatabı esas alınarak yapıldığı da göz ardı edilmemelidir. Örtülü irade açıklamasında iradenin varlığının ve sonuçlarının belirlenmesi, beyanda kullanılan ifade, işaret, sözlerin veya açıklamada bulunanın davranışlarının güven ilkesi ışığında yorumlanmasıyla bir irade beyanı olarak değerlendirilir⁴¹¹. Bu noktada örtülü irade beyanına bağlanan hukuki sonuç, muhatabın haklı güvenini korumaya

⁴⁰⁷ Örneğin bir internet sitesini ziyaret edebilmek için bir kutuyu işaretlemek, sitenin teknik ayarlarına yönelik tercihte bulunmak gibi ilgili kişinin kişisel verilerinin kendisine girişimci tarafından önerilen esaslar çerçevesinde işlenmesini kabul ettiğini açıkça gösteren başka bir beyan veya davranış geçerli bir rıza beyanı olarak nitelendirilecektir. Bkz. *GDPR-Dibace* 32. *Yücedağ* rıza ile açık rıza arasındaki farkın, rızanın bir davranış olmak kaydıyla örtülü olarak verilebileceğini ve fakat açık rızanın mutlaka açık bir irade beyanı olması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu görüş uyarınca açık rızanın da istisnaen açık bir irade beyanı olmakla birlikte davranışla gösterilebilir. Bkz. *Yücedağ*, Açık Rıza, s. 17.

⁴⁰⁸ Rıza ve açık rızanın her koşulda aynı olduğu yönünde bkz. *Çelikel*, s. 169; Açık rızanın GDPR esasları uyarınca ele alınması gerektiği yönünde bkz. *Çekin*, KVKK, s. 85.

⁴⁰⁹ Amaca göre genişletici yorum için bkz. *Nomer*, *Akbulut*, N. 90.

⁴¹⁰ Açık rıza ifadesi ile Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğünden daha yüksek bir koruma eşiği öngörüldüğü yönünde bkz. *Kişisel Verileri Koruma Kurumu*, Açık Rıza, s. 4, çevrimiçi, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf> -19.10.2021; Ayrıca bkz. *Yücedağ*, Hukuka Uygunluk, s. 774.

⁴¹¹ *Taştan*, s. 43.

yöneliktir⁴¹². Ancak rıza beyanı ve bu beyanın açıklanmasına ilişkin getirilen kıstaslar muhatabı değil; beyan sahibini korumaya yöneliktir. Bu sebeple veri koruma hukuku anlamında (açık) rıza, mahiyeti gereği güven ilkesi ışığında ele alınmaya uygun bir irade beyanı değildir.

Kişisel verileri işlemeye tabi tutulacak kişinin rızasının aranması ve bu rızaya ilişkin getirilmiş bulunan kıstasların (*bilgilendirmeye dayalı olma, belirli bir işlemeye faaliyeti için verilmiş olma, özgür iradeye dayanma*) amacı, ilgili kişinin korunmasıdır⁴¹³. Rızanın varlık amacı, esasları ve sonuçları dikkate alındığında, beyanın yöneldiği kişi tarafından durumun koşulları esas alınarak rızanın verildiğine yönelik çıkarımda bulunması korunmayacaktır.

ii. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Örtülü Kabul Beyanıyla Kurulması Mümkün Müdür?

Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde, veri karşılığı bir menfaat elde eden taraf, açık rıza beyanında bulunmayı taahhüt etmektedir. Bu sözleşme açık rıza beyanından bir diğer ifadeyle taahhüdün gereklerinin yerine getirilmesinden ayrıdır. Açık rıza beyanına yönelik kıstaslar dikkate alındığında işleme faaliyetine yönelik sözleşme ilişkisinin kapsamının açık ve anlaşılır bir şekilde ortaya konulmuş olması gerekmektedir. Açık rıza her zaman açık bir irade beyanı olmalı ve muhatap yönünden değil, beyan sahibi yönünden rızanın verilmiş kabul edilip edilmeyeceği değerlendirilmelidir. Bu kapsamda beyanın kendisi için aranan şartların açık rıza beyanında bulunmaya yönelik taahhüt için de aynı şekilde geçerli olması gerekse de taraflar arasındaki sözleşmenin örtülü kabul yoluyla da kurulabileceği kabul edilmelidir⁴¹⁴.

Kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterecek olan ilgili kişiye yönelik aydınlatma yükümlülüğü ve işlemenin kapsamı, sözleşmenin kurulmasına yönelik öneri vesilesiyle bir diğer ifadeyle kullanım koşulları ve gizlilik politikası başlıklı

⁴¹² **Kocayusufpaşaoğlu**, § 13, N. 2; **Christoph Müller**, Berner Kommentar- Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht, eds. Regina E. Aepli-Müller, Christoph Müller, Zürich, Stämpfli Verlag AG, 2018, OR I, Art. 1, N. 39, çevrimiçi, SWISSLEX-19.10.2021.

⁴¹³ **Kosta**, Art 7, s. 351.

⁴¹⁴ **Metzger**, MüKo, BGB § 327, N. 17; Ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N.3.

metinlerle yerine getirilmektedir. Bu yükümlülüğün yerine getirildiği ve rızanın özgürce verildiği yönündeki tereddütleri bertaraf etmek adına veri sorumlusunun rızanın açıklanmasına yönelik taahhüt için de açık bir irade beyanı almasıdır.

Bununla birlikte TBK m. 1/2 uyarınca her ne kadar bir sözleşme ilişkisinin kurulmasına yönelik genel esas beyanın örtülü yahut açık olmasının bir fark öngörülmemiştir. Bu yaklaşım, veri karşılığı hukuki ilişkilerinde ilgili kişinin korunması amacına da uygundur. İlk bakışta açık rıza verilmesine yönelik taahhüdün güven teorisi uyarınca muhatap esaslı ele alınması, açık rızanın varlık sebebi olan ve korunmak istenen ilgili kişi için olumsuz sonuçların gündeme gelmesine sebep olabilecektir. Bununla birlikte örtülü kabul ile sözleşme kurulabilecekken (açık) rıza örtülü olarak alınamayacağı için (açık) rıza geçersiz olacak ve dolayısıyla bir veri işleme faaliyeti gerçekleştirilmişse de bu hukuka aykırı olacaktır. Uygulamada sözleşme ve açık rızanın aynı anda tek bir metin içerisinde alındığından ideal olan sözleşmenin de açık irade beyanıyla kurulmasıdır.

Söz konusu tartışma özellikle kullanımı için kayıt yükümlülüğü⁴¹⁵ bulunmayan dijital ürünler (arama motorları vb.) adına önemlidir⁴¹⁶. Öncelikle yukarıda ayrıntısına yer verilen koşullar altında girişimcinin veri karşılığı önerisi karşısında tüketicinin kabul iradesini ne şekilde açıklayacağı tespit edilmelidir. Şayet zaten bu nitelikte bir öneri yoksa örneğin internet sitesinin URL'sine tıklandığında, sayfa otomatik olarak açılıyor ve erişimi engelleyen bir pencere olmaksızın (*pop-up*) site kullanılabiliyorsa bu durumda zaten bir öneri olmayacağı için kabul beyanının varlığı ve dolayısıyla niteliği de tartışma konusu edilemeyecektir⁴¹⁷.

⁴¹⁵ Buradaki kayıt yükümlülüğü ile kast edilen bir ürünün tasarımına uygun çalışabilmesi için veri işleme faaliyetinin gerekli olması dolayısıyla bir kayıt yapılmasıdır. Yoksa online bir platformdan ücretli bir ürün yahut hizmetin alınması için ilgili platform ile üyelik ilişkisi kurulmasının zorunlu olması kast edilmemektedir. Bu gibi durumlar Kurul tarafından “hizmetin açık rıza şartına tabi tutulması” olarak değerlendirilmektedir. Bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 27/02/2020 tarihli ve 2020/173 sayılı Karar, “Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi Hakkında”, çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173-16.10.2022>.

⁴¹⁶ Walker, kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin kurulması esaslarını kayıt zorunluluğu bulunan ve bulunmayan hizmetler olmak üzere iki ayrı başlık ekseninde incelemiştir. Bkz. Walker, s. 140 vd.

⁴¹⁷ Kullanımın süreklilik arz ettiği haller bakımından da sonucun değişmeyeceği yönünde ayrıca Walker, s. 148 vd. İnternet sitesi operatörünün de istisnasız olarak web sitesine gelen her ziyaretçiyle doğrudan bir sözleşme yapmasında doğrudan yasal veya ekonomik bir menfaati yoktur. Sonuç olarak bir internet sitesinin kullanıma açılması (sağlanması), yeterli kesinliğin ve hukuken bağlayıcı bir irade beyanının olmaması bir öneri oluşturmaz. Bu ihtimal ancak

Tüketicinin dikkatine sunulan söz konusu koşulların kabul edilmesi gerekmeksizin de ilgili ürünün kullanıma açık olduğu hallerde sadece kullanımın kabul iradesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği tartışılabilecektir. Doktrinde bir ürünün kullanılmasının örtülü kabul olarak nitelendirileceği ve bunun kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinin kurulması için yeterli olduğu ifade edilmektedir⁴¹⁸. İlgili kişinin ilgili hizmeti kullanmasına her zaman kişisel verilerin işlenmesini konu edinen bir hukuki ilişkinin tarafı olduğu sonucunun bağlanması uygun değildir⁴¹⁹. Nitekim Hamburg Yüksek Bölge Mahkemesi de bir internet sitesinin sadece kullanılmasının, kullanıcının kullanım sözleşmesi kurulmasına yönelik bir irade beyanı değil ancak maddi fiil olduğu kanaatindedir⁴²⁰. Doktrinde hem yasal çerçevede hem de hayatın olağan akışında, çevrimiçi hizmetlerde yasal yükümlülüklerin genellikle muhatabın aktif bir bilgi girişi veya açık bir irade beyanıyla yoluyla doğması olduğu ifade edilmektedir⁴²¹.

Bir internet sitesinin varlık sebebi üçüncü taraflarca algılanması/görünür olması ve ziyaret edilmesidir bu sebeple internet sitesinin ziyaret edilmesi tüketicinin bağlanma iradesinin varlığının tespiti için yeterli değildir⁴²². Dahası bazen sadece birkaç saniyeliğine olmak üzere, birbiri ardına bir dizi kayıt gerektirmeyen internet sitesini ziyaret eden ve gözden geçiren kullanıcının yoldan geçen bir gezgin imajı da göz ardı edilemez⁴²³. Doktrinde her ne kadar ortalama bilgili ve makul tüketicinin kullanıcının önceden kayıt olmaksızın bir web sitesinin sadece kullanımını bir

“invitatio ad offerendum” (öneriye davet) olarak değerlendirilebilir. Bir öneri olmadığı takdirde tüketicinin kabul beyanının varlığı zaten anlamsızlaştırır. **Kreutz**, s. 163. *Kreutz* söz konusu tespitleri sözleşmenin veri karşılığı niteliğinden bağımsız olarak her internet kullanımı için yapmaktadır. Bkz. **Kreutz**, s. 163 vd.

⁴¹⁸ *Metzger*, ürünün teknik tasarımına bağlı olarak tüketici teklifi ya açık bir irade beyanıyla, örneğin kayıt yaptırarak ya da sadece dijital içeriği kullanarak zımni olarak kabul edebileceğini ifade etmiş, kullanılan sitenin bir önerisinin bulunup bulunmadığını ayrıca değerlendirmemiştir. Bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327, N. 17.

⁴¹⁹ **Kreutz**, s. 163; **Walker**, s. 148 vd.

⁴²⁰ *“Günümüz internet kullanım alışkanlıklarına göre, serbestçe erişilebilen bir web sitesini ziyaret etmenin kendiliğinden sözleşmesel hak ve yükümlülükler doğuracağı varsayımı, hayat deneyimine ve kullanıcı beklentilerine aykırı olacaktır.”* OLG Hamburg, Urteil vom 24.10.2012-5 U 38/10, GRUR-RS, 2012, 22946, N. 156, çevrimiçi, BECK-ONLINE-14.06.2022. Mahkeme, bu kullanımı mağaza gezip vitrin bakmak olarak nitelendirmiştir. Bu nitelendirmenin eleştirisi için ayrıca bkz. **Walker**, s. 148. İnternet sitesinin kullanılmasının maddi fiil teşkil ettiği yönünde bkz. **Kreutz**, s. 163.

⁴²¹ Bkz. **Walker**, s. 148.

⁴²² **Kreutz**, s. 163.

⁴²³ **Walker**, s. 149.

sözleşme ilişkisi olarak anladığı varsayılmayacağı ifade edilse de⁴²⁴ bu her durum için geçerli değildir. Bu çerçevede internet sitesinin kullanılması için kullanım koşullarının kabul edilmesinin tüketicinin dikkatine sunulmasına rağmen kabulünün zorunluğu olmadığı yahut bir kayıt yükümlülüğü olmadığı hallerde şayet veri işleme faaliyeti olmaksızın dahi ilgili ürün tasarlandığı gibi çalışabiliyorsa -burada veri işlemenin gerekli olması kast edilmemektedir- sadece kullanım örtülü kabul olarak nitelendirilmesi mümkün değildir⁴²⁵. Bununla birlikte kullanım koşullarının ilgili kişinin dikkatine sunulmamış olması kullanımın bir sözleşme ilişkisi kurulması için yeterli olmayacağı fikri günün sonunda ilgili kişinin aleyhine olacaktır. Bu ihtimalde gerçekleştirilen veri işleme faaliyeti hukuka aykırı olsa da taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunduğu kabul edilmelidir. Sonuç itibarıyla kayıt gerektirmeyen hizmetlerde dâhi kabul iradesinin açık bir irade beyanı olması aranmamalıdır. Tüketicinin bağlanma iradesi ancak aktif davranışıyla kullanım koşullarını kabul etmesini gerektirmemelidir⁴²⁶.

Son olarak uygulamada rızanın geçerli olması adına sözleşme ilişkisinin de açık bir irade beyanıyla kurulmasının veri sorumlusu lehine olacağına dikkat çekilmelidir. Bu çerçevede bir sadakat kart uygulamasına yapılan başvurunun neticesine değinilmelidir. Almanya'nın Hamburg eyaletinde faaliyet gösteren kişisel bakım ve kozmetik marketi zinciri (*Drogeriemarkt*) müşteri sistemine üyelik için zincir mağazalardan birinden başvuru formu talep edilmiştir. Ancak form imzalanmamış ve genel sözleşme koşulları ve gizlilik politikasının kabul edildiğine dair işaretlenmesi gereken kutucuk işaretlenmeden tüm bilgiler eksiksiz doldurularak görevliye teslim edilmiştir. Şirket formda yer alan müşteri adresine sözleşme şartları ve gizlilik politikasını geri göndermiş, formun kutucuklar işaretlenmeden ve imzalanmadan gönderilmiş olması sebebiyle eksik başvuru hükmünde olduğunu, bu

⁴²⁴ **Walker**, s. 149.

⁴²⁵ Aksi yönde bkz. **Walker**, s. 149-150.

⁴²⁶ Aksi yönde bkz. **Walker**, s. 150. Bu durumun pratik olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Walker**, s. 150. Taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığı ihtimalde *culpa in contrahendo* hükümlerine başvurulmasının mümkün olduğu yönünde (BGB § 311/2 kapsamında hangi bende dayandırabileceği yönündeki tartışmayı da içeren geniş açıklamalar için) bkz. **Walker**, 150 vd. Bununla birlikte *Walker* tarafından da isabetle işaret edildiği gibi veri koruma hukukuna ve çevrimiçi hizmetlere ilişkin özel düzenlemelerin ilgili kişiye yeterli korumayı sağlamaktadır. Bkz. **Walker**, s. 153.

eksiklikler tamamlandıktan sonra başvurunun değerlendirmeye alınabileceğini açıklayan bir mektup göndermiştir⁴²⁷. Bilgilerin yer aldığı formu da mektupla başvuru sahibine iade etmiştir. Bu örnekten anlaşılabileceği gibi uygulama, açık rızanın aranmadığı hukuk sistemlerinde dahi⁴²⁸ sadakat kart sistemine dahil olmak isteyen müşterinin bu talebinin kabul görmesi için böylece sözleşme ilişkisinin kurulması ve verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi, irade beyanının hiçbir şüpheye yer bırakmayacak açıklıkta olmasının aranması yönündedir. Sonuç itibarıyla taraflar arasında kişisel verilerin işlenmesi esasına dayanan sözleşme ilişkisi örtülü irade beyanıyla kurulabilecekken (açık) rıza açık bir irade beyanı olmalıdır.

b. Kişisel Veriler Karşılığı Sözleşmeler ve Genel İşlem Koşulları Denetimi

Kişisel verilerin işlenmesine yönelik sözleşmeler çoğunlukla genel işlem koşulu olan veri-gizlilik politikalarına dayanmaktadır⁴²⁹. Nitekim GDPR *Dibace* 42’de de Haksız Şartlara İlişkin Direktif (93/13/EEC) uyarınca aranan şartların, açık rıza metni için de geçerli olacağı belirtilmiştir. Genel işlem koşullarına ve TKHK m.5/1 uyarınca öngörülmüş bulunan haksız şartlara ilişkin denetim esasları, açık rızanın alınmasına yönelik -açık rıza hükmü- aydınlatma metinleri için de geçerlidir⁴³⁰.

Genel işlem koşullarına ilişkin yürürlük, yorum ve içerik denetimi olmak üzere üç önemli mekanizma öngörülmüştür (TBK m. 21-25)⁴³¹. Yürürlük denetimi

⁴²⁷ **BUDNI KARTE**-Antrag, Hamburg, 10.11.2021 (EK-1).

⁴²⁸ Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün yürürlükte olduğu Alman hukukunda kişisel verilerin işlenmesi için rızanın varlığı kural olarak yeterlidir.

⁴²⁹ **Metzger**, Contract 2.0?, s. 60; **Hacker**, ZIPW, s. 183. Nitekim *Bundeskartellamt* (Alman Federal Rekabet Otoritesi/Kartel Ofisi) Facebook’un kullanım koşullarının genel işlem koşulu niteliğinde olduğunu açıkça ifade etmiştir. bkz. *Bundeskartellamt*, 06.02.2019, B6-22/16, s. 177, N. 534, çevrimiçi, https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22-16.html?jsessionid=7D4F53AA7BA5CEC4C583407D68F7B267.1_cid371?nn=3591568 - 16.12.2021, (“Facebook”).

⁴³⁰ Nitekim gerek haksız şart gerekse genel işlem koşulu denetimi bakımından sözleşmenin türü bir kıstas değildir. Bkz. **Yeşim M. Atamer**, “Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak”, *Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu*, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2012, s. 13 (“TKHK”).

⁴³¹ Bunun yanında bir genel ilkenin maddeleşmesi olarak nitelendirilebilecek yorum denetimi (metni hazırlayan aleyhine ve karşı taraf lehine yorumun tercihi-TBK m. 23) ve doktrinde ayrıca ele alınması gerektiği ifade edilen kaynağı olarak dürüstlük kuralına işaret edilen

sözleşmede yer alan, üzerinde bir irade uyuşması olduğu kabul edilen sözleşmeyi hazırlayan lehine ve fakat karşı taraf aleyhine esaslar öngören bir yahut birkaç hükmün, karşı taraf bakımından beklenebilir nitelikte olup olmadığı esas alınarak gerçekleştirilmektedir⁴³². Türk Borçlar Kanunu uyarınca yürürlük denetiminin gündeme geleceği bir hal olarak sözleşmenin niteliğine yabancı hükümler örnek olması adına zikredilmiştir (TBK m. 21/2). Bu noktada karşı tarafın sözleşmeyi okuması, anlaması ve ilgili hükme dikkatinin çekilmesi gerekmektedir (TBK m. 21/1). Yürürlük denetimine takılan hükmün taraflar arasındaki ilişkinin muhteviyatına dahil olmadığı kabul edilmektedir (yazılmamış sayılma)⁴³³.

Yürürlük denetiminden geçmiş ve sözleşmenin kapsamında yer aldığı tespit edilmiş bir hüküm, taraflar arasındaki menfaat dengesinde dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecek ölçüde düzenleyen lehineyse içerik denetimine takılacaktır (TBK m. 24⁴³⁴). Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde şüphesiz yürürlük denetimine takılması söz konusu olacak hükümler de mevcuttur. Bununla birlikte bu çalışmanın konusu bakımından incelemeye tabi tutulan husus karşı edim olarak kişisel verinin sözleşme ilişkisindeki durumudur. Bir diğer ifadeyle edim-karşı edim dengesine yönelik genel işlem koşulu denetiminin kural olarak yürürlük denetimi düzeyinde gündeme gelebilmesi mümkün değildir⁴³⁵. Bu durumda taraflar arasında bir irade uyuşmasının varlığından bahsedilemeyeceği için sözleşme ilişkisinin kurulmuş kabul edilebilmesi mümkün olmayacaktır.

saydamlık denetiminin de var olduğu ifade edilmektedir. **Doğa Ekrem Doğancı**, Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018, s. 434 vd.

⁴³² **Yeşim Atamer**, “6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi”, Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar), ed. Murat İncoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, s. 30 (“Konferans”). Karşı tarafın menfaatine de olsa yürürlük denetiminin gündeme geleceği yönünde bkz. **Atamer**, Konferans, s. 27.

⁴³³ Bu yaptırımın hükümsüzlük teorisinde hangi türe denk geldiği tartışmalıdır. **Ekinci**, s. 209 vd. Bununla birlikte **Taştan**, GSM operatörlerinin, kullanıcılarına (abonelerine) hediye internet paketi karşılığında; sözleşme süresi boyunca “konum, cihaz, kullanım, profil ve aboneliğe dair birçok kişisel verisini” işleme imkânı elde etmesini öngören sözleşme hükümlerini sürpriz kayıt (şaşırtıcı) olarak nitelendirmekte ve bu gibi hükümlerin yokluk yaptırımına tâbi olduklarını savunmaktadır. bkz. **Taştan**, s. 98.

⁴³⁴ Haksız şartlara yönelik denetim de bir içerik denetimidir. Bkz. **Nomer**, N. 50b.

⁴³⁵ Esaslı unsurlar kural olarak genel işlem koşulu denetiminin dışındadır. Bkz. **Atamer**, Konferans, s. 19. Bu çerçevede kişisel verilerin karşı edim niteliği değil ancak işleme kapsamına yönelik bir içerik denetiminin gündeme gelmesi söz konusu olacaktır.

İçerik denetimi esasları bakımından da kural sözleşmenin esaslı unsurları - asli edim yükümlülükleri- bakımından tatbik edilmemesidir⁴³⁶. Nitekim TKHK m. 5/7 uyarınca da denetlenemez olan hükümler “*mal karşılığı semen, kredi karşılığı faiz*” gibi doğrudan edim-karşı edim dengesine yönelik hükümlerdir⁴³⁷. Ancak asli edim yükümlülüklerinin değerlendirmenin dışarısında bırakılmasının gerekçesi ve amacı dikkate alındığında veri karşılığı sözleşme ilişkileri bakımından içerik denetimi kapısının doğrudan kapatılması uygun düşmeyecektir. Üçüncü bölümde ayrıntısıyla izah edileceği üzere kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde veri işleme imkânının kapsamında yönelik hükümlerin öncelikle saydamlık ve akabinde içerik denetimine tabi olduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde veri işlemeye yönelik hükümlerin, asli edim yükümlülüklerinin genel işlem koşulu denetimine tabi olmadığı kuralının bir istisnasını daha oluşturduğu ifade edilebilecektir⁴³⁸.

Veri karşılığı bir hukuki ilişki kurulmasına yönelik açık irade beyanının arandığı ve açık rızanın bilgilendirmeye dayanması gerektiği noktada, sözleşmenin içeriğine dahil olmak yönünden bir denetim gerçekleştirilmesi imkânı ortadan kalkacaktır. Böylece veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden kişisel verilerin işlenmesine yönelik rıza gösterme taahhüdü ancak saydamlık denetimi düzeyinde bir değerlendirmeye tabi tutulacaktır⁴³⁹. Nitekim TKHK m. 5/7 uyarınca esaslı unsurlara yönelik denetimin söz konusu olmayacağı hallerin ön koşulu olarak ilgili hükümlerin “*açık ve anlaşılır bir dille yazılmış*” olmaları aranmaktadır⁴⁴⁰. Bu incelemeye çalışmanın *üçüncü bölümüne*, yani kişisel veri işlenmesine yönelik rıza beyanında bulunma taahhüdünün geçerlilik esaslarının inceleyeceği kısma bırakılmıştır⁴⁴¹.

⁴³⁶ Atamer, Konferans, s. 19; Andreas Furrer, Markus Müller-Chen, Bilgehan Çetiner, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022, N. 389.

⁴³⁷ TKHK m. 5/7: “Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.”; Ayrıca bkz. Atamer, Konferans, s. 22.

⁴³⁸ Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/I/A.

⁴³⁹ Saydamlık denetiminin yürürlük ve içerik denetiminden ayrı ve kendisine özgü bir denetim olduğu ve ilgili sözleşme hükümlerinin saydamlık denetimi esasları uyarınca da ayrıca ele alınacağı yönünde ayrıca bkz. Doğancı, s. 434 vd.

⁴⁴⁰ TKHK m. 5/7.

⁴⁴¹ Bkz. Üçüncü Bölüm/I/A. Gizlilik politikalarına yönelik şekli unsurların etkisi ve basit ve anlaşılabilir bilgilendirmenin “imkânsızlığı” için ayrıca bkz. Omri Ben-Shahar, Adam Chilton “Simplification of Privacy Disclosures: An Experimental Test”, University of

Son olarak genel işlem koşullarına yönelik denetimin açık rıza beyanında bulunma taahhüdü bakımından gündeme gelebileceğine dikkat çekilmelidir. (Açık) rıza beyanının açık bir irade beyanı olması zorunluluğu ve hukuken geçerli olması yahut var kabul edilebilmesi için aranan şartlar göz önünde bulundurulduğunda, (açık) rıza beyanının kendisi kullanıcının dikkatine sunulmadığı takdirde -örneğin varsayımlı ayarlara dayalı rıza alınması- rıza geçersiz olacaktır. Bu kapsamda rızanın nitelikleri -varsayımlı ayarlara dayalı olmama ve hiçbir tereddüde yer vermeyecek açıklıkta verilmiş olma-, bu nitelikleri taşımayan rıza beyanlarının geçersiz olması sebebiyle genel işlem koşullarına yönelik yürürlük denetimin devreye girmesine gerek kalmaksızın sorunu çözmüş olacaktır⁴⁴². Bununla birlikte (açık) rızanın niteliğine yönelik bu özelliklerin yürürlük denetimi kapsamında değerlendirilip açık rıza beyanının kendisinin yürürlük denetiminden geçemediği ve esasında rızanın yok olduğu -hiç rıza gösterilmediği- da savunulabilecektir.

c. (Açık) Rıza Beyanında Bulunmak İçin Aranan Ehliyet Şartı ve Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmeler

Kişisel veriler, bir kişilik değeridir ve kişilik değerleri üzerinde söz sahipliği, hak sahibine sıkı sıkıya bağlıdır⁴⁴³. Şu hâlde kişisel verinin bu niteliğinin ehliyet durumu sınırlı ehliyetsiz yahut tam ehliyetsiz olan kişiler bakımından kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilere taraf olma esaslarına etkisi tespit edilmelidir⁴⁴⁴. Kişisel veri karşılığı sözleşmelerde tam ehliyetliler yönünden ehliyet yönüyle özellikli bir durum söz konusu olmadığından bu başlık altında sınırlı ehliyetsizler ve tam ehliyetsizlerin

Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 737, s. 28, çevrimiçi, https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/774/ -22.11.2021.

⁴⁴² Genel işlem koşullarına ilişkin denetimin kural olarak asli edim yükümlülükleri için gündeme gelemeyecek olması kuralı, taahhüdün ifası olan (borcun ifası) hukuki işlem (tek taraflı açık rıza beyanı) için gündeme gelemeyecektir.

⁴⁴³ **Dural, Sarı**, s. 175; **Langhanke**, s. 46.

⁴⁴⁴ Bu başlığın pratik karşılığına yönelik şu hususa dikkat çekmek ile yetinilecektir ki günümüzde internet kullanan her üç kişiden birinin 18 yaş altında olduğu tahmin edilmektedir. Bkz. **Milda Mačėnaitė**, “Protecting Children Online: Combining the Rationale and Rules of Personal Data Protection Law and Consumer Protection Law”, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?*, eds. Mor Bakhoum, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, s. 332. Bu noktada 2011’den beri Avrupa ve Kuzey Amerika’da çocukların en çok tercih ettiği siteler ise veri karşılığı ücretsiz hizmet sunduğunu idida eden *YouTube*, *Facebook* ve *Google*’dır. Bkz. **Mačėnaitė**, s. 338.

hukuki durumu ortaya konulacaktır. Buna göre işlem ehliyet yönünden özellik arz ettiği düşünülen veriye dayalı iş modellerinden sadece veri karşılığı bir ürünün elde edildiği hukuki ilişkiler ele alınacaktır. Bunun dışında kişinin aynı zamanda bir para (ücret) ödeme borcu altında olduğu⁴⁴⁵ hukuki ilişkiler yönünden genel işlem ehliyeti esasları geçerli olmaya devam edecektir⁴⁴⁶.

i. Sınırlı Ehliyetsizlerin Veri Karşılığı Hukuki İşlemlere Taraf Olması

TMK m. 16'da sınırlı ehliyetsizlerin hukuki işlemlere taraf olma esasları açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre genel kural, sınırlı ehliyetsizlerin yasal temsilcilerinin rızasıyla hukuki işlemlere taraf olabilmeleridir (TMK m. 16/1, cümle 1). Bununla birlikte TBK m. 16/1, 2. cümlede:

“Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları⁴⁴⁷ kullanmada bu rızanın” gerekli olmadığı düzenlenmiştir⁴⁴⁸.

Kişilik hakkı, kişinin kişi olması sebebiyle kendisine tanınmış mutlak anlamda kişiye bağlı bir haktır ve sınırlı ehliyetsiz tarafından kullanılabilir⁴⁴⁹. Kişisel verilerinin işlenmesine yönelik rıza beyanıysa kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanımudur⁴⁵⁰. Bu sebeple ilk bakışta kuralın tersine dönmesi ve sınırlı ehliyetsizin kendi irade beyanı ile rıza gösterebilir ve dolayısıyla rıza göstermeyi

⁴⁴⁵ Sadakat kart sistemine üye olunsun yahut olunmasın bir ürünün para karşılığı satın alınması hali bu başlık altında inceleme konusu edilmemektedir.

⁴⁴⁶ Bir hukuki işlemle ilişkilendirilmiş, bu işlem için gerekli olan ve fakat işlemin en azından tek asli edimi olmayan rıza beyanının yer aldığı hukuki işlem için aynı zamanda genel işlem ehliyeti esaslarının geçerli olacağı İsviçre hukuku uyarınca da açıkça ifade edilmektedir. Bkz. **Rosenthal, Jöhri**, Art. 4, N. 70.

⁴⁴⁷ Kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar: *“başkasına devredilemeyen, mirasçılara geçmeyen, hak sahibinin kişiliğini yakından ilgilendiren, bizzatı mali bir değeri olmayan ve kural olarak yasal temsilci tarafından kullanılamayıp bizzat hak sahibi tarafından kullanılması icap eden”* haklardır. Bkz. **Dural, Sarı**, s. 175.

⁴⁴⁸ Ancak kanun bu hakların kanuni temsilciyle beraber kullanılması gerektiğini öngörmüşse şüphesiz bu halde sınırlı ehliyetsiz kanuni temsilcisi ile beraber hareket edecektir -örneğin: evlenme. Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına karar vermek dışında bu hakkın kullanımına ilişkin işlemlerin temsilci aracılığıyla yürütülmesi mümkündür. Bkz. **Dural, Sarı**, s. 176; **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 107.

⁴⁴⁹ **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 108. Yargıtay, kişilik hakkı ihlallerine yönelik dava açmak yönünden sınırlı ehliyetsizin tek başına hareket edebileceği (rızaya gerek olmadığı) kanaatindedir. Bkz. Yarg. 4. HD, T. 21.09.1995, E. 1995/5439, K. 1995/6448, (çevrimiçi, LEXPERA-İÇTİHAT-20.10.2021).

⁴⁵⁰ Ayrıca bkz. Kişisel Verileri Koruma Kurulu, 11.08.2020 tarihli ve 2020/622 sayılı kararı, çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622-07.10.2022>.

taahhüt edebilir kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁵¹. Bu hüküm karşısında kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden sınırlı ehliyetsizler için bir ehliyet genişlemesinin söz konusu olup olmadığı değerlendirilmelidir. Aşağıda öncelikle GDPR uyarınca rızaya ehliyet esasları ele alınıp diğer kişilik değerleri üzerindeki tasarruflar yönünden geliştirilen çözümlere de temas edildikten sonra Türk hukuku uyarınca bir sonuca ulaşılmaya çalışılacaktır.

aa. GDPR Art. 8 uyarınca Rıza Beyanında Bulunmaya Ehliyet

Türk hukukunun aksine GDPR Art. 8 uyarınca doğrudan çocuklara yönelik hizmet yahut içerik sunulan hallerde çocuğun kişisel verilerinin işlenmesine yönelik rıza gösterebilmesi için 16 yaşını doldurmuş olması şartı aranmaktadır. Bu yaş sınırının üye devletler tarafından 13 yaşa kadar düşürülebilmesi de mümkündür. 16 yaşından küçüklerinse ancak yasal temsilcilerinin de rızasıyla birlikte kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterebilmeleri esası benimsenmiştir. Bu kapsamda velinin rızası ile çocuğun rızası birlikte aranmaktadır. Burada velinin rızası, tamamlayıcı unsur olan izin yahut icazet değildir⁴⁵². Kişisel verilerin işlenebilmesi için mutlaka hem yasal temsilcinin hem de çocuğun rızası gerekmektedir (kurucu). Aksi takdirde işleme hukuka aykırıdır⁴⁵³.

GDPR Art. 8 uyarınca düzenlenmesiyle tüm Avrupa Birliği ülkeleri yönünden rıza beyanında bulunulması adına özel bir ehliyet sınırı olan bu hükmün veriye dayalı iş modelleri için de geçerlidir. Bununla birlikte sözleşme ilişkisine taraf olmak bakımından bir diğer ifadeyle rıza beyanında bulunma taahhüdü yönünden

⁴⁵¹ Türk hukukunda ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların kişisel veri işleme faaliyetine rıza gösterebileceği ve buna ilişkin hukuki işlemlerin bir ayırım gözetilmeksizin TMK m. 16 kapsamında değerlendirilmesi gerektiği bir diğer ifadeyle kişiye sıkı sıkıya bağlı hakkın kullanımı olduğu yönünde bkz. **Taştan**, s. 163.

⁴⁵² **Kosta**, Art 8, s. 361.

⁴⁵³ **Kosta**, Art 8, s. 361. Günümüzde hiçbir hizmetin yahut içeriğin doğrudan ve sadece çocukları hedef almadığı için hükmün lafzına yönelik eleştiriler için ayrıca bkz. **Mačénaitė**, s. 365. Hükmün çocuklara hitap etmesi muhtemel içerikleri de kapsadığı yönünde bkz. **Eva Lievens, Valerie Verdoodt**, “Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children’s rights in the General Data Protection Regulation”, Computer Law & Security Review, Vol. 34, Issue 2, 2018, çevrimiçi, ScienceDirect-20.11.2021; **Kosta**, Art. 8, s. 360. GDPR Art. 8’den önce İspanya’da (14 yaş) Hollanda’da (16 yaş) ve Macaristan’da çocuklar için özel yaş sınırı öngörülmüştür. Bkz. **Mačénaitė**, s. 343, dn. 71.

hükümün etkisinin belirlenmesi ihtiyacı kendisini göstermektedir⁴⁵⁴. Bu kapsamda GDPR Art. 8/3 uyarınca rıza beyanına ilişkin getirilmiş bulunan özel kıstasların, rızayı gerektiren hukuki ilişkinin genel geçerlilik koşullarına etki etmediği ve sözleşme ilişkisinden ayrı olarak değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır⁴⁵⁵. GDPR sözleşme ilişkisinin kurulması için küçüğün ehliyet durumuna yönelik bir hüküm içermemektedir. Bu sebeple örneğin Alman hukukunda borçlandırııcı işlemin gerçekleştirilmesi için genel ehliyet esaslarının kural olarak geçerli olduğu ifade edilmektedir⁴⁵⁶.

bb. Kişilik Değerlerinin Hukuki İşlemlere Konu Edilmesinde Ehliyet

Alman hukukunda kişilik değerlerinin konu edildiği hukuki ilişkiler bakımından örneğin kişinin kendi fotoğrafı üzerindeki hakkının konu edildiği işlemlerde İsviçre ve Türk hukukunun aksine sınırlı ehliyetsizin irade beyanının varlığını arayan özel bir hüküm bulunmasa da küçüğün de rızasının alınması zorunlu olduğu kabul edilmektedir (*Doppelzuständigkeit*)⁴⁵⁷. Bu durumun gerekçesi olarak küçüğün kendi kaderini tayin hakkı gösterilmektedir⁴⁵⁸. Alman hukukunda kişisel verilere yönelik özel hüküm olan GDPR Art. 8'in çocukların kişisel verileri üzerindeki söz sahipliğinin muhafaza edilmesi gayesiyle öngörüldüğü ifade

⁴⁵⁴ Hükümün sadece rıza beyanının kendisi için geçerli olduğu ve bir sözleşme ilişkisi uyarınca rıza beyanında bulunma taahhüdü için genel ehliyet esaslarının geçerli olduğu yönünde ayrıca bkz. (Alman hukuku) **Louisa Specht-Riemenschneider**, Urheberrechtsgesetz: Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz, eds. Thomas Dreier, Gernat Schulze, Louisa Specht, 7. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2022, KUG § 22, N. 24, çevrimiçi, BECK-ONLINE-08.05.2022, ("Kommentar"); **Scheibenpflug**, s. 299.

⁴⁵⁵ GDPR Art 8/3: "İlk fıkra (Art 8/1), bir çocukla ilgili bir sözleşmenin varlığı-kurulması, geçerliliği veya sözleşmenin etkisine ilişkin kurallar gibi Üye Devletlerin genel sözleşme hukuku esaslarını etkilemez.

⁴⁵⁶ **Scheibenpflug**, s. 299; **Bauermeister**, s. 398.

⁴⁵⁷ **Fricke**, KUG § 22, N. 14. Alman Federal Mahkemesinin çocuğun da rızanın aranacağı yönündeki kararı için bkz. BGH, Urteil vom 28.09.2004-VI ZR 305/03 (KG) Charlotte Casiraghi II, GRUR, 2005, s. 75, çevrimiçi, BECK-ONLINE-16.12.2021. Kişilik değerinin ticari kullanımına dair yasal temsilcilerden her ikisinin de rızasının aranacağı yönünde bkz. (BGB § 1687/1 hükmünden hareketle) **Fricke**, KUG § 22, N. 14.

⁴⁵⁸ **Fricke**, KUG § 22, N. 14; **Specht-Riemenschneider**, Kommentar, KUG § 22, N. 26. Alman hukukunda bu rıza şartının aranması bakımından 14 yaş sınır olarak gösterilmiştir. Bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 14. Ayrıca bkz. LG Bielefeld, Urteil vom 18.09.2007-6 O 360/07, NJW, 2008, s. 716, çevrimiçi, BECK-ONLINE-16.01.2022.

edilmekte ve kişilik değerlerine ilişkin genel yaklaşımın veri koruma hukukuna sirayet etmesi olarak değerlendirilmektedir⁴⁵⁹.

Buna göre örneğin kişinin fotoğrafı üzerindeki hakları yönünden kişisel verilerin işlenmesinin de söz konusu olabileceği dikkate alınarak veri koruma hukukundaki bu yaklaşımın kişilik değerlerine yönelik diğer hukuki işlemlere de teşmili önerilmektedir⁴⁶⁰. Bu kapsamda 16 yaşından büyük sınırlı ehliyetsizin kişilik değerlerine yönelik borçlandırııcı işleme taraf olamasa da tek başına rıza beyanında bulunabileceği ve sınırlı ehliyetsizin rızası hilafına yasal temsilcinin kişilik değerleri örneğin fotoğrafı üzerinde sosyal medya hesabında resim paylaşmak gibi tasarruflarda bulunamayacağı kabul edilmektedir⁴⁶¹. Bununla birlikte kişilik değerlerine yönelik işlemin niteliğinin ve sonuçlarının da her halükârda değerlendirilmesi ihtiyacına ayıca dikkat çekilmektedir⁴⁶². Örneğin küçük bakımından rızanın geri alınmasının tazminat gibi mali sonuçlarının olacağı hallerde -tamamlayıcı unsur olarak- yasal temsilcinin rızası aranacaktır⁴⁶³. Bu görüş uyarınca kişisel verilerin işlenmesine yönelik sözleşme ilişkisinin sınırlı ehliyetsiz yönünden mali sonuçlarının⁴⁶⁴ gündeme geldiği haller için de çifte rıza aranması gerekecektir.

cc. Türk Hukukunda Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelere Ehil Olma

Türk hukukunda rızanın gösterilmesine yönelik özel bir yaş sınırı aranmadığı için ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlıların (açık) rıza beyanında bulunabileceği ifade edilmelidir⁴⁶⁵. Bununla birlikte kişilik değerlerinin hukuki işlemlere konu

⁴⁵⁹ Fricke, KUG § 22, N. 14.

⁴⁶⁰ Specht-Riemenschneider, Kommentar, KUG § 22, N. 26.

⁴⁶¹ Mezger, AcP, s. 839; Hacker, Datenprivatrecht, s. 231; Specht-Riemenschneider, Kommentar, KUG § 22, N. 26; Scheibenpflug, s. 299-300.

⁴⁶² Specht-Riemenschneider, Kommentar, KUG § 22, N. 26.

⁴⁶³ Specht-Riemenschneider, Kommentar, KUG § 22, N. 26. Ehliyet genişlemesi söz konusu olduğunda ayrıca velinin rızasının aranmayacağı, örneğin çocuğun bir sözleşme ilişkisi uyarınca modellik yapmasına rıza gösterilmiş olması halinde bu işin gerektirdiği hukuki işlemlere çocuğun taraf olabileceği ve rıza beyanında bulunabileceği yönünde bkz. Fricke, KUG § 22, N. 14; Specht-Riemenschneider, Kommentar, KUG § 22, N. 27.

⁴⁶⁴ Bu gibi hallerde rızanın geri alındığında tazminat ödenecek olması, sözleşmede rızanın geri alınması halinde kararlaştırılan bedelin muaccel olacağına dair bir kaydın yer alması yahut rızanın geri alınması halinde kullanım karşılığı ödenecek olması örnek olarak gösterilebilecektir.

⁴⁶⁵ Sözleşme ilişki ve açık rıza beyanı arasında bir ayrım gözetmeksizin sınırlı ehliyetsizin açık rıza beyanında bulunabileceği yönünde bkz. Işık Aslı Han, "Kişisel Verilerin İşlenmesi Bağlamında Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Veri Sahibinin Rızası", Galatasaray

edilmesinin bir diğer ifadeyle kişisel verilerini temin etme borcu altında girilmesinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın borçlandırıcı işlemlere konu edilmesi olması sebebiyle rıza beyanının açıklanmasından ayrıca ele alınması gerektiği ve sözleşmenin geçerli olabilmesi için TMK m. 16/1 ilk cümle uyarınca yasal temsilcinin rızasının (izin yahut icazet/tamamlayıcı unsur) gerekli olduğu ileri sürülmektedir⁴⁶⁶. Bu görüş kapsamında sınırlı ehliyetsizin borçlandırıcı işlem niteliğinde olan kişisel verilerini sağlama borcu altına girme iradesinin, verilerinin işlenmesine gösterdiği açık rıza beyanından ayrıdır ve geçerlilik esasları ayrı değerlendirilmelidir⁴⁶⁷.

Rıza beyanının açıklanmasıyla rıza beyanı açıklamaya yönelik taahhüdün Türk hukuku uyarınca da ayrı hukuki işlemler olarak ele alınması bir hukuki gerekliliktir. Nitekim çocuklara yönelik rıza beyanını düzenleyen GDPR Art. 8/3 uyarınca da rıza beyanına ilişkin getirilmiş bulunan özel kıstasların, rızayı gerektiren hukuki ilişkinin genel geçerlilik koşullarına etki etmediği ve sözleşme ilişkisinden ayrıca değerlendirilmesi gerektiği hüküm altına alınmıştır. Yine GDPR yürürlüğe girmeden önceki esaslar uyarınca Alman hukukunda da rıza göstermeye ehliyet için aranacak şartlarla rızanın hukuki işlemlere konu edilmesi durumunda aranacak şartların ayrı değerlendirilmesi gerektiği açıkça vurgulanmaktadır⁴⁶⁸. Bir hakkın kullanılması, hukuki işlemlere konu edilmesiyle gerçekleşecek olması dolayısıyla

Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, s. 442 ("Rıza"). Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına yönelik sınırlama içeren özel normların sınırlı sayıda olmadığı ve TMK m. 16'nın amacı da göz önüne alınarak küçük yönünden ağır sonuçları olacak işlemlerde yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiği yönünde bkz. **Rona Serozan**, Medeni Hukuk Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, Vedat Kitapçılık, 8. Bası, İstanbul, 2018, s. 444-445 ("Medeni Hukuk"). *Yücedağ* rızanın kendisinin hem sınırlı ehliyetsiz çocuktan hem de yasal temsilciden ayrı ayrı alınması gerektiği hallerde -işlemin sonuçları itibarıyla ağır bir etki meydana getirmesi halinde- yasal temsilcinin rızasının işlemin kurucu unsuru olduğu görüşündedir. Bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 94.

⁴⁶⁶ **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 117.

⁴⁶⁷ **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 117.

⁴⁶⁸ **Faust**, A. 23; **Langhanke**, s. 52. Alman ve Avusturya hukukunda kişiye sıkı suretle bağlı hakların kullanımına ilişkin özel bir ehliyet esası öngörülmemiştir. Ayırt etme gücüne sahip olmak yönünden ise işlem esaslı bir yaş kıstası öngörülme suretiyle bir ayırım yapılmıştır. Bkz. BGB § 106 (atfıyla BGB §§ 107-113) ABGB §§ 20-21, §§ 170-173, § 865. Bu kapsamda Alman hukuku bakımından *Langhanke*, işlemin niteliği esas alınarak rıza beyanında bulunmak yönünden tabi olunacak esasların tayin edilmesini önermektedir. Şayet rızanın bir hukuki işleme konu edilmeksizin gerekli olması halinde ilişkinin kişisel etkisi daha yüksek olduğundan ayırt etme gücü esaslı bir değerlendirme yapılmalıdır. Ancak rıza beyanının ekonomik sonuçları olacaksa yani işlemin ekonomik etkisi yoğunsa bu takdirde genel işlem ehliyetinin aranmasının düşünülebileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Langhanke**, s. 51.

kişinin rıza beyanında bulunmayı borçlandığı bir hukuki ilişkinin kurulması esasında kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılmasıdır⁴⁶⁹.

Kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımı anlamına gelecek söz konusu hukuki işleme taraf olma iradesi de -borçlandırıcı işlem- rıza beyanının kendisi gibi sınırlı ehliyetsizin tasarruf alanında yer almaktadır. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde edimin konusu bir kişilik değeri olduğundan, borçlandırıcı işlemin tabi olacağı esaslar, işlemin bu niteliği göz ardı edilmeksizin değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Bu sebeple hakkın kullanımına ilişkin yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiğine dair özel bir düzenleme bulunmadığından sınırlı ehliyetsiz kural olarak kendi başına bu sözleşmeye taraf olabilir⁴⁷⁰.

Bununla birlikte ilgili işlemi gerçekleştirebilmek yönünden yaş kısıtı işlemin hukuki sonuçlarını idrak edebilme yönüyle göz önünde bulundurulabilecektir. Bu kapsamda Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün yürürlük tarihinden önce *Hamm* Yüksek Bölge Mahkemesi, 15 yaşındaki kişilerin rıza beyanında bulunmak yönünden ehil olmadığına, bu işlemin kendisi için sonuçlarını tespit etmede deneyimsiz kabul edilmesi gerektiğine bir diğer ifadeyle işlem adına ayırt etme gücüne sahip kabul edilmemesi gerektiğine karar vermiştir⁴⁷¹.

⁴⁶⁹ TMK m. 16/1, 1. cümleinin lafzen sadece borçlandırıcı işlemleri düzenliyor görünmesine rağmen ("borç altına giremezler") tüm hukuki işlemleri ve dahi hukuki işlem benzeri fiilleri (tek taraflı işlem, borçlandırıcı işlem, tasarruf işlemi, ayıp ihbarı vb.) kapsamına aldığı, hükmün geniş yorumlanması gerektiği ifade edilmektedir. Bkz. **Serozan**, Medeni Hukuk, s. 440; **Hüseyin Hatemi**, Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, § 4, N. 104. Bu sebeple hükmün ilk fıkrasındaki kurala istisna getiren hükmün de kapsam itibarıyla esas kuralla paralel ele alınması uygun olacaktır.

⁴⁷⁰ İsviçre hukuku yönünden aynı görüş için bkz. **Langhanke**, s. 49. Bununla 2013 yürürlük tarihli ve 2008 yılına ait kanun değişikliği sonrası İsviçre Medeni Kanunu kapsamında kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların kullanımına yönelik işlemler de kural olarak yasal temsilcinin rızanın aranmadığı ayrı bir maddeyle düzenlenmiştir. bkz. ZGB Art. 19c (Söz konusu madde 01.01.2013 yürürlük tarihli 19.12.2008 tarihli Federal Kanun (yetişkin koruması, kişiler ve çocuk hukuku –“*Erwachsenenschutz Personenrecht und Kindesrecht*”-) kapsamında dördüncü ayırmada yer alan 2 numaralı kısımda İsviçre Medeni Kanunu'na eklenmesi öngörülmüştür; AS 2011 725, çevrimiçi, https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/24/233_245_233/de -28.11.2021). Bu yönüyle kanunda açıkça yasal temsilcinin rızasının aranmadığı hallerde atıf yapıldığı için İsviçre hukuku özelinde rızanın gerektiği hallerin sınırlı sayıda olduğu ifade edilebilecektir. **Roland Fankhauser**, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, eds. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 19c, N. 3. (“BSK-ZGB-I”).

⁴⁷¹ OLG Hamm, Urteil vom 20.09.2012, Az.: I-4 U 85/12, DuD, 2013, s. 106, çevrimiçi-SpingerLink-28.11.2021.

Bu yaklaşım rızanın kendisine yönelik geliştirilmişse de rıza beyanında bulunma taahhüdüne de teşmil edilebilecektir.

Buna ek olarak sınırlı ehliyetsizin menfaatlerini korumak için getirilmiş bulunan TMK m. 16'nın bu amacı da göz ardı edilmemelidir⁴⁷². Bu kapsamda özellikle kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin sürekli borç doğuran niteliği ve yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin menfaatlerini koruma yükümlülüğü göz önünde bulundurulmalıdır. Böylece kişiye sıkı suretle bağlı hakların kullanılmasına yönelik hukuki işlemlerin sınırlı ehliyetsiz yönünden ağır sonuçlarının söz konusu olabileceği durumlarda yasal temsilcinin rızasının aranması gerektiği ifade edilebilecektir⁴⁷³. Burada aranan rızaysa, tamamlayıcı unsur niteliğindedir.

Gerçekten de GDPR Art. 8'in yürürlük tarihinden önce de küçüklerin işleme faaliyetlerine yönelik rıza beyanında bulunabilmeye ehil olmak yönünden çocuğun yararının esas alınması gerektiği bu kapsamda özellikle ahlaki ve psikolojik gelişim düzeyi, rıza vermenin ve rızanın sonuçlarını anlama kapasitesinin (*çocuğun yaşı, veri işlemenin amacı, ilgili kişisel verilerin türü vb.*) değerlendirme yapılırken dikkate alınması gerektiği kabul edilmiştir⁴⁷⁴. Bu kapsamda veri koruma hukuku uyarınca çocuklara özel koruma rejimiyle ilgili zorluklar ve sorunların çözümünde, veri koruma esasları ve düzenlemeleriyle tekerleği icat etmeye çalışmaması ve bu çabaların mevcut tüketicinin korunması koruma esaslarıyla paralel ele alınması

⁴⁷² Serozan, Medeni Hukuk, s. 443 vd.; Yücedağ, Açık Rıza, s. 94.

⁴⁷³ Serozan, Medeni Hukuk, s. 444; Yücedağ, Açık Rıza, s. 94. İsviçre hukuku uyarınca ise aynı sonuca ancak ZGB Art. 19c'nin istisna öngörülen lafzının amacıyla çeliştiği göz önüne alınarak (örtülü boşluk) bir ulaşılmaması düşünülebilir. Küçüğün menfaatlerinin ön planda tutulması gerektiği yönünden ayrıca bkz. Rosenthal, Jöhri, Art. 4, N. 70 (İsviçre hukuku yönünde); Langhanke, s. 49. Langhanke, İsviçre hukukuna yönelik değerlendirmelerinde genel bir çözüm mahiyetinde amaca göre yorumu önermektedir. A.e., s. 49.

⁴⁷⁴ Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 2/2009 on the protection of children's personal data (General Guidelines and the special case of schools), WP 160; Ayrıca bkz. Mačénaitė, s. 343. Veri işleme faaliyetinin içerine yönelik yetişkin (tam ehliyetli) tüketicilerin dahi gerektiği ölçüde bilgi sahibi olmasının zorluğu karşısında çocukların işleme faaliyetine yönelik farkındalığı her zaman sorgulanabilecektir. Her ne kadar çocuklar dijital çağın yerlisi ("*digital native*") olarak nitelendirilseler de bu yerlilik, işleme faaliyetine yönelik kavrama düzeyinde etkili olabilecek mahiyette bir farkındalık anlamına gelmemektedir. Bkz. Mačénaitė, s. 344. Bu yönde ayrıca bkz. Helberger vd., s. 54 (Bu sebeple Helberger vd., ortalama tüketici tanımının yapılmasının da zorlaştığını ifade etmektedir).

önerilmektedir⁴⁷⁵. Tüketici hukuku, doğrudan çocuklara sunulan bilgi-toplum hizmetlerinin tanımının nasıl yorumlanacağı konusunda rehberlik ederek yalnızca doğrudan çocukları hedefleyen hizmetleri değil; içeriği, üslubu ve özellikleri nedeniyle çocuklara hitap etmesi muhtemel hizmetleri de kapsamına olanak tanıyabilecektir⁴⁷⁶.

Yasal temsilcinin borçlandırııcı işleme yönelik rızası akabinde yasal temsilcinin ayrıca sınırlı ehliyetsizin rıza beyanına yönelik bir irade açıklaması kural olarak gerekli olmayacaktır. Söz konusu rıza, veri koruma hukuku anlamında bir rıza olmadığından özel olarak kanun koyucu tarafından öngörülmediği sürece sonradan icazet şeklinde de gösterebilecektir. Bu yönüyle kanuni temsilcinin rızasının tamamlayıcı unsur niteliğini koruduğunun altı çizilmelidir. GDPR Art. 8’de yer aldığı aksine Türk hukukunda kanuni temsilcinin, birlikte rızasının alınması öngörülmediği için rızanın işleme faaliyeti yönünden gerek sözleşmenin gerek açık rızanın kendisinin geçerliliği için kurucu niteliği haiz olduğu savunulamayacaktır.

Tüm bunların yanında kişisel verilerin konu edildiği hukuki ilişkilerin sınırlı ehliyetsiz adına mali sonuçlarının bulunup bulunmadığı ise ayrıca değerlendirmeye alınmalıdır. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilere taraf olduğu takdirde ilgili kişinin borcunun konusu açık rıza beyanında bulunmak olacaktır. Söz konusu rıza ise her zaman geri alınabilir niteliktedir. Geri alma hakkının kullanılmasının sonuçlarının (mali sonuçları) gündeme gelip gelmeyeceği tartışmalıysa da⁴⁷⁷ ulaşılan sonuçlar ile tutarlı bir değerlendirme yapılması ihtiyacı kendisini gösterecektir. Bir diğer ifadeyle rızanın geri alınması halinde girişimcinin tazminat⁴⁷⁸ ve/veya kullanım karşılığı talebinde bulunması mümkün kabul edildiği takdirde yahut ücretli alternatifin⁴⁷⁹ devreye girecek olmasının sözleşme uyarınca hüküm altına alınması halinde sınırlı

⁴⁷⁵ **Maçénaité**, s. 367. *Maçénaité*, tüketici ve veri koruma hukukuna bütüncül yaklaşılması gerekliliğinin de ayrıca altını çizmektedir. Bkz. **Maçénaité**, s. 368. Bütüncül yaklaşım için (“*holistic approach*”); ayrıca bkz. **Ratti**, s. 378.

⁴⁷⁶ **Maçénaité**, s. 368. Özellikle 2005/29/EC sayılı Haksız Ticari Uygulamalar Direktifi, (Unfair Commercial Practices Directive 2005, bkz. çevrimiçi, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/unfair-commercial-practices-law/unfair-commercial-practices-directive_en -20.11.2021).

⁴⁷⁷ Rızanın geri alınmasının sonuçları için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/I./B./2.

⁴⁷⁸ Rızanın geri alınması hali için öngörölmüş cezai şart taleplerinin geçerli olduğunun kabul edilmesi hallerinin de bu kapsamda değerlendirileceği ifade edilmelidir.

⁴⁷⁹ Kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın geri alınması halinde aylık belirli bir ücret ödeme yükümlülüğünün gündeme geleceği haller bu kapsamda bir örnek olarak gösterilebilir.

ehliyetsizin kendi başına söz konusu hukuki ilişkiye taraf olması mümkün olmayacaktır. Bu ihtimalde yasal temsilcinin tamamlayıcı rızası borçlandırıcı işlemin (kişisel veri karşılığı sözleşme) geçerlilik şartı olacaktır. Şu hâlde yasal temsilcinin izin yahut icazet şeklinde tezahür edecek rızasının aranma sebebi/gerekçesi işlemin niteliği değil; hukuki sonuçlarıdır.

Son olarak taraflar arasındaki ilişkinin borç yüklediği taraf sayısı esas alındığında karşılıksız bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesinin ehliyet yönünden etkilerine değinilmelidir. Daha önce temas edildiği üzere taraflar arasındaki kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinin bağışlama hükümlerine tabi olduğu da savunulmaktadır⁴⁸⁰. Bu görüş çerçevesinde her ne kadar ilişkinin sinallagmatik olmadığı ifade edilse de taraflar arasında koşullu bir karşılılık olduğu kabul edildiği takdirde sınırlı ehliyetsiz yönünden bu durumun bir dezavantaj/mali yükümlülük⁴⁸¹ gündeme getirebileceği dikkate alınarak yasal temsilcinin tamamlayıcı nitelikte rızasını gerektiği ileri sürülmektedir⁴⁸². Bununla birlikte kişisel veri sağlamanın koşullu karşılık dahi oluşturmadığı kabul edilirse sınırlı ehliyetsiz yönünden herhangi bir dezavantaj meydana getirmeyeceği için yasal temsilcinin rızası ayrıca aranmayacaktır⁴⁸³.

ii. Tam Ehliyetsizlerin Veri Karşılığı Hukuki İşlemlere Taraf Olması

Tam ehliyetsizlerin fiilleri, TMK m. 15 uyarınca kanunda aksi öngörülmedikçe hukuki sonuç doğurmaz. TMK m. 15, tam ehliyetsizlerin irade açıklamasıyla yahut his-bilgi açıklamasıyla bir hukuki sonuç doğurmasını

⁴⁸⁰ **Bauermeister**, s. 392 vd.

⁴⁸¹ BGB § 107 uyarınca 7 yaşını dolduran küçükler bakımından hukuki işlemin yasal olarak küçük lehine olması halinde (bir hakkın kazanılması yahut bir borcun sona ermesi gibi) yasal temsilcinin rızası aranmaksızın geçerlidir. **Bauermeister**, s. 396-397. Bu kapsamda dezavantajın sinallagma içeren bir sözleşmeden doğması aranmaz; koşullu karşılıklılık varlığı da bu madde uyarınca yasal temsilcinin rızasının aranması için yeterli kabul edilir. Bkz. **Chiusi**, BGB, § 516, N. 26.

⁴⁸² **Bauermeister**, s. 396-397. Bu görüş Alman hukukunda ileri sürülmüşse de TMK m. 16/1 uyarınca öngörülen “karşılıksız kazandırmada” yasal temsilcinin rızasının aranmaması esaslarıyla da uyumludur. Türk hukuku uyarınca bu fıkra uyarınca bahsedilen “karşılıksız kazandırma” Alman hukukundaki gibi ekonomik yönüyle değil hukuki yönüyle ele alınır. Bkz. **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 110.

⁴⁸³ **Bauermeister**, s. 397.

engeller⁴⁸⁴. Açık rıza beyanı, niteliği gereği -özgür iradeyle verilmiş olma, bilgilendirmeye dayanma ve belirli bir amaç için verilmiş olma- ayırt etme gücünün varlığını gerektirdiğinden tam ehliyetsizlerin açık rıza beyanlarına hukuki sonuç bağlanmayacağı gibi, açık rıza beyanında bulunma taahhütlerinin de hukuken geçerli olması söz konusu olmayacaktır.

Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklar ayırt etme gücüne sahip olmayan kişi tarafından kullanılamayacaktır⁴⁸⁵. Bununla birlikte kanuni temsilcisinin kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanıp kullanamayacağı tartışmalıdır⁴⁸⁶. Bu kapsamda doktrinde “*münhasıran şahsa bağlı hakların kanuni temsilci tarafından kural olarak kullanılamayacağı*” yönündeki görüşlerin, TMK m. 16’nın yanlış yorumlanmasından ileri geldiği savunulmaktadır⁴⁸⁷. Zira bu hüküm sınırlı ehliyetsizlerin/ehliyetlilerin kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarını kullanabileceğine ilişkindir.

Gerçekten de TMK m. 16, tam ehliyetsizler bakımından kanuni temsilcilerin bu tür işlemleri yapamayacağına ilişkin bir hüküm değildir. Aksine kanuni temsilci, küçüğün yahut kısıtlının tüm çıkarlarını korumakla yükümlüdür⁴⁸⁸. Bu durumda tam ehliyetsizler için kişiyeye sıkı sıkıya bağlı haklarının kanuni temsilcileri tarafından kullanılamayacağı yönünde bir genel kural getirilemez. Bununla birlikte hak, niteliği gereği temsile elverişli değilse (*zina yapan eşi affetme, nesebi ret hakkı vs.*) bu durumda bu tür kişiyeye sıkı sıkıya bağlı hakların kanuni temsilci tarafından da kullanılması mümkün değildir⁴⁸⁹. Bu sebeple hakkın kişiyeye sıkı sıkıya bağlı olması ile değil, kanuni temsile elverişli olup olmadığı esas alınarak bir sonuca varılması gerektiği ifade edilmektedir⁴⁹⁰.

⁴⁸⁴ **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 85. Ancak bir hukuki sonucun doğması için irade beyanının gerekli olmadığı hallerde TMK m. 15 tam ehliyetsizin hak sahibi olmasını engellemez. Bir olaya yahut fiile sonuç bağlandığı hallerde tam ehliyetsiz de olsa bu sonuçtan istifade eder. **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 89 vd.

⁴⁸⁵ **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 85 ve 89.

⁴⁸⁶ **Selahattin Sulhi Tekinay**, Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s. 230; Farklı görüşler için ayrıca bkz. **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, s. 91.

⁴⁸⁷ **Tekinay**, s. 231.

⁴⁸⁸ “...kanuni temsilin cereyan etmesinin lüzumu olmadığını beyan eder ve madde tam ehliyetsizleri kapsamında almaz. Keza yasak işlemlerin sayıldığı kanun maddesinde de *münhasıran şahsa bağlı haklar yer almaz.*” **Tekinay**, s. 231.

⁴⁸⁹ **Tekinay**, s. 231.

⁴⁹⁰ **Tekinay**, s. 231.

Kişisel veri karşılığı sözleşme ve (açık) rıza beyanı bakımından isabetli olan yine her iki işlemin ayrı ayrı değerlendirilmesidir. Bu çerçevede kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinden ayrı olarak her ne kadar kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak da olsa tam ehliyetsizlerin kişisel verilerinin işlenmesine yönelik tam ehliyetsizin menfaatlerinin korunması gereken durumlarda yasal temsilcisinin rıza beyanında bulunabileceği kabul edilmektedir⁴⁹¹. Doktrinde ayırt etme gücü olmayan kişiler (özellikle küçükler) için kanuni temsilcilerinin de açık rıza beyanında bulunabileceği savunulmaktadır⁴⁹². GDPR Art. 8 uyarınca 16 yaşından küçük çocuklar için velilerini yahut yasal temsilcilerinin rıza beyanında bulunabilmesi mümkündür (GDPR Art. 8/1)⁴⁹³.

Bununla birlikte kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin de bu kapsamda olup olmadığı tartışmaya açılabilir. Veri karşılığı hukuki ilişkilere taraf olunması ve bu kapsamda kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi tam ehliyetsiz için “*büsbütün zarara sebep olacak*” bir halin engellenmesi olup olmadığı tartışılabilir⁴⁹⁴. Sonuçta tam ehliyetsizler bakımından bu nevi hukuki ilişkilerin -borçlandırıcı işlem yönüyle- kanuni temsile elverişli olmadığı savunulabilir. Kişisel veri karşılığı sözleşmelerde borçlandırıcı işlemin konusu bir kişilik değeridir. Bu değerlerin hukuki işlemlere konu edilmesinde tam ehliyetsizlerin durumunu düzenleyen özel bir hüküm yoktur⁴⁹⁵. Bu kapsamda kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkileri TMK m. 340/1 çerçevesinde değerlendirilebileceği ölçüde kanuni temsilci tarafından taraf olunması mümkün hukuki ilişkiler olarak ele alınabilir. Sınırlı ehliyetsizlerde olduğu gibi somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılması düşünülebilir⁴⁹⁶.

⁴⁹¹ Taştan, s. 164; Yücedağ, Açık Rıza, s. 96.

⁴⁹² Hüseyin Murat Develioğlu, 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, 2017, s. 57; Schmidt, s. 90. Bununla birlikte bu görüşü savunanlar sözleşme ilişkisine taraf olunması yönünden bir değerlendirmede bulunmamıştır.

⁴⁹³ Kosta, Art. 8, s. 360.

⁴⁹⁴ Doktrinde Han tam ehliyetsizin yararı esas alınarak bu hukuki işlemlerin gerçekleştirilebileceği görüşündedir. Bkz. Han, s. 442. Han da bu tür hukuki ilişkilerin tam ehliyetsizin yararına olma niteliğini tartışmaktadır. Ayrıca bkz. Han, s. 443.

⁴⁹⁵ Ayrıca bkz. ZGB, Art. 19c/2.

⁴⁹⁶ Yasal temsilcinin ilgili kişi haklarından sadece korumaya yönelik hakları kullanmasının uygun düşeceği ve bu sebeple veri karşılığı sözleşmelere taraf olunmasının mümkün olmadığı da ileri sürülebilecektir.

Son olarak şu hususa da işaret edilmelidir ki açık rıza gösterilmesi, kişiye sıkı sıkıya bir hakkın kullanımı olarak nitelendirilse de doktrinde rıza beyanında bulunmaya yönelik temsil yetkisi verilmesinin mümkün olup olmadığı da tartışma konusu edilmektedir⁴⁹⁷. Bu tartışma kapsamında tam ehliyetsizler yönünden de özellikle rıza gösterilen işlemin niteliğı dikkate alınarak farklı bir yorumun gündeme geleceğı düşünölebilecektir. Ancak temsilin mümkün olduğunun kabul edilmesi halinde dâhi rıza beyanında bulunulması için aranan tüm şartlar, temsil yetkisi veren ilgili kişi ile temsilci arasındaki ilişki için de aranmaktadır⁴⁹⁸.

C. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Tabi Olduğı Hükümlerin Belirlenmesi

1. Kişisel Verinin Sözleşmenin İsimlendirilmesine Etkisi

Kişisel verilerin sözleşme ilişkisinin konusunu oluşturması itibarıyla ilgili hukuki ilişkinin yeniden isimlendirilmesi ihtiyacının söz konusu olup olmadığı sorusu gündeme gelmektedir. Soru, bir diğer şekilde, kişisel verinin bir sözleşme ilişkisinde edim olarak belirlenmiş olmasının, bu sözleşmenin karakteristik edimine etki edip etmeyeceğı şeklinde formöle edilebilir. Bu noktada ilk seçenek kişisel verinin edim olarak kararlaştırıldığı hukuki ilişkinin, karşı edim esas alınarak isimlendirilmeye devam edilmesi ve bu durumun sözleşmenin tipine etki etmeyen bir bireysel bir özellik olarak ele alınmasıdır. Diğer seçenekse kişisel verinin konu edildiğı sözleşme ilişkilerinde bu belirlemede bireysel özelliğın ağır bastığı ve kanundaki tipi aştığı kabul edilerek söz konusu sözleşmenin tabi olacağı esasların belirlenmesi olacaktır.

Örneğın bir ürün kişisel veri karşılığı indirimli fiyat üzerinden satışa sunuluyorsa satış sözleşmesinin kanuni düzenine bireysel bir unsur eklenmiş

⁴⁹⁷ Bu tartışma için bkz. **Langhanke**, s. 46-48 (Alman, Avusturya ve İsviçre hukuku kapsamında söz konusu tartışma ele alınmıştır). İsviçre hukukunda rızada temsili kabul eden görüş için bkz. **Rosenthal, Yvonne Jöhri**, Art. 4, N. 106 vd. Avusturya'da 2003 tarihli kararında Yüksek Mahkeme rızada temsilin mümkün olmadığına mutlak suretle ilgili kişi tarafından rıza beyanında bulunulması gerektiğine karar vermiştir. Bkz. OGH, 6 Ob 106/03m E. 3, çevrimiçi, https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20030911_OGH0002_0060OB00106_03M0000_000-28.11.2021.

⁴⁹⁸ Bkz. **Langhanke**, s. 47.

olacaktır. Bu unsurun (kişiselleştirmenin) satış sözleşmesinin tipine etkisi belirlenmelidir⁴⁹⁹. Bu tespitin pratik sonuçları da bulunmaktadır. Kanuni sözleşme tiplerinin birer “*sınıf/kategori*” olarak kabul edilmesinin esas sonucu, ilgili sözleşme sınıfına dahil olduğu tespit edilen her sözleşmeye kural olarak o sözleşme tipi için öngörülmüş hükümlerin uygulanacak olmasıdır⁵⁰⁰. Ancak kanunda düzenlenmemiş sözleşme tipleri yahut kanunda düzenlenmiş bir sözleşme tipinden ayrılarak bu tip için öngörülen hükümlerin kendisine uygulanması mümkün olmayan hukuki ilişkiler içinse uygulanacak hukuk kurallarının ne şekilde tespit edileceği sorusu gündeme gelecektir⁵⁰¹.

Kanunda ilgili sözleşme tipine ilişkin öngörülmüş yedek hukuk kurallarının, atipik yahut isimsiz olması fark etmeksizin bir sözleşme ilişkisine doğrudan uygulanabilmesi mümkün değildir. Bu ihtimalde taraflar, kanunda yedek hukuk kuralları çerçevesinde öngörülmüş sözleşme tipinin dışında bir sözleşme ilişkisi kurmuştur. Böylece aralarındaki sözleşme ilişkisine kanunda yer alan kuralların

⁴⁹⁹ **Saibe Oktay**, “İsimsiz Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHFİM, C. LV, s. 1-2, 1996, s. 288. Bu noktada **Kuntalp**, her sözleşme tipinin kendi içerisinde farklılaşma esnekliğine sahip olduğunu da ifade etmektedir. **Oktay**’a göre, ilgili sözleşme tipinin “*kategori sınırlarına çıkılmasına yol açmayacak*” şekilde sözleşmenin tabi olacağı esasların, olağan rejiminden farklı belirlenmiş olması, ilgili sözleşme tipine dair “*genel resimden*” ayrışmasına ve bireysel özellikler kazanmasına yol açmakla birlikte, bu farklılıklar ayrıca isimlendirme ihtiyacı doğurmayacaktır. Söz konusu sözleşme hala “*bu akit*” olarak anılmaya devam edecek, böylece mezkûr farklılıklar kavramsal yapı içerisinde “*erimiş olacaktır*”. Bkz. **Erden Kuntalp**, *Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme)*, 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013, s. 89-90.

⁵⁰⁰ **Kuntalp**, s. 90; **Marc Amstutz**, **Ariane Morin**, *Basler Kommentar-Obligationenrecht I*-Art. 1-529 OR, eds. Corinne Widmer Lühinger, David Oser, 7. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Einleitung vor Art. 184 ff., N. 5 (“BSK-OR-I”). İlişkinin nitelendirilmesinde tarafların menfaat durumuna uygun kanuni düzen ve hükümlerin uygulanmasını temin edecek hukuki nitelendirmenin tercih edileceği yönünde bkz. **Rona Serozan**, “Atipik Trampa Sözleşmeleri”, *BATİDER*, Sayı 28, No: 4, Aralık 2012, s. 12 (“Atipik Sözleşmeler”).

⁵⁰¹ **Serozan**, *Atipik Sözleşmeler*, s. 12; **Kuntalp**, s. 90. Bu kapsamda isimsiz sözleşmelere uygulanacak hükümlerin, “*soğurma, birleşim, yaratma (kıyas) -bu iki teorisinin ayrı başlık altında incelenmesi de söz konusu olmaktadır-, kanuni hükümlerin münferit uygulanması*” teorileri olarak bilinen farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşlerin ayrıntısı için bkz. **Amstutz**, **Morin**, BSK-OR-I, Einleitung vor Art. 184 ff., N. 17 vd. Ayrıca bkz. **Grüneberg**, *Grüneberg*, BGB § 311, N. 24. Bunun yanında İsviçre’de “*Diskurstheorie*” olarak isimlendirilen ve filoloji, felsefe ve sosyolojide mevcut aynı isimli teoriden ilham alınarak isimsiz sözleşmelere uygulanacak hukukun tayini yönünden yeni bir yaklaşım geliştirildiği tespit edilmiştir. Buna göre isimsiz sözleşmelere uygulanacak kuralların belirlenmesi için hukukun (içtihatlar da dahil olmak üzere) yanında iktisat biliminin gerekleri gözetilerek âdeta tüm bunlar arasında “*söyleme dayalı bir iletişim süreci (‘diskursiven Kommunikationsprozess’)*” gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Amstutz**, **Morin**, BSK-OR-I, Einleitung vor Art. 184 ff., N. 22.

uygulanmaması yönündeki iradelerini açıklamışlardır⁵⁰². Bu sebeple yedek hukuk kurallarının doğrudan değil, ancak uygulanması söz konusu olan hukukî ilişkinin temel özellikleri dikkate alınarak bir diğer ifadeyle kıyasen uygulanması, sözleşme serbestisi ilkesinin bir gereğidir⁵⁰³. Uygulamada neredeyse hiçbir hukuki ilişkinin kanunda düzenlendiği haliyle kurulmadığı dikkate alındığında, kanunda yer alan yedek hukuk kurallarının sözleşme ilişkilerine uygulanma imkânı da ayrıca sorgulanmalıdır⁵⁰⁴.

Sözleşme serbestisi kişilere en başta hukuki işlemlerinin içeriklerini belirleme imkânı tanımaktadır. Sözleşme yapmak için bir araya gelen taraflar “sözleşmenin konusunu, içeriğini ve tipini” kanunun emredici hükümlerine aykırı olmamak koşuluyla diledikleri gibi şekillendirebilir. Kanun koyucu tüm hukuki ilişkileri değil yalnızca birtakım sözleşmeleri “işlem hayatındaki önemlerini ve toplumun ihtiyaçlarını” dikkate alarak Türk Borçlar Kanunu yahut özel kanunlarla düzenlemeyi tercih etmiştir. Ancak taraflar kanun koyucu tarafından öngörülmuş sözleşmeler ile yetinmek zorunda değildir. Böylece taraflar hukuki ilişkiler kurarak kanunda düzenlenmemiş sözleşme türleri meydana getirebilirler.

Kanun koyucunun doğrudan düzenlemediği ve tarafların iradeleri ile muhteviyatı şekillenen sözleşmelere “isimsiz sözleşmeler” adı verilmektedir⁵⁰⁵. Şu hususa dikkat çekmek gerekir ki bir sözleşmenin isimli olarak nitelendirilebilmesi için kanunda doğrudan veya dolaylı adlandırılması yahut anılması değil; aksine

⁵⁰² **Halil Akkanat**, “Teslim Borcu Doğuran Bazı Sözleşmelerde (Satım, Eser) Nitelendirme Sorunu”, Prof. Dr. Türkân Rado'nun Anısına Armağan, ed. Abuzer Kendigelen, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 16 (“Satım-Eser”).

⁵⁰³ **Akkanat**, Satım-Eser, s. 16.

⁵⁰⁴ “Zira sözleşmelerde günümüzde artık, tek bir nitelemeye yol açacak edimlerden ziyade birden fazla nitelemeye yol açacak edimlere yer verilmektedir. Artık neredeyse hiçbir satım saf satım değil, hiçbir kira saf kira değil, hiçbir vekâlet yahut eser veya hizmet saf değildir.” **Zekeriya Kurşat**, “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, İÜHFM, C. 67, S.: 1-2, 2009, s. 162.

⁵⁰⁵ **Oktaş**, s. 263; **Michael Martinek**, Moderne Vertragstypen Band I, Leasing und Factoring, München, C. H. Beck Verlag, 1991, s. 3; **Herbert Schönle**, Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR, Peter Gauch, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1993, Vorbemerkungen zur Zweiten Abteilung (Art. 184-551), N. 1, çevrimiçi, SWISSLEX-05.11.2021; **Claire Huguenin**, **Tina Purtschert**, Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK): Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, Markus Müller-Chen, Claire Huguenin, Auflage 3, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, OR 184-Vorb 184 ff, N. 1, çevrimiçi, SWISSLEX-08.11.2021; **Amstutz**, **Morin**, BSK-OR-I, Einleitung vor Art. 184 ff., N. 6.

kanunda ilgili sözleşmenin *düzenlemesi* gerekmektedir⁵⁰⁶. Buna ek olarak bir sözleşmenin tipik veya atipik olarak nitelendirilmesi isimli yahut isimsiz olmasından ayrı ve farklıdır⁵⁰⁷. Bu yönüyle herhangi bir sözleşme için en azından esaslı unsurlarının toplumsal ihtiyacı karşılamak amacıyla teamüle bağlı olarak belirlenmesi durumunda “tipleşme”nin gerçekleştiği kabul edilmektedir⁵⁰⁸. Bu sebeple isimsiz bir sözleşmenin de tipik bir sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilmesi mümkündür⁵⁰⁹.

Bir sözleşme ilişkisinin kanun tarafından düzenlenmiş kabul edilebilmesi, ilgili sözleşme ilişkisinin esaslı unsurlarının (*essentialia negotii*) kanunda yer alması şartına bağlıdır⁵¹⁰. Böylece esaslı unsurları kanun koyucu tarafından belirlenmiş sözleşmeler isimli, esaslı unsurları taraflarca belirlenmiş olanlarsa isimsiz sözleşmedir⁵¹¹. Taraflar kanunda düzenlenmiş yahut düzenlenmemiş sözleşme edimlerini kanunun düzenlemediği şekilde bir araya getirebilecektir ki bu takdirde aralarındaki ilişki karma sözleşme olarak adlandırılacaktır⁵¹². Karma sözleşmeler olarak nitelendirilemeyen ve kanunda düzenlenmemiş sözleşme ilişkileriye *sui generis* sözleşmeler olarak nitelendirilmektedir⁵¹³. Kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesinin sözleşmede edim olarak kararlaştırıldığı durumlarda, ilişkinin bu özelliği gereği nitelendirilmesine etkisinin ne olacağı cevaplandırılmalıdır.

⁵⁰⁶ **Oktay**, s. 265 vd.

⁵⁰⁷ Atipik sözleşmeler kavramını isimsiz sözleşmeler ile aynı anlam ve kapsamda kullanan yazarlar da bulunmaktadır. bkz. **Peter Gröschler**, Soergel BGB-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-Band 5/1a-Schuldrecht §§ 311, 311a-c, 313, 314, 13 Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014, § 311, N. 24 vd.

⁵⁰⁸ **Kuntalp**, s. 8.

⁵⁰⁹ **Saibe Oktay-Özdemir**, İsimli Sözleşmeler, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 4-5, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2019, N. 86.

⁵¹⁰ **Oktay**, s. 264.

⁵¹¹ **Oktay**, s. 265 vd.

⁵¹² **Schönle**, ZK- Vorbemerkungen zur Zweiten Abteilung (Art. 184-551), N. 32 vd; **Huguenin**, **Purtschert**, CHK- OR 184-Vorb 184 ff, N. 2; **Amstutz**, **Morin**, BSK-OR-I, Einleitung vor Art. 184 ff., N. 8-9.

⁵¹³ **Fikret Eren**, “İsimli Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, eds. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008, s. 91 (“İsimli”); **Kuntalp**, s. 15 vd. Kanunda düzenlenmeyen sözleşme ilişkilerinin de edimlerinin bir araya getirilmesinin karma sözleşme olarak nitelendirileceği yönünde bkz. **Oktay**, s. 274, **Amstutz**, **Morin**, BSK-OR-I, Einleitung vor Art. 184 ff., N. 9; **Theo Guhl**, **Alfred Koller**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000, § 40, N. 17.

2. Kişisel Veri Karşılığı Elde Edilen Menfaat

Kişisel verilerin karşı edim teşkil ettiği hukuki ilişkilerde, kişisel veri karşılığı elde edilen menfaat farklılık arz etmektedir. Bu durum, şüphesiz ilişkinin nitelendirilmesine de etki edecektir. Kişisel veri karşılığı sözleşme (1) çevrimiçi hizmetlerin yahut bir ürünün para ödenmeksizin veya indirimli sağlanması yahut (2) çevrimdışı ürünlerin para ödenmeksizin veya indirimli sağlanması söz konusu olabilmektedir⁵¹⁴. Bu bölümde kişisel verinin, edimi olduğu hukuki ilişkiye etkisi ele alınacağından kişisel veri karşılığı elde edilen menfaat değil; kişisel verinin sözleşme ilişkisindeki konumu esas alınarak bir belirleme ve nitelendirme yapılacaktır. Bu kapsamda kişisel verilerin tabiri caizse paranın ikamesi olarak işlemlere konu edildiği göz ardı edilmeksizin, para yerine ilgili ilişkide kişisel verilerin karşılık olmasının ilişkiye etkisi belirlenecektir⁵¹⁵.

a. Karşı Edim Olarak Kişisel Veri Taahhüdü İçeren Hukuki İlişkilerde Karakteristik Edim

Kişisel veri karşılığı ilişkilerin her ihtimalde sinallagmatik bir değiş tokuş ilişkisine dayandığı tespitinin akabinde bu sözleşmenin isimli mi yoksa isimsiz bir sözleşme mi olduğu ortaya konulmalıdır⁵¹⁶. Bu kapsamda taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirilmesi için ilk başvurulacak kaynak yine taraf iradelerinin kendisidir. Özellikle veriye dayalı iş modellerinin çeşitliliği ve sürekli bir yenilik gösterdiği dikkate alındığında sözleşme ilişkisinin isimlendirilmesinde de farklılıkların gündeme gelmesi kaçınılmazdır⁵¹⁷. Bu durumun bir sonucu olarak kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilere yönelik nitelendirmenin tüketici mahiyette yapılabilmesi imkân dahilinde değildir⁵¹⁸. Bununla birlikte, taraflar arasındaki hukuki ilişki

⁵¹⁴ Kişisel verinin edim olarak kararlaştırıldığı hukuki ilişkinin, bu özelliğinden bağımsız olarak (örneğin bir ücret karşılığı aynı menfaatin elde edildiği hallerde dahi) kendisine yönelik nitelendirme sorunları da söz konusu olabileceği göz ardı edilmemelidir. Bkz. İkinci Bölüm/III./C./2./a.

⁵¹⁵ Kişisel verinin dahil olduğu ilişkinin isimlendirilmesine etki etmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Walker**, s. 176 vd.

⁵¹⁶ Kişisel veri karşılığı sözleşmelerin *sui generis* bir sözleşme olarak (lisans sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki) nitelendirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Weber, Henseler**, s. 335 ve 345.

⁵¹⁷ **Leinemann**, s. 117.

⁵¹⁸ **Leinemann**, s. 117.

sayısının, kişisel verinin edim olarak kararlaştırıldığı hukuki ilişkinin nitelendirilmesine etkisi tespit edilecektir.

i. Taraflar Arasında Tek Hukuki İlişki Bulunması İhtimali

Kişisel verilerin, bir çevrimiçi/çevrimdışı ürünün sunulması karşılığında işlenmesine rıza gösterildiği takdirde taraflar arasında tek bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Örneğin çevrimiçi bir ürünün elde edilmesine yönelik ilişkiler söz konusu olduğunda (akıllı telefon uygulamaları, sosyal ağ kullanım sözleşmeleri, vb.) taraflar arasında genellikle tek sözleşme bulunmaktadır. Bu ihtimal için doktrindeki görüşler ve yargı kararları incelendiğinde kişisel verilerin edim olarak kararlaştırıldığı hukuki ilişkinin bu yönüyle karakteristik özelliklerini muhafaza edeceği ve yeniden isimlendirilmesini gerekli kılacak bir bireysellik unsurunun bulunmadığı yaklaşımının hâkim olduğu ifade edilebilecektir. Bu çerçevede kişisel veriler paranın ikamesi, bir ifa aracı olarak ele alınmaktadır⁵¹⁹.

Örneğin Berlin Bölge Mahkemesi çevrimiçi hizmetlerden olan sosyal ağ kullanım sözleşmesini; kira, eser ve hizmet (iş görme) sözleşmesi unsurları barındıran borçlar hukuku sözleşmesi olarak nitelendirmiştir⁵²⁰. Karara konu sözleşme ilişkilerinin bir diğer ifadeyle çevrimiçi ürün sağlanmasına ilişkin sözleşmeler nitelendirilmesine dair tartışmalar kapsamında bu sözleşme ilişkisine yönelik düzenleme ihtiyacından bahsedilmekle birlikte, kişisel verilerin sözleşmedeki konumuna dair ayrı bir değerlendirme yapılmamıştır⁵²¹. Bu kapsamda karşılık olarak bir paranın ödenmesinden yahut kişisel verilerin işlenmesine rıza

⁵¹⁹ **Faust**, s. A. 42. *Faust*, kişisel veri karşılığı sözleşmede girişimcinin edimi ani edimli dijital bir ürüne taraflar arasındaki hukuki ilişkiye mal değişim sözleşmesi esaslarının uygulanabileceğini savunmaktadır. **Faust**, A. 43. Kişisel verinin hukuki niteliği de dikkate alarak veri karşılığı hukuki ilişkilerin isimlendirilmesi için ayrıca bkz. **Walker**, s. 167 vd.

⁵²⁰ LG Berlin, Urt. v. 17.12.2015-20 O 172/15, ZD, 2016, s. 183. Taraflar arasındaki sözleşme hükümleri uyarınca söz konusu ilişkinin kira yahut satış benzeri bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesi de mümkün olabileceği gibi veriye dayalı iş modeli, kişilik hakkının bir tezahürü olan bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının ticarileştirilmesine dayandığından taraflar arasındaki ilişkinin kişisel verilerin işlenmesi boyutuyla kullanım ödücü olarak da nitelendirilebileceği yönünde bkz. **Leinemann**, s. 110.

⁵²¹ Bu hukuki ilişkinin kapsamlı olarak düzenlenmesi ihtiyacının bulunmadığı, satış sözleşmesi esaslarının dijital ürünler için hali hazırda uygulanabilir olduğu; dijital sürekli içerik yahut hizmet elde edilmesine yönelik sözleşmeler bakımındansa kira sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceği ve köklü bir değişiklik-düzenleme ihtiyacı bulunmadığı yönünde bkz. **Faust**, A. 42 vd.

gösterilmesinden bağımsız olarak çevrimiçi bir ürün sağlanmasına yönelik sözleşmelerin tabi olacağı esasların ne olacağı tartışılmıştır. Yine DCD'nin yeni bir sözleşme tipi meydana getirdiğine yönelik görüşler uyarınca sözleşme ilişkisinin isimlendirilmesinde ilişkinin veri karşılığı olması değil; sözleşme uyarınca girişimcinin edimi esas alınmaktadır⁵²². Sonuç olarak yeni bir sözleşme tipinin (türünün) varlığı iddiasının gerekçesi dikkate alındığında bu yaklaşım uyarınca söz konusu ilişkinin karakteristik edimi olarak girişimcinin ediminin esas alındığı görülecektir⁵²³.

Çevrimiçi ürün karşılığı kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterildiği ilişkilerde kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesinin değil; girişimcinin ediminin ne olduğu esas alınarak bir değerlendirme yapılmaktadır⁵²⁴. Bu kapsamda girişimcinin bir içeriği nihai olarak tüketicinin kullanımına sunduğu hallerde (müzik, oyun video indirme vb.) taraflar arasındaki sözleşmeye kanunda yer alan düzenlemelerin doğrudan uygulanmasının mümkün olmadığı ileri sürülmektedir⁵²⁵. Bununla birlikte örneğin çevrimiçi bir ürünün sürekli olarak kullanılması söz konusu olduğu hallerde (sosyal medya platformu vb.) taraflar arasındaki ilişkinin ürün kirası yahut iş görme borcu doğuran sözleşme hükümleri uyarınca değerlendirilmesinin mümkün olduğu savunulmaktadır⁵²⁶. Bu görüş de taraflar arasındaki ilişkinin nitelendirmesinde kişisel veri işlenmesine yönelik edimin değil; girişimcinin ediminin karakteristik edim olarak kabul edildiğini destekler mahiyettedir⁵²⁷.

⁵²² Bu tartışma için bkz. **Faust**, s. A. 42 vd.; **Metzger**, JZ, s. 585 vd.; **Cemre Bedir**, “Contract Law in the Age of Big Data”, *European Review of Contract Law (ERCL)*, 16/3, 2020, s. 356 vd., çevrimiçi, DE GRUYTER-03.11.2021 (“ERCL”); **Staudenmayer**, 2019/770 Art. 3, N. 28, 39 vd. Nitekim DCD, girişimcinin edimi esas alınarak isimlendirilmiştir (*Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services* - dijital içerik ve dijital hizmetlerin temine ilişkin sözleşmelerle ilgili belirli hususlar hakkında Direktif-)

⁵²³ Bu kapsamda Direktif’in Alman hukukuna aktarılmasına yönelik farklı teklifler incelendiğinde girişimcinin edimini esas alan bir yaklaşım söz konusudur. bkz. **Matthias Wendland**, “Sonderprivatrecht für Digitale Güter: Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa”, *ZVglRWiss* Vol. 118, 2019, s. 218 vd.

⁵²⁴ **Specht**, JZ, s. 765.

⁵²⁵ **Specht**, JZ, s. 765.

⁵²⁶ **Specht**, JZ, s. 765.

⁵²⁷ Girişimcinin ediminin sözleşmeyi karakterize eden edim (karakteristik edim) olduğu bu durumun DCD'nin adına da yansıdığı yönünde bkz. **Walker**, s. 173.

Doktrinde söz konusu hukuki ilişkilerin Alman Medeni Kanunu'nda yer alan geleneksel sözleşme tiplerinde yalnızca edimin türü açısından değil, aynı zamanda tarafların tipik hak ve yükümlülükleri açısından da farklılık gösterdiği bu sebeple ayrıca düzenlenme ihtiyacı bulunduğu savunulmaktadır⁵²⁸. Söz konusu düzenleme ihtiyacının yeni bir kanun yahut borçlar kanunu ve tercihen özel hükümler kısmında yapılmasının isabetli olacağı ifade edilmektedir⁵²⁹. Ancak bu görüş ekseninde dahi çevrimiçi ürünün sağlanmasına yönelik olarak kişisel verilerin bir karşı edim teşkil etmesi halinin sözleşmenin isimlendirilmesine yönelik bir fark oluşturması söz konusu değildir⁵³⁰.

01.01.2022 yürürlük tarihli Alman Medeni Kanunu değişiklikleri uyarınca da kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin ayrıca isimlendirilmesi yolu tercih edilmemiştir. 2019/770 sayılı Direktif'in amacına da uygun olarak hizmetin yahut içeriğin kişisel veri karşılığı sağlanmasıyla para karşılığı elde edilmesinin farklı esaslara tabi olmasının engellenmesine gayret edildiği görülmektedir⁵³¹. Bu sebeple özellikle kişisel verilerin çevrimiçi ürün karşılığı işlenmesine rıza gösterilmiş olunması halinde para ödenerek ilgili edimin elde edildiği hallerden farklı hükümlere tabi olmayacağı tespit edilmelidir.

Buna ek olarak Alman hukuku uyarınca yapılan değişiklik Alman Medeni Kanunu'nun özel hükümler kısmında değil; genel hükümler kısmında yer alan tüketici sözleşmeleri kapsamında gerçekleştirilmiştir⁵³². Bu durumdan da hareketle doktrinde ilgili düzenlemeyle ayrı bir sözleşme türünün öngörülmediği ifade

⁵²⁸ **Metzger**, JZ, s. 585-586. Kişisel verinin satış, trampa, ödünç , kira (adi yahut ürün kirası) ve hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmesinin mümkün olmadığı ve bu sözleşmelere ilişkin esasların kişisel veri karşılığı ilişkilere uygulanmasının mümkün olmadığı yönünde ayrıca bkz. **Walker**, s. 167-175.

⁵²⁹ **Metzger**, JZ, s. 586.

⁵³⁰ **Metzger**, genel olarak dijital içerik ve hizmetin elde edilmesine yönelik sözleşmenin ayrıca düzenlenmesi ihtiyacından bahsetmektedir. Ayrıca dijital içerik ve ürünlerin gün geçtikçe çevrimiçi olmayan hizmet ve ürünlerin yerini aldığı, bu durum gözetilmek suretiyle yeni düzenlemeler yapılması gerektiğini vurgulamıştır. Bkz. **Metzger**, JZ, s. 586. Çevrimiçi ürünleri konu alan sözleşme ilişkileri için Alman Medeni Kanunu'nun özel hükümler kısmına hüküm eklenmesinin en uygun ve kapsayıcı çözüm olduğu yönünde bkz. **Wendland**, s. 230. DCD-Dibace 24.

⁵³¹ DCD-Dibace 24.

⁵³² Bu yönüyle DCD'nin iç hukuka aktarılmasına yönelik önerilerden **Weller**'in görüşüyle kanun koyucunun iradesinin aynı yönde olduğu ifade edilebilecektir. Bkz. **Matthias Weller**, Digital Single Market, eds. Matthias Weller, Matthias Wendlands, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, s. 130 vd.

edilmektedir⁵³³. Bilakis sözleşmenin konusu dijital ürünler ise sözleşmenin türüne bakılmaksızın Alman Medeni Kanunu §§ 327 vd. hükümleri uygulanacaktır⁵³⁴. Bu kapsamda kanun koyucu tarafından çevrimiçi bir edimin ifasının ve bu borcun tabi olacağı esasların genel hükümler uyarınca düzenlenmesi yolunun tercih edildiği savunulabilecektir.

Bu çerçevede Alman Medeni Kanunu'nda yapılan değişiklikler, tıpkı bir para borcunun ifasındaki özellikli hallerin düzenlenme ihtiyacında olduğu gibi, çevrimiçi ürünlerin ifasındaki özellikli hallere ilişkin hükümler olarak ele alınmıştır. Böylece sözleşme ilişkisinin çevrimiçi bir ürünü konu alması halinde dahi yeniden isimlendirilmesine ihtiyaç bulunmadığı kanaatinin dolaylı olarak ifade edildiği tespit edilebilecektir⁵³⁵. Alman hukukunda yeni sözleşme tipi değil; tüm sözleşme tiplerine uygulanacak genel hükümler ihdas edildiği ifade edilmektedir⁵³⁶. Bu çerçevede ilgili sözleşme tipinin kendi kuralları ve diğer genel hükümler dijital ürün için özel olarak öngörülmüş bir hüküm bulunmadığı sürece uygulanmaya devam edecektir. Bu yaklaşım DCD'nin kendisiyle de uyumludur⁵³⁷. Avrupa Birliği düzeyinde tüketicinin

⁵³³ **Gerald Spindler**, "Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB", MMR, 2021, s. 451, çevrimiçi, BECK-ONLINE, 08.12.2021; **Christiane Wendehorst**, "Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte", NJW, 2021, s. 2913, çevrimiçi, BECK-ONLINE-07.12.2021 ("digitale Produkte"); **Judith Klink-Straub**, "Do ut des data-Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht", NJW, 2021, s. 3217, N. 2, çevrimiçi, BECK-ONLINE-07.12.2021; **Reiner Schulze**, Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Handkommentar, ed. Reiner Schulze, 11. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2021, Vorbemerkung zu §§ 327–327u, N. 3, çevrimiçi, BECK-ONLINE-07.12.2021. Böylece Direktif'in düzenleme sistemediğinin benimsendiğine işaret edilmektedir. Bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327, N. 2.

⁵³⁴ **Spindler**, s. 451, **Wendehorst**, digitale Produkte, s. 2913; **Klink-Straub**, s. 3217, N. 2; **Schulze**, Vorbemerkung zu §§ 327–327u, N. 3; **Grüneberg**, Grüneberg, BGB § 327, N. 10; **Metzger**, MüKo, BGB § 327, N. 2.

⁵³⁵ Ayrıca dijital ürünün ifasına yönelik sözleşmenin özel hükümleriyle (satış, kira, eser vb.) uygun düştüğü ölçüde Alman Medeni Kanunu'nda yer alan genel hükümlerin söz konusu ilişkiye uygulanmaya devam edeceği ifade edilmektedir. Bkz. **Schulze**, Vorbemerkung zu §§ 327–327u, N. 3.

⁵³⁶ **Wendehorst**, digitale Produkte, s. 2913. Bu sebeple dijital ürünlere ilişkin sözleşmelere uygulanacak hukukun tespitinde hala isimsiz sözleşmelere uygulanacak hukukun tespiti esaslarının dikkate alınacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Wendehorst**, digitale Produkte, s. 2913.

⁵³⁷ DCD *Dibace*-33 uyarınca da Alman hukukunda yapılan değişikliklerle paralel olarak çevrimiçi ürün teminine yönelik tüm sözleşmelere bu düzenlemelerin uygulanacağı hüküm altına alınmıştır (DCD-Dibace 33/3. cümle). *Dibace* 33 uyarınca DCD uyarınca bir sözleşme tipinin düzenlenmediği de ayrıca ifade edilmiştir. Bu yaklaşım dijital ürünün sözleşmeye konu edilmiş olması sebebiyle bir sözleşme tipi öngörülmediği çünkü sözleşmenin konusuna göre değil sözleşme konusuyla ne yapılacağı (borcun kapsamı) esas alınarak sözleşmenin nitelendirileceği gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bkz. **Faust**, A. 13 vd. Bu eleştiriye dair değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Johann Kindl**, "Verträge über digitale Inhalte-

korunması adına gerçekleştirilen düzenleyici faaliyetlerin ortak gayesi, tüketicinin taraf olduğu hukuki ilişkilerin niteliğinden bağımsız olarak bu konumuna yönelik bir koruma rejiminin inşasıdır⁵³⁸. Tüm bunların yanında ilişkinin, sözleşmenin konusunun değil; sözleşme taraflarının borçlarının kapsamı esas alınarak nitelendirilmesi gerekmektedir. Şu hâlde bir sözleşme ilişkisinin konusunu dijital bir ürünün oluşturması, tek başına bu sözleşme ilişkisinin bu özelliği dolayısıyla ayrıca nitelendirilmesini gerektirmez⁵³⁹.

Bu yaklaşım ekseninde kişisel veri karşılığı elde edilen menfaatin tabi olacağı sözleşme hükümleri, kişisel veri karşılığı hukuki ilişki için de geçerli olacaktır. Kişisel verinin karşı edim niteliği, söz konusu ilişkinin karakteristik edimi (*ilişkiye karakterini veren*) olarak ele alınmamaktadır. Bu sebeple bir sözleşmenin kişisel veri karşılığı hukuki ilişki niteliği, o sözleşmenin tekrar isimlendirilmesi ihtiyacını gündeme getirmediği yaklaşımının doktrin, yargı ve kanun koyucu nezdinde hâkim olduğu ifade edilebilecektir⁵⁴⁰.

Bununla birlikte doktrinde kişisel veri karşılığı kurulan sözleşme ilişkilerinin, söz konusu ilişkinin isimlendirilmesine etki ettiği de savunulmaktadır⁵⁴¹. Bu çerçevede ilgili kişinin rızasının lisans sözleşmesi unsurunu sözleşme ilişkisine dahil etmesi dolayısıyla dahil olduğu sözleşmeyi karma sözleşme niteliğine büründüreceği

Vertragsnatur und geschuldete Leistung”, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, eds. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell, Beate Gsell, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 67-68.

⁵³⁸ “Tüketiciler Birlik üyesi bir ülkeden dijital içerik veya dijital hizmet aldıklarında veya bunlara eriştiklerinde açık ve emredici nitelikte bu Direktif’te yer alan haklara sahip olmalıdırlar. Bu tür haklara sahip olmak, dijital içerik veya dijital hizmetler edinme konusunda tüketicilerin güvenlerini artırmalıdır.” (DCD-Dibace 8).

⁵³⁹ Bir sözleşmenin belirli bir sözleşme türü hükümleri uyarınca incelenmesi adına, esasen sadece sözleşmenin konusu olan şeyin ne olduğu değil, borçlunun borcunun konusunun ne olduğu önemlidir. Bkz. **Kindl**, s. 67.

⁵⁴⁰ Buna karşın özellikle sosyal ağ kullanım sözleşmeleri özelinde çift-tipli (kira ve hizmet sağlanması yahut bazen de kira ve satış) karma bir sözleşme ilişkisi (*Zwittervertrag*) olduğu yönünde bkz. **Bräutigam**, s. 639-640. Keza bir dijital içeriğin yahut hizmetin ani yahut sürekli edimli bir içerik yahut hizmet sunuluyor olması fark etmeksizin karşılığının kısmen yahut tamamen kişisel verilerin işlenmesiyle elde edilmesi halinde lisans sözleşmesi benzeri bir ilişkinin var olacağı ve taraflar arasındaki sözleşmedeki bedelin “atipik” kararlaştırılmış kabul edilmesi gerektiği bu sebeple de sözleşmenin karma sözleşme niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Specht**, JZ, s. 764.

⁵⁴¹ **Walker**, s. 176-182, özl. 179. *Walker*, meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanılarak gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerini de kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisi olarak ele aldığı için nitelendirmesi ekseninde veri işleme faaliyetinin hukuka uygunluk sebebinin meydana getireceği farka da yer vermiştir. Bkz. **A.e.**, s. 177.

ifade edilmektedir⁵⁴². Lisans sözleşmesi işlem hayatının ihtiyaçlarını karşılayan *sui generis* bir sözleşmedir⁵⁴³. Kişisel veri karşılığı menfaat elde edilen tüm hukuki ilişkiler geçerli savunulan bu görüş, sözleşmenin kişisel verilerin kullanılmasına rıza gösterilmesi boyutuyla lisans sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki haline büründüğü savunulmaktadır⁵⁴⁴. Nitekim lisans kelimesi, Latince izin, ruhsat, müsaade anlamına gelen “*licet*” kelimesinden gelmektedir ve ilgili kelime gayri maddi bir şeyin/değerin kullanılmasına müsaade edilmesi anlamını taşımaktadır⁵⁴⁵. Taraflar arasında ilişki sayısından bağımsız olarak kişisel verilerin işleniyor olması ve işlemeye rıza göstermenin bir edim olmasının sözleşme ilişkisinin isimlendirilmesinde göz önünde bulundurulduğu ifade edilebilir. Buna karşın sözleşme ilişkisinin isimsiz bir sözleşme olarak ele alınması sebebiyle bu nitelendirme tek başına ilişkinin tabi olacağı hükümlerin belirlenmesini sağlamaz. Nitekim doktrinde de lisans sözleşmesi benzeri bir hukuki ilişki nitelendirmesinin, ilişkiye uygulanacak hükümlerin belirlenmesinde tek başına yeterli olmadığına işaret edilmektedir⁵⁴⁶.

⁵⁴² *Walker* görüşlerinden şekliyle kişisel veri karşılığı dahil olunan ilişkide elde edilen karşı edim ekseninde bu ilişkinin kombine yahut çift tipli karma sözleşme olarak nitelendirilmesi gerektiği sonucuna ulaşılmaktadır. Bkz. **Walker**, s. 179-181.

⁵⁴³ **Walker**, s. 175. Lisans sözleşmesinin konusu ekseninde üçe ayıran görüş (fikri mülkiyetten doğan, kişilik değerlerini ve diğer mutlak hak olmayan gayri maddi hakları konu edinen sözleşmeler) ayrıca bkz. **Eva Inés Obergefell**, “Verträge über digitale Inhalte als Lizenzverträge, Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016-Band II/1 (Sitzungsberichte-Referate und Beschlüsse), München, C.H. Beck Verlag, 2017, K. 60.

⁵⁴⁴ **Bräutigam**, s. 640. Bu kapsamda İsviçre hukukundaki yaklaşım, gerek ZGB Art. 28 uyarınca gerekse DSG Art. 13/1 uyarınca rıza gösterilmesinin söz konusu olduğu ilişkilerin (kişilik hakkının kapsamında yer alan bir değeri konu alan sözleşmelerde verilen rıza), lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmesi yönündedir. Bkz. **Langhanke**, s. 175; **Weber, Henseler**, s. 338-339. İsviçre yargı kararlarında da bu yaklaşımın hâkim olduğu görülmekte ve taraflar arasındaki ilişkinin bir borçlar hukuku sözleşmesi olduğuna yönelik nitelendirmeler içeren yargı kararları bulunmaktadır. bkz. HGA, AGVE 1997, Nummer. 5, s. 38, naklen: **Langhanke**, s. 176, dn. 192. İlgili kararda lisans sözleşmesine dayanan bir rızanın söz konusu olduğu beyan edilmiştir. Bu yönüyle de sözleşme ilişkisinin karşılıklı borç doğuran niteliğinin de kabul edilmiş olduğu ifade edilebilecektir. Bkz. **Langhanke**, s. 177; **Weber, Henseler**, s. 339. Avusturya hukuku uyarınca da kişilik değerlerinin konu edildiği ilişkiler lisans sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Langhanke**, s. 168.

⁵⁴⁵ **Mary-Rose McGuire**, *Die Lizenz*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012, s. 31.

⁵⁴⁶ **Weber, Henseler**, s. 339; **Walker**, s. 175-176. *Weber ve Henseler*, ortak eserlerinde kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilere yönelik lisans sözleşmesi benzeri nitelendirmesinin yeterli olmadığı ve bu sebeple söz konusu ilişkiye, ilişkinin kapsamı, içeriği ve taraf iradesi de esas alınarak kira, satış ve ortaklık sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Weber, Henseler**, s. 339;

Bir ilişkinin lisans sözleşmesi olarak nitelendirmesi, o ilişkiye kanunda yer alan hiçbir sözleşme tipine dair hükümlerin doğrudan uygulanmasını temin etmez. Lisans sözleşmesi nitelendirmesinin tek başına bu sözleşmelere uygulanacak hukuka ilişkin soruyu kesin olarak cevaplamaktan ziyade genel hükümlerin sözleşme ilişkisine uygulanması adına bir köprü oluşturmaktadır⁵⁴⁷. Bu noktada veri karşılığı hukuki ilişkinin tipik bir lisans sözleşmesi olarak nitelendirilemeyeceğine de dikkat çekilmektedir⁵⁴⁸. Lisans sözleşmesinde kullanımın tipik karşılığı bir ücret ödenmesiyken veri karşılığı sözleşmelerde verilerin kullanılmasının karşılığı bir miktar paranın ödenmesi değildir⁵⁴⁹. Bir diğer ifadeyle tüketicinin edimi kişisel verilerin sağlanmasından oluştuğu anda, ilgili sözleşme kural olarak tek başına bir sözleşme olarak isimlendirilemeyecek atipik bir karakter kazanmaktadır⁵⁵⁰. Bu ihtimalde uygulanacak hukukun belirlenmesi adına karma sözleşmeler için takip edilen yöntem yol gösterici olacaktır⁵⁵¹.

ii. Taraflar Arasında Birden Fazla Hukuki İlişki Bulunduğu İhtimalde

Sadakat kart sistemleri temelde, mevcut, müstakbel yahut muhtemel müşteriyle birden çok hukuki ilişki kurulması ümidine dayanır. Bu kapsamda kişinin bir üyelik sistemine dahil edilip kişisel verileri işlenmekte ve bu işleme faaliyetine rıza göstermesi sayesinde kişi alelade müşterilerden farklı ve avantajlı bir konuma erişmektedir. Örneğin bir süpermarket üyelik kartına sahip olduğu için haftalık seçili ürünlerde %10 indirim hakkı, kart sistemine dahil olarak kişisel verilerinin

⁵⁴⁷ Walker, s. 176.

⁵⁴⁸ Walker, s. 178-179.

⁵⁴⁹ Bir adım ilerisinde dijital ürünün, veri karşılığı kullanılması halinde iki lisansın karşılıklı sağlanması söz konusudur. Bkz. Walker, s. 178.

⁵⁵⁰ Walker, s. 179.

⁵⁵¹ Walker, s. 179-180. Walker, Alman hukuku için hâkim görüş olarak nitelendirdiği görüş çerçevesinde karma sözleşmeler için somut olayın özellikleri, taraf iradeleri göz önünde bulundurularak her bir edim için ilgili yasal sözleşme türünün hükümlerinin uygulanması, bir çatışma durumundaysa ilişkinin hukuki veya ekonomik odağını oluşturan sözleşme türünün hükümlerinin uygulanmasını savunmaktadır. Bkz. Walker, s. 180. Buna göre dijital ürünlerde Walker, girişimcinin edimi için hizmet sağlanması (“Dienstvertrag”) hükümlerini, ilgili kişi yönünden ise kira sözleşmesi (özellikle ürün kirası) hükümlerini önermiştir. Bkz. Walker, s. 180-181. Buna ek olarak lisans sözleşmesinin genel çerçevesinin çizilmesi adına BGB’nin genel hükümler kısmında bir düzenleme önerisinde bulunmaktadır. Bkz. Obergfell, K. 67 vd.; Walker, s. 181.

işlenmesine rıza gösterilmesi sonucu elde edilen bir menfaattir. Bu takdirde taraflar arasında birden fazla hukuki ilişki vardır⁵⁵².

Verilen örnekten hareket edilecek olursa taraflar arasındaki satış sözleşmesinin tabi olacağı hükümlerin belirlenmesiyle ilgili bir hukuki sorun çoğu zaman söz konusu olmayacaktır. Bununla birlikte müşteri sadakat kart uygulamalarının, müşteriyle kurulacak diğer hukuki ilişkilerle arasındaki bağın hukuken nitelendirilmesi gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle öncelikle bu hukuki ilişkilerin bir bileşik sözleşme olup olmadığı tespit edilmelidir. Bağımsızlıklarını koruyan ve fakat varlıkları ve geçerlilikleri birbirlerine bağlı olan sözleşme ilişkileri bileşik sözleşme olarak (sözleşme birlikleri) isimlendirilir⁵⁵³. Söz konusu sözleşme ilişkilerinin bağımsızlığına hanel gelmediği için her bir sözleşme ilişkisi kural olarak kendisi için öngörülmüş esaslara tabi olmaya devam edecektir⁵⁵⁴. Kişisel veri karşılığı kurulan üyelik sözleşmelerle sonrasında müşteriye sunulan cazip teklifler içeren diğer hukuki ilişkiler arasındaysa bileşik sözleşmede söz konusu olduğu şekliyle bir kader birliği mevcut değildir. Kaldı ki kural olarak bileşik sözleşme vasfının, kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiye uygulanacak hükümler üzerinde de bir etkisi yoktur⁵⁵⁵.

Sadakat kart uygulamalarında veri işleme faaliyetini “*ifaya yardımcı bir yan yükümlülük*” olarak nitelendiren görüşe iştirak edebilmek mümkün görünmemektedir⁵⁵⁶. Bu görüşü savunanlar tarafından da isabetli şekilde tespit edildiği üzere taraflar arasındaki ilişki bir üyelik ilişkisidir⁵⁵⁷. Bu ilişkinin özelliğiye kişiye kişisel veri karşılığı özel fırsatlar sunulmasıdır. Kişisel verilerin işlenmesine

⁵⁵² Uygulamada sadakat kart sistemine dahil birden fazla firma (işletme-kişi) de söz konusu olabilir (bir markanın bayileri yahut farklı markaların ürünlerinin bir arada yer aldığı büyük alışveriş merkezleri gibi). Bu durumda veri karşılığı hukuki ilişkinin tarafı ile satış yahut sair edim içeren sözleşme ilişkisinin tarafı farklı kişilerden oluşacaktır (tüketici karşısında).

⁵⁵³ Oktay, s. 275; Kuntalp, s. 103; Gröschler, § 311, N. 36.

⁵⁵⁴ Oktay, s. 275; Kuntalp, s. 103; Huguenin, Purtschert, CHK- OR 184-Vorb 184 ff, N. 30; Amstutz, Morin, BSK-OR-I, Einleitung vor Art. 184 ff., N. 50 vd.

⁵⁵⁵ Bileşik sözleşmelere uygulanacak hukukun belirlenmesinde, sözleşmelerden ağırlık noktası olan ilişkinin tespit edilip o sözleşmenin kurallarının ilişkiye uygulanması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Marc Amstutz, “Vertragskollisionen-Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung”, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts-Festschrift für Heinz Rey, eds. Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zäch, Dieter Zobl, Schulthess, Zürich, Schulthess, 2003, s. 170 vd. Ayrıca bkz. BGE 115 II 452.

⁵⁵⁶ Taştan, s. 109.

⁵⁵⁷ Taştan, s. 109.

rıza gösterilmesi bu sözleşme ilişkisinde müşterinin karşı edimidir. Söz konusu ilişkinin esaslı unsuru veri işlenmesiyle indirim ve avantaj sağlanmasıdır⁵⁵⁸.

İfaya yardımcı nitelikteki yan yükümlülükler, borç ilişkisine (sözleşmeye) karakteristik özelliklerini kazandıran aslî edim yükümlülüğünün tam ve doğru bir biçimde gerçekleştirilmesine hizmet ederler⁵⁵⁹. Ancak burada veri işleme faaliyeti, sözleşme ilişkisinde girişimcinin ifa menfaatinin kendisidir. Bir diğer ifadeyle indiriminden yahut avantajlardan istifade edebilmenin yolu/karşılığı, kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesidir⁵⁶⁰. Bu sözleşme ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi, girişimcinin gerçekleştireceği işleme faaliyetini hukuka uygun kılacaktır⁵⁶¹.

Buna ek olarak veri işleme faaliyetinin yan edim olarak nitelendirildiği hallerde ifanın gerçekleştirilebilmesi için gerekli bir veri işleme faaliyeti söz konusu olacaktır ki bu durumda hukuka uygun veri işleme faaliyeti için ayrıca rıza alınmasına gerek yoktur⁵⁶². Bu ihtimalde veri işleme, girişimcinin asıl borcunun ifası için gerekli bir veri işleme faaliyeti olarak nitelendirilecektir⁵⁶³. Bu hal ayrı bir hukuka uygunluk sebebi olarak öngörülmüştür ki bu sebep veri işlemenin sözleşmenin kurulması ve ifası için gerekli olması hukuka uygunluk sebebidir⁵⁶⁴. Sadakat kart uygulamalarındaysa bu durumun aksine indirim ve avantajların sebebi bunun karşılığı olarak veri işlenmesine rıza gösterilmesidir⁵⁶⁵. Girişimcinin iradesi, kural olarak yasak olan veri işleme faaliyetini ilgili kişinin açık rızasıyla hukuka uygun hale getirmek ve veri işleme faaliyetinden ekonomik kazanç elde etmektir. Bu

⁵⁵⁸ Sadakat kart uygulamalarında kişisel verinin karşı edim olduğu ve taraflar arasında iki tarafa borç yükleyen sinallagmatik bir sözleşme ilişkisi olduğu yönünde bkz. **Buchner**, DuD, s. 39; **Rogosch**, s. 44, **Langhanke**, s. 131.

⁵⁵⁹ **Kuntalp**, s. 140-141; **Eren**, Genel, N. 102.

⁵⁶⁰ Aynı yönde ayrıca bkz. **Leinemann**, s. 102-104.

⁵⁶¹ Sadece kişisel verilerin girişimcinin erişimine açılması değil, bu verilere yönelik belirli bir amaç kapsamında gerçekleştirilecek işleme faaliyetine rıza göstermesi söz konusudur. Bkz. **Langhanke**, **Schmidt-Kessel**, s. 220.

⁵⁶² **Bijok**, s. 324-325.

⁵⁶³ Söz konusu gereklilik sözleşmenin özellikleri dikkate alınarak (objektif ölçütler ekseninde) belirlenecektir. Bkz. **Bijok**, s. 325, 361. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/IV./B./1.

⁵⁶⁴ Bununla birlikte sözleşmenin kurulması için gerekli olan veri işleme faaliyetleri yönünden bu hukuka uygunluk sebebine dayanılabilmekle birlikte bu tür işleme faaliyetlerinin yan yükümlülük olarak nitelendirilmesi mümkün değildir. bkz. BGH, Urt. v. 16. 10. 2012 – X ZR 37/12 (LG Dresden), NJW, 2013, s. 598, çevrimiçi, BECK-ONLINE-02.2021; **Bijok**, s. 327.

⁵⁶⁵ **Bijok**, s. 323.

sebeple veri işleminin ilgili kişinin asli edim yükümlülüğü olarak nitelendirilmesi gerekmektedir⁵⁶⁶.

Sonuç itibarıyla kişisel verilerin bizatihi kendisinin sözleşmeden doğan bir yükümlülüğün konusunu oluşturması doğrudan bu borcun alacaklısına işleme faaliyeti için bir hukuki dayanak sunmayacaktır. İlgili kişinin rızası işlemeyi hukuka uygun hale getirecektir⁵⁶⁷. Şu hâlde işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesine yönelik ilgili kişinin beyanı, borcun ifasının bizatihi kendisidir. Buna dayanarak gerçekleştirilen işleme faaliyeti ise karşı tarafın/girişimcinin ifa menfaatidir.

iii. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmenin Her Halükârda Vekâlet Sözleşmesi Hükümlerine Tabi Olduğu Görüşü

Kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterildiği her ihtimalde taraflar arasındaki ilişkiye vekâlet sözleşmesi hükümlerinin kıyasen uygulanması önerilmektedir⁵⁶⁸. Ancak taraflar arasındaki ilişkinin vekâlet sözleşmesi esasları uyarınca ele alınması mümkün değildir. Öncelikle vekil, müvekkil yararına hareket eder. Her ne kadar kişiselleştirilmiş kullanım deneyimi sunulması, ilgili kişinin de menfaatine olsa girişimci temelde bir vekil için kabul edilemeyecek ölçüde kendi çıkarı için veri işlemektedir⁵⁶⁹. Taraflar arasında kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi yönüyle vekâlet ilişkisi bulunduğu kabul edilmesi halinde vekilin sorumluluk esasları, girişimcinin durumuyla ve konumuyla uyuşmayacaktır⁵⁷⁰. Bunun yanında vekil işten elde ettiği menfaatleri, müvekkile iade borcu altındadır. Ancak girişimcinin böyle bir iade borcunun söz konusu olması dahi düşünülemez. En nihayetinde vekilin işi görmek üzere gerçekleştirdiği masrafların, müvekkil tarafından vekile ödenmesi gerekir ki kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde böyle bir ödeme yükümlülüğünün kararlaştırılması söz konusu değildir⁵⁷¹.

⁵⁶⁶ **Bijok**, s. 323-324 ve 360.

⁵⁶⁷ **Bijok**, s. 323.

⁵⁶⁸ Söz konusu görüş her halükârda taraflar arasında iki ayrı hukuki ilişki bulunduğu ve kişisel veri işleme faaliyetine yönelik sözleşmenin bu nitelikte olduğunu savunur. Görüşün ayrıntısı için bkz. **Leinemann**, s. 110 vd.

⁵⁶⁹ **Leinemann**, s. 111.

⁵⁷⁰ **Leinemann**, s. 111.

⁵⁷¹ **Leinemann**, s. 111.

Taraflar arasında kişisel verilerin işlenmesi ve bu işleme faaliyetinden hem verileri işlenen kişinin hem de girişimcinin menfaat elde etmesi esasına dayanan bir hukuki ilişki bulunmaktadır. Bu hukuki ilişkinin TBK m. 502/2 uyarınca bir iş görme ilişkisi olarak nitelendirilmesi kıyasen de olsa niteliğine uygun düştüğü ölçüde vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanmasını beraberinde getirecektir. Ancak açıklandığı üzere taraflar arasındaki ilişkinin niteliği vekâlet sözleşmesinin esaslarına uygun düşmez. Bu sebeple sözleşme ilişkisinin bu atıf doğrultusunda vekâlet sözleşmesi hükümlerine tabi tutulması da mümkün görünmemektedir.

b. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkilerin Sürekli Borç İlişkisi Doğuran Niteliği

Sürekli borç ilişkileri, tek seferde yerine getirilecek edimler içermeyen öyle ilişkilerdir ki bu hukuki ilişki kapsamında az yahut çok devam edecek bir zaman dilimi içerisinde ya belirli bir davranışı sürdürülür veya münferit dönemli edimler aralıklarla yerine getirilir⁵⁷². Bu tür ilişkilerde zaman unsuru ön plana çıkmaktadır⁵⁷³. Taraflardan birinin ifa menfaatinin bir zaman aralığına yayılmış olduğu takdirde söz konusu hukuki ilişkinin sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilecektir⁵⁷⁴.

Bir edimin ani yahut sürekli niteliğinden bağımsız olarak karşılığının kısmen yahut tamamen kişisel verilerin işlenmesiyle elde edilmesine yönelik sözleşmelerde, girişimcinin zamana yayılmış bir ifa menfaati söz konusudur⁵⁷⁵. Taraflar arasındaki ilişkide kişisel veri işleme faaliyetinin süreklilik arz eden karakteri gereği, ilişki de girişimcinin edim yükümlülüğü ani bir ürün sunmak olsa da sürekli borç doğuran bir

⁵⁷² Bkz. **Peter Gauch**, System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg (Schweiz), Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968, s. 8; **Özer Seliçi**, Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976, s. 4; **Hartmut Oetker**, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (Jus privatum; Band 9), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994, s. 66 vd.; **Barış Demirsatan**, Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 73.

⁵⁷³ **Seliçi**, s. 5.

⁵⁷⁴ **Seliçi**, s. 8 vd.; **Oğuzman, Öz**, N. 169.

⁵⁷⁵ **Bräutigam**, s. 640; **Metzger**, AcP, 837; **Specht**, JZ, s. 764; **Bijok**, s. 330. Avusturya hukuku bakımından da aynı yönde nitelendirme için (taraflar arasındaki ilişkinin sürekli borç ilişkisi olduğu yönünde) bkz. **Reimer**, s. 177. *Reimer*'in bu ifadelerine atfen (süreklilik arz eden ilişki) rızanın sözleşme ilişkisiyle birlik arz ettiği şeklinde ele aldığı dolaylı olarak da olsa savunulmuştur. Bkz. **Langhanke**, s. 169. Kanaatimizce borç ilişkisinin süreklilik arz eden karakterinin kabul edilmesi, rızanın, sözleşmeyle tek bir hukuki işlem olarak ele alınması olarak yorumlanamaz.

hukuki ilişki olarak nitelendirilecektir⁵⁷⁶. Bu sebeple kişisel verilerin konu edildiği hukuki ilişkiler, aynı ürünün para ödenerek elde edildiği hukuki ilişkilere nazaran farklıdır, “*atipik*”tir⁵⁷⁷. Para karşılığı kurulmuş hukuki ilişki/ilişkiler için öngörülmüş esasların kişisel veriler için tam bir uyumla uygulanabilmesi mümkün değildir⁵⁷⁸.

c. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Tüketici İşlemi Niteliği⁵⁷⁹

Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerini çevrimiçi ürünler boyutuyla düzenleyen DCD uyarınca tüketici-“*consumer*” kavramıyla veri koruma hukuku uyarınca ilgili kişi-“*data subject*” kavramı hemen her durumda aynı kişiye tekabül etmektedir⁵⁸⁰. Tüketicie yönelik ürünlerin giderek daha fazla veriyle bütünleşmiş hale gelmesiyle, birçok veri koruma sorunu da tüketici hukuku sorunu olmaya başlamıştır⁵⁸¹. Nitekim gerek Alman Medeni Kanunu ve Avusturya hukuku uyarınca gerçekleştirilen değişiklikler tüketici işlemlerine yönelik hükümlerde vücut bulmuştur⁵⁸². Kişisel veri karşılığı kurulan hukuki ilişkileri Avrupa Birliği düzeyinde ele alan DCD uyarınca “tüketicinin (*consumer*)” kişisel verilerini paylaşmasından

⁵⁷⁶ *Specht*, kişinin resmi üzerindeki haklarına yönelik lisans tanınması ile kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın alınmasının birbirine paralel ele alınması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. *Specht*, JZ, s. 764. Nitekim bu hukuki ilişki Alman Federal Mahkemesi tarafından sürekli borç ilişkisi olarak nitelendirilmiştir. Bkz. Nena, GRUR, 1987, s. 128; Almanya, hukuku uyarınca da kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin sürekli borç ilişkisi meydana getirdiği yönünde bkz. *Reiner Schulze*, “Datenschutz und Verträge über digitale Inhalte”, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, eds. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell, Beate Gsell, Baden-Baden, Nomos, 2018, s. 137, (“Datenschutz”); *Langhanke*, s. 131 (yazar aynı kabulün Avusturya hukuku için de geçerli olduğunu ifade etmektedir); *Walker*, s. 169; *Metzger*, MüKo, BGB § 327q, N. 1. İsviçre hukuku yönünden aynı yönde nitelendirme için ayrıca bkz. *Weber, Henseler*, s. 339.

⁵⁷⁷ *Specht*, JZ, s. 764-765; *Bijok*, s. 331. Diğer gerekçelerin yanında (kişisel verinin ve rızanın hukuki niteliğinden ileri gelen sebepler) satış ve takas sözleşmesi hükümlerinin veri karşılığı hukuki ilişkiye sürekli borç doğuran niteliği gereği uygulanamayacağı yönünde bkz. *Walker*, s. 169-170.

⁵⁷⁸ Bkz. Üçüncü Bölüm/II.

⁵⁷⁹ Bilgi toplumu hizmetlerinden tüzel kişilerin yahut gerçek kişi tacirlerin de ticari yahut mesleki faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere yararlandıkları bilenen bir gerçektir. Ancak bu ihtimal bu çalışmanın inceleme konusu dışında bırakılmıştır. Bu çerçevede özellikle sosyal medya hesaplarının ürün tanıtımı yahut satış için kullanıldığı hallerde kullanıcı ile sosyal medya platformu arasındaki ilişki, tez kapsamının dışındadır.

⁵⁸⁰ *Matilde Ratti*, “Personal-Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common?”, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?*, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, s. 378; *Efroni*, *Data-Paying*, s. 806.

⁵⁸¹ *Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna*, s. 1428.

⁵⁸² Bkz. İkinci Bölüm/III./A./2. ve 3.

bahsedilmektedir⁵⁸³. Bu nitelendirmenin bir sonucu olarak tüketici işlemlerine yönelik öngörülmüş bulunan koruma sistemi, kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler için de geçerlidir⁵⁸⁴.

BGB § 312 hükmünün kapsamına yönelik açıklamalarda temas edildiği üzere Türk hukukunda tüketici işleminin kapsamı mümkün olduğunca geniş tutulmuş⁵⁸⁵ ve parasal bir ücret değil bir menfaat karşılığı kurulan hukuki ilişkiler de tüketici işlemi olarak tanımlanmıştır⁵⁸⁶. Kanun koyucunun iradesi tüketici işleminde sözleşmenin konusundan bağımsız olarak tarafların konumu ve işleme taraf olma iradesini esas alarak bir nitelendirme yapılması yönündedir. Bu noktada ticari yahut mesleki amaçlarla hareket etmeyen ilgili kişilerin taraf olduğu veri karşılığı hukuki ilişki, tüketici sözleşmesi olacaktır. Bununla birlikte çevrimiçi dünyanın yeni sorunlarına çözüm bulunması ve özellikle yeknesak bir hukuk düzeninin Avrupa Birliği düzeyinde sağlanması için veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin bir türü ayrıca düzenlenmiştir.

DCD'nin ilk teklif metinde belirtildiği gibi 2015 yılı için işletmecilerin çoğu (KOBİ niteliğindeki işletmeler) ulusal düzenlemelerin farklılıkları sebebiyle uluslararası yatırımlar ve ilişkilere dahil olmaktan imtina etmektedir. Bu teklifin (DCD önerisi) amacı, girişim-dostu bir ortam yaratmak ve işletmelerin, özellikle KOBİ'lerin sınır ötesi satış yapmasını kolaylaştırmaktır. İşletmelere yasal kesinlik verilmeli ve kendi iç pazarları dışında mal ve dijital içerik satarken farklı ulusal yasalardan kaynaklanan gereksiz maliyetlerden kaçınılmalıdır⁵⁸⁷. DCD'in ilk maddesinde de düzenlemenin amacı olarak çevrimiçi içerik veya çevrimiçi hizmetlerin (ürün) tedariki için girişimci ve tüketiciler arasındaki sözleşmelere uygulanacak ilişkinin niteliği gereği ayrıca düzenlenmesi uygun düşen ortak kurallar

⁵⁸³ İkinci Bölüm/III./A./1.

⁵⁸⁴ Aynı yönde bkz. **Akkanat**, Direktif, dk. 2:45:02. Bu noktada sadece Türk hukukunda gerçek kişiler dışında tüzel kişilerin de tüketici vasfını taşıyabileceği atlanmamalıdır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun uyarınca bir sözleşme ilişkisinde “ticari veya mesleki olmayan amaçlarla hareket eden gerçek veya tüzel kişi” tüketici (TKHK m. 3/k.) olarak tanımlanmıştır.

⁵⁸⁵ Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı ile Sanayi, Ticaret, Enerji, Tabii Kaynaklar, Bilgi ve Teknoloji Komisyonu Raporu, TBMM, Yasama Dönemi: 24, Yasama Yılı: 3, Sıra Sayısı: 490, s. 10, çevrimiçi, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Kanunlar> -18.01.2022.

⁵⁸⁶ Bkz. İkinci Bölüm/II./C./a.

⁵⁸⁷ 2015/0287(COD)-Dibace 14, COM(2015) 634-final, 2015/0287(COD), 09.12.2015.

öngörerek yüksek düzeyde tüketici koruması sağlayıp iç pazarın düzgün işleyişine katkıda bulunmak gösterilmiştir⁵⁸⁸.

Bu yönüyle veri karşılığı hukuki ilişkilerin bir türü olan çevrimiçi bir ürünlerin konu edildiği sözleşme ilişkilerinin ayrıca düzenlenmesinin sebebi bu hukuki ilişkilerin tüketici işlemi olarak nitelendirilmesi önündeki engelleri ortadan kaldırmak değildir⁵⁸⁹. Bilakis tüketici işlemi olan bu işlemler için Birlik düzeyinde yeknesak esasların öngörülmesi, böylece tüketicilerin daha iyi korunması⁵⁹⁰ ve bu ilişkilere özgü birtakım hukuki sorunların çözüme kavuşturulmasıdır⁵⁹¹. DCD, dijitalleşmenin zorlukları dikkate alınarak iç pazarın (Birlik) oluşturulması için öngörülmüş ilk yasal sınırlardan biri olarak nitelendirilmektedir⁵⁹².

Tüm bunlara ek olarak TKHK m. 3/1/l. uyarınca tanımlanmış bulunan “mal” kavramının “*elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri her türlü gayri maddi*” şeyleri kapsamına aldığı dikkate alındığında DCD Art. 3/1’de tanımlanan çevrimiçi içeriğin de mal olarak nitelendirilmesi mümkündür. Aynı şekilde TKHK m. 3/1/d’de yer alan hizmet tanımının da çevrimiçi hizmetleri kapsamına aldığı ifade edilebilecektir⁵⁹³. Bu yönüyle Türk hukukunda veri karşılığı

⁵⁸⁸ DCD-Art. 1/1. Amaç hükmünün DCD’nin yorumlanması (özellikle tarafların hak ve borçlarının belirlenmesinde) adına mutlak suretle göz önünde bulundurulması gerektiği yönünde bkz. **Reiner Schulze**, EU Digital Law-Article-by-Article Commentary, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, Art. 1, N. 3 (“Commentary”).

⁵⁸⁹ Veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden Alman hukukundaki tartışmalar için (verinin karşı edim niteliği üzerinden) bkz. **Leinemann**, s. 121 vd. Söz konusu tartışmaların temelinde ise Alman hukukunda tüketici işleminin tanımında yine kaynak Avrupa Birliği direktifi ile uyumlu olmadığı ifade edilen “tüketicinin bir ücret ödeme borcu altında (*entgeltliche Leistung*)” olması şartının yer almasıdır (bkz. § BGB 312/1). DCD’nin çevrimiçi ürünleri konu alan ilişkiler adına üye ülkelerin tüketici mevzuatındaki yetersizlikleri (eksikleri) gidermeye yönelik olduğuna dikkat çekilmektedir. **Schulze**, Commentary, 2019/770 Art. 1, N. 8; DCD-Dibaces 3-4. Bu takdirde ilgili işlemlerin tüketici niteliği üzerinde tereddüt olmadığını ifade etmek uygun olacaktır.

⁵⁹⁰ **Schulze**, 2019/770 Commentary, Art. 1, N. 1. Nitekim *Dibace 5* uyarınca sınır ötesi işlemlerde tüketici güveni ve yasal belirlilik eksikliğini, iç pazarda dijital ekonominin gelişimi için kilit bir sorun olduğunun altı çizilmiştir. Bkz. DCD-Dibace 5.

⁵⁹¹ **Schulze**, 2019/770 Commentary, Art. 1, N. 2.

⁵⁹² **Schulze**, 2019/770 Commentary, Art. 1, N. 7. Kaldı ki DCD’nin ismiyle de ortaya konulduğu üzere DCD uyarınca çevrimiçi ürünlerin konu edildiği sözleşme ilişkilerinin tamamına yönelik bir düzenleme iddiası yoktur. Aksine bu tür ilişkilerin belirli yönlerini düzenlenmektedir (özellikle girişiminin borca aykırılığında tüketicinin hakları). Bkz. **Schulze**, 2019/770 Commentary, Art. 1, N. 14. **Schulze**, bu düzenleme esasının, düzenlemenin amacına ulaşmasını zorlaştırdığına işaret etmektedir. Bkz. **Schulze**, 2019/770 Commentary, Art. 1, N. 19.

⁵⁹³ Bu kapsamda DCD uyarınca hizmet ve içerik olarak ayrı iki kavrama yer verilmiş olmasına rağmen esasında hizmetin içeriği de kapsadığı ifade edilmektedir. Bkz. **Metzger**, MüKo,

hukuki ilişkilerin bir görünümü olan çevrimiçi içerik yahut hizmetin sağlanmasına yönelik sözleşmelerin tüketici işlemi olduğu hususunda tereddüt edilmemelidir.

Veri karşılığı elde edilen menfaat, bir indirim imkânıysa yine bu sözleşmeler de tüketici işlemidir. Bu ihtimalde sadakat kart sistemine dahil olunması sebebiyle bir mal yahut hizmet tüketiciye daha cazip imkânlarla sunulmaktadır. Bunun dışında veri karşılığı elde edilen menfaat taşınır bir eşya (kahve, kıyafet vs.) yahut bir hizmet ise (güzellik salonundan veri karşılığı yararlanmak vb.) bu işlemlerin tüketici işlemi niteliğiyle ilgili bir tartışma söz konusu olmayacaktır. Tüketici işlemi, sözleşme serbestisi sınırları içerisinde gerçekleştirilebilecek her türlü sözleşme için gündeme gelebilecek bir nitelendirmedir (TKHK m. 3/1/1)⁵⁹⁴. Türk hukukunda tarafı olunan ilişkinin niteliği yahut ismi ne olursa olsun tüketicinin ifa ile yükümlü olduğu edimin para olması (ücret) şartı da bulunmamaktadır⁵⁹⁵. Sonuç itibarıyla tüketici hukuku düzenlemelerinin amacı ayrı sözleşme ilişkilerinin düzenlenmesi değil tüketicinin taraf olduğu ilişkinin niteliğinden bağımsız olarak konumu gereği her sözleşmede korunmasıdır⁵⁹⁶. Bu sebeple daha önce de temas edildiği üzere tüketici ve veri koruma hukukuna bütüncül yaklaşılması ("*holistic approach*") gerekliliği de ayrıca

BGB § 327, N. 8. Nitekim DCD'nin taslak metninde dijital içerik, hizmetin bir türü olarak düzenlenmişti. Bkz. Art. 2 Nr. 1, COM(2015) 634 final. Keza Avrupa Birliği hukuku uyarınca da hizmet, bir mal yahut sermaye teşkil etmeyen bir bedel karşılığı sunulan her türlü gayri maddi şey olarak tanımlanmaktadır. Bkz. The Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE), Art. 57/2; 2006/123/EC, Art. 4/1. Bu sebeple DCD uyarınca hizmet kavramı faaliyetle ilgili hizmetlerle sınırlandırılması, içeriğin kalıcı veya geçici olarak iletilmesini veya kullanıma sunulmasını amaçlayan hizmetler ise dijital içerik olarak sınıflandırılması önerilmektedir. Bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327, N. 8. Bununla birlikte TKHK uyarınca yer verilmiş olan hizmet kavramı, geniş anlamıyla kullanılmıştır.

⁵⁹⁴ **Wendehorst**, BGB § 312, N. 10.

⁵⁹⁵ Bir işlemin tüketici işlemi olarak nitelendirilebilmesi adına dikkate alınacak ölçüt işlemin kimler arasında kurulmuş olduğudur. Bkz. **Sezer Çabri**, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021, s. 74 (Türk hukuku); BGB § 312 hükmünde 01.01.2022 tarihli değişiklikten önce aynı yönde bkz. **Wendehorst**, BGB § 312, N. 37. Hükmün (01.01.2022'den önceki lafzı itibarıyla) eleştirisi için ayrıca bkz. **Martin Schmidt-Kessel**, "Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung", 2013, s. 3 vd., çevrimiçi, https://www.schmidt-kessel.uni-bayreuth.de/pool/dokumente/gutachten_stellungnahmen/Stellungnahme_VRRL.pdf - 24.01.2022, ("Stellungnahme").

⁵⁹⁶ TKHK m. 1: "Bu Kanunun amacı; kamu yararına uygun olarak tüketicinin sağlık ve güvenliği ile ekonomik çıkarlarını koruyucu, zararlarını tazmin edici, çevresel tehlikelerden korunmasını sağlayıcı, tüketiciyi aydınlatıcı ve bilinçlendirici önlemleri almak, tüketicilerin kendilerini koruyucu girişimlerini özendirmek ve bu konulardaki politikaların oluşturulmasında gönüllü örgütlenmeleri teşvik etmeye ilişkin hususları düzenlemektir." TKHK m. 2: "Bu Kanun, her türlü tüketici işlemi ile tüketiciye yönelik uygulamaları kapsar."

vurgulanmaktadır⁵⁹⁷. Veri koruma hukukunun en önemli amaçlarından biri de ilgili kişinin bilgi asimetrisi sebebiyle sömürülmesinin önüne geçilmesidir (“*fair processing*”)⁵⁹⁸. Bu sebeple şeffaflık, birçok veri koruma düzenlemesinin temelinde yer alan ilkedir⁵⁹⁹. Tüketici hukuku ise sözleşme ilişkilerinde adaleti temine hizmet etmektedir (“*fair contracting*”)⁶⁰⁰.

Sonuç olarak daha önce de zikredildiği üzere tüketici işlemleri için öngörülmüş bulunan temel ilkeler (TKHK m. 4), haksız şart (TKHK m. 5) ve genel işlem koşulu denetimi, düzenlemelerin tüketici aleyhine değiştirilmesinin mümkün olmadığı -nisbi emredici-, geçersizliğin tüketici aleyhine ileri sürülememesi gibi yerleşik koruma mekanizmalar, kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin hemen hepsi için de geçerlidir⁶⁰¹. Bu kapsamda örneğin haksız şart hükmü uyarınca öngörülen bilgi verme yükümlülüğünün gereği gibi ifa edilmediği hallerde, bunun sonuçları veri karşılığı ilişkiler için de geçerlidir⁶⁰². Kişisel veri karşılığı ilişkilerde bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmemiş olması, sözleşme ilişkisinin geçerliliğine doğrudan etki edecektir⁶⁰³ ki bu sonucun tüketici hukuku uyarınca da sağlanması yapılabilecektir⁶⁰⁴.

⁵⁹⁷ Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna, s. 1430; Mačėnaitė, s. 368; Ratti, s. 378.

⁵⁹⁸ Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna, s. 1435.

⁵⁹⁹ Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna, s. 1435.

⁶⁰⁰ Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna, s. 1427-1428. Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna, tarafından savunulduğunun aksine tüketicinin korunması hukukunun da anayasal dayanağı bulunmaktadır; çünkü tüketicinin korunması sözleşme özgürlüğünün korunmasına hizmet etmektedir. Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna, s. 1435. Nitekim Avrupa Birliği Temel Haklar Çarteri uyarınca (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) da tüketicinin korunması üye devletlerin yükümlülüğü olarak sayılmıştır. Bkz. CFR, Art. 38.

⁶⁰¹ Veri temelli iş modelleri için hem haksız şartlara ilişkin esaslar hem de haksız ticari uygulamalara yönelik esaslar uygulanacaktır. Bkz. Helberger, Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna, s. 1439 vd.

⁶⁰² Helberger, Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna, bu durumu tüketici hukukunun, veri koruma hukukundaki boşlukları doldurması olarak ele alınmaktadır. bkz. Helberger, Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna, s. 1440.

⁶⁰³ Helberger, Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna, s. 1441. Yazarlar aynı zamanda sözleşmenin veri karşılığı yahut ücretli niteliğinden bağımsız olarak veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş kıstaslar aynı zamanda sözleşmeye uygun ifanın gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğinin tespit edilmesinde rol oynayacağını da savunmaktadır. Bkz. Helberger, Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna, s. 1441.

⁶⁰⁴ Ancak *Bundeskartellamt*, şeffaflığın sağlanmasının *Facebook* kararında kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde para karşılığı ilişkilerle nazaran tüketici nezdinde sonuçlarının idrak edilmesi, işlem koşullarının ölçülüp-biçilmesi (değerlendirilmesi) ve anlaşılabilirlik yönünden daha zor olduğunu ifade etmiştir. Bkz. *Bundeskartellamt*, Facebook, N. 570-571.

Veri korunma hukuku uyarınca mahremiyetin korunmasıyla tüketicinin korunması aynı amaca hizmet etmektedir ki o da irade özgürlüğüdür (“*Privatautonomie*”)⁶⁰⁵. İki hukuk alanının temel amacı şeffaflığın sağlanması ve zayıf konumda olanın korunmasıdır. Ancak bu iki hukuk alanına ilişkin kurallar, birbiriyle bu yakınlıkları göz ardı edilerek düzenlendiği için aralarında uyumsuzluklar da mevcuttur⁶⁰⁶. Bir adım daha ilerisinde veri koruma hukuku esaslarının birtakım hallerde tüketici hukuku esaslarıyla çelişki içerisinde olduğu⁶⁰⁷ birtakım hallerde ise tekrar mahiyetinde olduğu⁶⁰⁸ ileri sürülmektedir⁶⁰⁹. Ayrıca veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş olan aydınlatma yükümlülüğü ve şeffaflık esaslarının yetersiz kaldığı ifade edilmektedir⁶¹⁰. Bu durumun sebebi olarak veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş bulunan şeffaflık ilkesinin bir diğer ifadeyle aydınlatma yükümlülüğünün temel amacına aykırı şekilde irade özerkliği esaslı bir yaklaşımla ele alınmamış olması gösterilmektedir⁶¹¹. Veri işleme faaliyeti karmaşıktır ve tüm ayrıntılarıyla açıklanması aşırı bilgilendirme olacaktır. Bu yönüyle bilgilendirmenin anlaşılır bir dille kaleme alınması da oldukça zordur. İşleme faaliyetine yönelik teknik süreçle ilgili bilgi vermek ne gerekli ne de yeterlidir⁶¹². Söz konusu yetersizliğin giderilmesi bakımından tüketici hukuku esasları uyarınca şeffaflık yükümlülüğünün ele alınması çözüm olarak önerilmektedir⁶¹³. Bu durum göz önünde bulundurulduğunda tüketici hukuku esasları ile veri koruma hukuku esaslarının paralel ele alınması ve uyumlaştırılması

⁶⁰⁵ **Bijok**, s. 364. Bijok “*Privatheit*” kelimesini kullandığından veri koruma hukukunun amacı olarak mahremiyetin korunması ifadesine yer verilmişse de burada kişinin maddi ve manevi varlığını geliştirme imkânına da atıf yapıldığı düşünülmektedir.

⁶⁰⁶ **Bijok**, s. 364.

⁶⁰⁷ Örneğin sözleşmenin ifası için gerekli olma kıstası tüketici hukukunda, subjektif yönü olan bir değerlendirmeyi de içerirken; veri koruma hukuku uyarınca bu durum objektif ölçütler ele alınarak tespit edilmektedir. Bkz. **Bijok**, s. 364.

⁶⁰⁸ Veri koruma hukuku uyarınca şeffaflık esaslarının tüketici hukukunun esaslarına nazaran boşluklar içeren kötü bir tekrardan ibaret olduğu yönünde bkz. **Bijok**, s. 364.

⁶⁰⁹ **Bijok**, s. 364.

⁶¹⁰ **Friedrich Graf von Westphalen**, “Datenvertragsrecht-disruptive Technik-disruptives Recht Kollisionsrecht und Haftungsrecht”, Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (IWRZ), Heft 1, 2018, s. 11, çevrimiçi, BECK-ONLINE-02.12.2021; **Bijok**, s. 334.

⁶¹¹ **von Westphalen**, s. 11.

⁶¹² **Bijok**, s. 334. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/III./D./3.

⁶¹³ **Bijok**, s. 334.

gerekmektedir⁶¹⁴. Kişisel veri karşılığı sözleşmelerin tüketici işlemi niteliği, Türk hukukunda veri karşılığı hukuki ilişkilere uygulanacak hükümlerin belirlenmesi adına özellikle önemlidir. Türk hukukunda veri karşılığı hukuki ilişkileri doğrudan kapsamına alan bir düzenleme henüz bulunmamaktadır. Bu durumda veri karşılığı hukuki ilişkiler için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin bu boşluğu doldurmada işlevi olacaktır⁶¹⁵.

D. Kişisel Veri Karşılığı Hukuki İlişkide İşleme Amacının Değişmesi

Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin bir özelliği süreklilik arz eden karakterleridir. Bu sebeple bir hukuki ilişkide borçların ifası zamana yayılmışsa sözleşmenin kurulduğu esnadaki şartlarıyla ifa sürecindeki şartların farklılaşması kaçınılmazdır⁶¹⁶. Bu farklı şartların sözleşme ilişkisine etkisi taraflarca yahut kanunda öngörülmüşse bu esaslar göz önünde bulundurularak sorun çözüme kavuşturulacaktır⁶¹⁷. Bu başlıkta sözleşme ilişkisinde özellikle girişimcinin talebi üzerine meydana gelecek değişiklikler, sözleşmenin kişisel veri karşılığı niteliği göz önünde bulundurularak değerlendirilmeye tabi tutulacaktır.

Sözleşme ilişkisinde ve dolayısıyla sözleşmenin şartlarında değişiklik yapılması tarafların bu hususta irade beyanlarının uyuşmasını kural olarak zorunlu kılmaktadır. Bunun yanında her yeni gün toplanan veriler için yeni bir kullanım imkânı gündeme gelmektedir ve gelecektir⁶¹⁸. Teknolojik gelişmeler sebebiyle değişen ihtiyaçlar bu amacın sürekli değişmesine sebep olacaktır. Bu ihtimal düşünülerek amacın oldukça geniş kaleme alındığı hallerde ise amaç açık ve belirli olma niteliğini yitirecektir. Ayrıca girişimcinin sözleşme ilişkisinin kurulması esnasında işleme faaliyetinin sınırlarını belirlemesi oldukça zordur.

⁶¹⁴ Birlik (AB) düzeyinde değilse de ulusal hukuklar düzeyinde veriye dayalı işlemler ve iş modellerinin ekonomik yönleri dikkate alınarak mevcut düzenleme ihtiyacına bu çerçevede bir tüketici veri koruma hukuku oluşturulması ihtiyacına işaret eden değerlendirme ve görüşler için bkz. (Almanya) **Datenethikkommission**, Gutachten der Datenethikkommission, 23.10.2019, s. 100, çevrimiçi, <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.html> -02.12.2021; **Bijok**, s. 364-365.

⁶¹⁵ Kişisel veri karşılığı sözleşmeler için tüketici hukuku esaslarının önemi için ayrıca bkz. **Helberger, Zuiderveen Borgesius, Agustin Reyna**, s. 1449.

⁶¹⁶ **Oğuzman, Öz**, Cilt I, N. 610.

⁶¹⁷ **Oğuzman, Öz**, Cilt I, N. 610.

⁶¹⁸ **Bedir**, ERCL, s. 358.

Kişisel veri karşılığı sözleşmeler bakımından, kişisel verilerin toplanması ve kullanılmasının belirli bir amaç için gerçekleştirilmesi ve bu amacın rıza verilmesinden önce kişinin dikkatine sunulması gerekir⁶¹⁹. Kişisel verilerin hukuka uygun işlenebilmesi için sözleşme ilişkisinin en başında işlemenin amacının belirlenmiş olması zorunludur. Bir diğer ifadeyle işleme amacının açık anlaşılır ve meşru olması aranacaktır. İşleme faaliyeti gerçekleştirilmek üzere belirli bir amaç için toplanmış verilerin⁶²⁰, amaçla bağlantı ilkesinin bir sonucu olarak bu amaçtan başka bir amaç için kullanılması mümkün değildir⁶²¹. Bu kapsamda özellikle ilk işleme faaliyeti olan verilerin toplanmasından sonra işleme amacının ve kapsamının değişmesinin sözleşme ilişkisine etkisi belirlenmelidir. Sözleşme uyarınca kararlaştırılandan farklı bir amaç için işleme faaliyeti söz konusu olursa bu sözleşmede değişiklik anlamına gelir. Dolayısıyla işlemenin hukuka uygun olması bu durumun ayrıca ilgili kişinin dikkatine sunulması ve olurunun alınmasına bağlıdır.

1. Amaç ile Uyumlu Veri İşleme Faaliyeti

KVKK m. 4/1/ç kapsamında gerçekleştirilecek tüm işleme faaliyetleri için geçerli genel ilkeler düzenlenmiştir. Buna göre kişisel verilerin: *“işlendikleri amaçla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü”* işlenebilecektir. GDPR Art. 6/4 uyarınca veri işleme faaliyetine yönelik amaç sınırlaması öngören genel ilkelere (GDPR Art. 5/1/b) ek olarak sonraki işleme faaliyetinin ilk amaçla uyumlu olması, aksi takdirde kural olarak ilgili kişinin ayrıca rızasının aranması gerektiği düzenlenmiştir⁶²². Bu madde kapsamında söz konusu değerlendirme yapılırken birtakım kıstasların göz önünde bulundurulacağı ayrıca düzenlenmiştir⁶²³. Bu kapsamda ilk işleme ile sonraki işleme arasında bağlantı söz konusuysa amaçla uyumlu bir işleme söz konusu olacaktır. Bu sebeple GDPR Art. 6/4 anlamında uyumlu bir amaç için işleme söz konusuysa Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca bağlantılı işleme faaliyetinin gerçekleştirildiği sonucuna ulaşılması mümkün olabilecektir.

⁶¹⁹ Bkz. KVKK m. 3, 4/2/c ve ç, GPDR Art. 4/1, 5/1/b.

⁶²⁰ Veri toplama faaliyeti ilk işleme faaliyetidir. Bkz. KVKK m. 3/1/e, GDPR, Art. 4/2.

⁶²¹ Çekin, KVKK, s. 10.

⁶²² “GDPR Madde 23(1)’de atıfta bulunulan hedefleri korumak için demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir önlem oluşturan Birlik veya Üye Devlet hukukuna” uygun işleme faaliyetleri için ayrıca rıza alınmayacaktır.

⁶²³ Bkz. Art. 6/4, a-e.

Amaçla uyumlu, bağlantılı bir işleme faaliyetinin varlığı için mutlak suretle ilgili amacın bir alt amacı-“*sub-purpose*” için işlemenin gerçekleştirilmesi aranmayacaktır⁶²⁴. Amaçların uyumluluğu, yeni amaç farklı olsa da ancak bu amaçların genellikle birbirini takip etmekte yahut ilk amacın mantıksal sonucu sonraki amaç olduğunda da ayrıca rıza alınmasını gerektirmeyen uyumlu bir işleme faaliyeti söz konusu olacaktır⁶²⁵. Nitekim GDPR-*Dibace* 50 uyarınca da işaret edildiği üzere: “*kişisel verilerin toplandığı bağlam, özellikle veri sahiplerinin daha sonraki kullanımlarına ilişkin olarak veri sorumlusu ile ilişkilerine dayalı makul beklentileri*” göz önünde bulundurulacaktır⁶²⁶.

Örneğin bir bulut bilişim sistemi hizmeti veren şirketin veri güvenliği gereği verilerin depolanma şeklini değiştirmesi halinde bunun için ayrıca rıza alması gerektiği söylenemez. Bu ihtimalde işleme amacına uygun bir sonraki işleme faaliyetinin varlığından bahsedilecektir. Şüphesiz söz konusu değişiklik sözleşme hükümlerinin değişmesi anlamına gelmemekle birlikte ilgili kişinin dikkatine mutlaka sunulmalıdır. Bir diğer ifadeyle ilgili kişinin aydınlatılması yükümlülüğü devam edecektir. Sonuç itibarıyla taraflar arasındaki ilişkinin tüm özelliği dikkate alınarak bir yorum faaliyeti gerçekleştirileceğine dikkat çekilmelidir⁶²⁷. Bu yorum faaliyeti kapsamında işlenen verinin niteliği ve özellikle veri işleme faaliyetinin ilgili kişi yönünden sonuçları esaslı önemi haiz olacaktır⁶²⁸.

2. Amaç Değişikliğinin Taraflar Arasındaki İlişkiye Etkisi

İşleme amacı olarak gösterilmiş amaçtan farklı (ilk amaç) ve bu amaçla uyumlu-bağlantılı kabul edilemeyecek bir amaç için işleme faaliyeti

⁶²⁴ **Waltraut Kotschy**, The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020, Art 6, s. 341.

⁶²⁵ **Kotschy**, Art 6, s. 341; Article 29 Data Protection Working Party, “Opinion 03/2013 on purpose limitation”, Adopted 02.04.2013, WP 203, s. 21, çevrimiçi, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf -22.11.2021 (“Purpose”); **Frenzel**, DS-GVO Art. 6, N. 46.

⁶²⁶ Bkz. GPDR-*Dibace* 50.

⁶²⁷ İlgili hükümlerin genel işlem koşulu niteliği dikkate alınarak her zaman düzenleyen olan girişimci aleyhine yorumun üstün tutulacağına da ayrıca vurgu yapılmalıdır. Bkz. TBK m. 23.

⁶²⁸ **Kotschy**, Art 6, s. 342; ayrıca bkz. GDPR-*Dibace* 50, Art. 6/4, c-e.

gerçekleştirilecekse kural olarak ilgili kişinin bu amaç uyarınca gerçekleştirilecek işleme faaliyetleri için de ayrıca rızası alınmalıdır⁶²⁹. Taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin ilgili kişinin beklentileri ve menfaatleri çerçevesinde yorumlanması gerekir. Akabinde gerçekleştirilecek işleme faaliyetinin sözleşmenin konusunun dışında kaldığı tespit edildiğinde ilgili kişiden ayrıca rıza alınması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle bu takdirde ilgili kişinin rıza beyanının dolayısıyla hukuka uygun işleme imkânının kapsamının dışında kalan bir işleme faaliyetinin varlığı söz konusu olacaktır. Bu işlemenin hukuka uygun gerçekleştirilebilmesi, taraflar arasındaki sözleşme hükümlerinin değiştirilmesini zorunlu kılmaktadır. Sözleşme ise iki taraflı bir hukuki ilişki olduğundan bu durum ancak muhatabın kabulü -yeni sözleşme şartlarını kabul etmesi- ve akabinde bu işleme faaliyeti için de açık rıza beyanında bulunması ile mümkün olacaktır⁶³⁰. TBK m. 24 uyarınca “düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme getirme yetkisi veren kayıtlar” yazılmamış sayılmaktadır. Yine Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik Ek-1 uyarınca (1/h.) “*düzenleyenin, sözleşme konusu mal veya hizmetin niteliklerini tek taraflı olarak ve haklı bir sebep olmaksızın değiştirebileceğine ilişkin şartlar*” haksız şart olarak kabul edilmiştir⁶³¹. Bu sebeple girişimcinin tek taraflı değişiklik yapma imkânını sözleşmede saklı tutma imkânı da kural olarak mümkün olmayacaktır. Veri karşılığı sunulan hizmetin sadece kullanılmaya devam ediliyor olması ise değişen koşulların kabul edildiği ve söz konusu yeni amaçlar için de veri

⁶²⁹ **Kotschy**, Art 6, s. 343.

⁶³⁰ Meğerki söz konusu işleme faaliyeti için farklı bir hukuka uygunluk sebebi söz konusu olsun. Ancak bu durumda da ilgili kişinin sözleşme şartlarını ayrıca onaylaması (bir diğer ifadeyle aydınlatma yükümlülüğünün yerine getirilmesi) zorunluluğu varlığını koruyacaktır. GDPR Art. 6/4’ün açık lafzı uyarınca rıza ve “Madde 23(1)’de atıfta bulunulan hedefleri korumak için demokratik bir toplumda gerekli ve orantılı bir önlem oluşturan Birlik veya Üye Devlet hukukuna” uygun bir işleme dışında hukuka uygunluk sebebine dayanılması mümkün değildir. bkz. **Kotschy**, Art 6, s. 343. Bu noktada ayrıca ifade edilmelidir ki zikredilen hukuka uygunluk sebeplerinden başka bir hukuka uygunluk sebebine dayanılarak (örneğin meşru menfaat) bağdaşmayan bir amaç için hukuka uygun bir işleme faaliyeti gerçekleştirilemez. Bkz. **Kotschy**, Art 6, s. 343.

⁶³¹ AB düzenlemeleriyle de uygun olarak tüketici sözleşmelerinde düzenleyenin haklı sebeple değişiklik yapma imkânı varken, tacirler bakımından da uygulanacak TBK m. 24’te bir sınır öngörülmezsizin tek taraflı değişiklik hükmünün yazılmamış sayılması, tüketici sözleşmelerinden daha “sıkı-katı” bir koruma esasının benimsendiğini göstermektedir. Bkz. **Baş**, s. 301.

işleme faaliyetine yönelik açık rıza gösterildiği anlamına gelmez⁶³². Rızanın kullanıma dayalı varsayılacağına yönelik kullanım koşulları ise geçersizdir⁶³³.

Yaşanan teknolojik gelişmelere bağlı olarak veri işleme faaliyetinin kendisi sürekli değişmekte, gelişim göstermekte ve çeşitlenmektedir. Doktrinde veri işleme faaliyetinin bu dinamik yapısı gözetilerek rızanın alınması yönteminin de işlemenin bu niteliğiyle uyumlu kılınması önerilmektedir. Bir diğer ifadeyle günümüzde rıza “statiktir” ve fakat tarafların amaçlarına daha iyi hizmet edebilecek bir tür “dinamik rıza” tasarlanmalıdır⁶³⁴. “Dinamik rızanın” tasarlanmasına yönelik ise tıbbi tedavi sözleşmelerinden yararlanılabileceğine ve özellikle biyolojik-bankacılık (*biobanks*) araştırmalarında, bağışçıların örnek ve verilerinin kullanımı üzerinde hassas düzeyde kontrol sağlayabilen, halen geliştirilmekte olan hali hazırda mevcut esaslardan hareket edilmesi önerilmektedir⁶³⁵.

İlgili kişiyle girişimci arasındaki bilgi asimetrisinin giderilmesi bakımından iletişim ve etkileşimin artırılması gerektiği tereddütsüzse de yönteminin bu öneri çerçevesinde belirlenmesinin işin niteliğine uygun düşüp düşmediği tartışmaya açıktır. Bu öneri dikkate değer olsa da kişisel verilerin işlenmesine yönelik işlem hacminin genişliği göz önünde bulundurulduğunda pratik açıdan uygulanabilir olup olmadığı tartışmaya açıktır. Günümüzde kişiselleştirilmiş tercihler ekseninde rıza

⁶³² LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 68.

⁶³³ LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 68. Mahkeme kullanıma devam etmeye iki sonuç bağlandığını tespit etmiştir: (1) değiştirilen hüküm ve koşulların kabul edilmesi, (2) değiştirilen kullanım amacı kapsamında veri işleme faaliyetine rıza gösterildiği. Kullanım ile koşulların kabul edildiği (örtülü olarak) sonucuna varılabilemesi mümkünse de rızanın nitelikleri gereği sadece kullanımla gösterilmiş kabul edilemeyeceğine dikkat çekilmiştir. Bkz. LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 71. Mahkeme, kullanım koşullarına yapılan her değişikliğin ise veri işleme faaliyetini etkilemeyeceği dikkate alınarak ayrıca rıza alınmasına gerek olmayan hallerin de söz konusu olabileceğini ifade etmiştir. Bkz. LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 71.

⁶³⁴ **Bedir**, ERCL, s. 358. *Bedir*, sperm bankalarına ilişkin uygulamayı örnek göstermekte ve sürekli olarak bağışçının bilgilendirilmesi ve rızanın yeniden alınması uygulamasının (koşullar değişikçe) uygun bir çözüm olacağını ifade etmektedir. Bkz. **Bedir**, ERCL, s. 358.

⁶³⁵ **Bedir**, ERCL, s. 358; Ayrıca bkz. **Isabelle Budin-Ljøsne vd.**, “Dynamic Consent: a potential solution to some of the challenges of modern biomedical research”, BMC Medical Ethics, Vol. 18, Issue 4, 2017, s. 2 vd. Bu kapsamda örneğin sperm bağışlayan kişinin, doğacak çocuk ile ilişkisinin düzenlenmesi adına düzenli olarak bilgilendirilmesi ve kendi bilgilerinin de çocuk ile paylaşılması esaslarının düzenli olarak gözden geçirilmesi örnek verilebilecektir. Yahut tıbbi müdahaleler kapsamında aydınlatılmış onam alınması sırasında hastaya meydana gelebilecek komplikasyonlar hakkında ayrıntılı bilgi verilmesi ve şayet tedavi sürecinde bilgi verilen dışında bir semptom yahut komplikasyon gözlemlenirse derhal hastanın bilgilendirilip işleme rızasının alınmasından sonra devam edilmesi örnek gösterilebilecektir. **Bedir**, ERCL, s. 358 vd.

alınmasına yönelik mevcut uygulama bile ilgili kişiler nezdinde “rıza yorgunluğu” meydana getirmiş durumdadır.

Bir adım ilerisinde doktrinde rızanın hali hazırdaki özelliklerinin gerekliliği dahi sorgulanmaktadır. Mevcut düzenlemelerin esasında ulaşılmak istenen amaçlar olan gizliliğin koruması ve adil veri işleme düzeni oluşturulmasına ulaşmaktan öte veri işlemeye olan güveni baltalayarak “rıza duyarlılığının azalmasına” yol açtığı savunulmaktadır⁶³⁶. Veri koruma hukuku uyarınca (açık) rıza için katı yasal gerekliliklerin, rıza mekanizmasının etkinliğini zayıflattığı ifade edilmektedir⁶³⁷. Hukuki yükümlülüklerini yerine getirmek adına girişimciler, uzun kullanım koşulları (“*Terms and Conditions May Apply*”)⁶³⁸ altında kullanıcıları rıza göstermek zorunda bırakmakta ve savunma olarak da tüketicilerin ilgili üründen istifade etmesinin gerekli olmadığını ileri sürmektedir⁶³⁹.

Bu koşulların hem ilgili kişi hem de veri sorumlusu için olumsuz etkileri olduğuna ayrıca dikkate çekilmektedir⁶⁴⁰. Bu kapsamda ilgili kişi, prensipte rıza göstermek istemediği işleme faaliyetlerine de farkında olmadan rıza göstermiş olacağı gibi girişimci bakımından veri işleme faaliyetinin öngörülemez ve riskli olmasına sebep olmaktadır⁶⁴¹. Bunun yanında çoğu internet sitesinde çerez kullanımı için yaygın olarak kullanılan, açık rıza açılır ekranları (“*pop-up*”), ilgili kişileri çerezlerin kullanımı ve kişisel verileri hakkında daha bilinçli kararlar almaya

⁶³⁶ Schermer, Custers, van der Hof, s. 171.

⁶³⁷ İlgili kişilerin, kişisel verilerine yönelik işleme faaliyeti ve bunun sonuçlarını (risklerini) tam olarak farkında olmadığına dair kanıtlar ekseninde aydınlatma yükümlülüğü ve rızanın etkinliği konusunda akademik çevrelerde giderek artan bir şüphe olduğu yönünde bkz. Schermer, Custers, van der Hof, s. 171.

⁶³⁸ Söz konusu hükümlerin tamamını okumanın yaklaşık yılda 76 güne tekabül edeceği sadece göz gezdirmenin bile 154 saat süreceği ve bu zaman kaybının ekonomiye etkisinin 781 milyar ABD doları olacağı tespit edilmiştir. Bkz. Ben-Shahar, Chilton, s. 2.

⁶³⁹ Halihazırda, bilinçli kararlar veren rasyonel, bilgilendirilmiş bir ilgili kişi varsayımına dayanan hukuk teorisi ile veri öznelinin neredeyse tüm rıza taleplerini gerçekten ayrıntısıyla okumadan kabul ettiği mevcut uygulama arasında bir kopukluk olduğuna işaret edilmektedir. Bkz. Schermer, Custers, van der Hof, s. 172.

⁶⁴⁰ Schermer, Custers, van der Hof, s. 173.

⁶⁴¹ Girişimci için de rızaya dayalı işleme faaliyeti potansiyel itibar zedelenmesine, davalara ve rızanın meşruluğuna ilişkin denetleyici makamlar tarafından değişen yorumlara maruz kalması anlamına gelmektedir. Bkz. Schermer, Custers, van der Hof, s. 173.

yönlendiriliyor olsa da kullanıcıların ortak fikri, bu açılır pencerelerin yalnızca rahatsız edici olduğu ve herhangi bir ek gizlilik koruması sağlamadığı yönündedir⁶⁴².

Kişisel veri ve işleme faaliyeti kavramlarının gün geçtikçe daha da genişlediği göz önüne alındığında, bu durum giderek daha fazla rıza talebinin söz konusu olmasına yol açmaktadır⁶⁴³. Rızanın örtülü irade beyanıyla da verilmesinin mümkün olması ve rıza gösterilecek işleme faaliyetlerine yönelik bir sınır çizilmesi önerilmiştir (“*fair transaction model*”)⁶⁴⁴. Böylece rızası alınmak üzere kişiye başvurulduğunda rızanın ve dolayısıyla işleme faaliyetinin önemini daha iyi kavraması sağlanacaktır⁶⁴⁵. Bu önerinin güncel gelişmeler dikkate alındığında kanun koyucular tarafından benimsenmediği, aksine rızanın alınmasına yönelik şartların daha da sıkılaştığıysa bir vakıadır.

Sonuç itibarıyla aydınlatma yükümlülüğünün amacına uygun yerine getirilmesi ve özellikle süreklilik arz eden işleme faaliyetine yönelik rızanın hukuken geçerliliğini koruması için ilgili kişi ile girişimci arasındaki iletişimin ne şekilde yürütülmesi gerektiği neticelenmemiş bir tartışma konusu olarak varlığını sürdürmektedir⁶⁴⁶. Bununla birlikte özellikle şemalar (görseller ve grafikler) yardımıyla aydınlatma yükümlülüğünün basit, katmanlı ve anlaşılabilir kılınması, sözleşme değişiklikleri yönünden de geçerliliğini koruyan bir öneri mahiyetindedir⁶⁴⁷. Özellikle girişimcilerin kendi politikalarını ve rıza metinlerini

⁶⁴² Hollanda’da söz konusu uygulamanın (çerezlere yönelik) kaldırılması için hem girişimciler hem de tüketici kuruluşları, lobi faaliyeti yürütmüştür. Bu faaliyetin gündeme gelmesinin sebebi ise Hollanda’da rızaya dayanan çerez kullanım faaliyetinin kanuni şart haline getirilmesidir. Bkz. Çevrimiçi, https://www.dutchnews.nl/news/2013/05/dutch_cookie_law_to_be_watered/ -22.11.2021. Ayrıca bkz. **Schermer, Custers, van der Hof**, s. 177.

⁶⁴³ Yapılan araştırmalar, kişilerin sayfanın sonunda yer alan kutucuğu işaretlemeye güdülendiğini böylece rızanın bilgilendirmeye dayanma ihtimalinin baltalandığını göstermektedir. Bkz. **Schermer, Custers, van der Hof**, s. 178.

⁶⁴⁴ Bu kapsamda örneğin kişisel verilerin bir sosyal medya platformu aracılığıyla paylaşılması halinde, (hassas-özel nitelikli kişisel veriler hariç olmak koşuluyla), ilgili platformun bu verileri gelir getiren kişiselleştirilmiş (doğrudan-*targeted*) reklamcılık için kullanmasının ayrıca bir rıza gerekmeksizin adil ve hukuka uygun kabul edilmesi önerilmiştir. Bkz. **Schermer, Custers, van der Hof**, s. 180. (Açık) rıza gösterilmesi taahhüdü ve (açık) rızanın kendisinin açık bir irade beyanı olması zorunluluğu için ayrıca bkz. İkinci Bölüm/III./B./3.

⁶⁴⁵ **Schermer, Custers, van der Hof**, s. 181.

⁶⁴⁶ Temelde rızaya dayalı sistemin ve dolayısıyla bilgilendirmeye dayalı rıza kavramının ilgili kişilerin davranışları ve söylemleri arasındaki fark sebebiyle (“*privacy paradox*”) bir hayal teşkil ettiği ve piyasada bir karşılığının olmadığı savunulmaktadır. Bkz. **Hacker, IP**, s. 55.

⁶⁴⁷ **EDPB**, Consent, s. 16, N. 66.

kullanıcıların öncelikle beğenisine sunması, böylece anlaşılabilir kılınması⁶⁴⁸, işleme faaliyetine yönelik değişikliklere dair bilgilendirmeyi makul bir süre önceden yapması böylece kullanıcı tepkilerinin ölçülmesinin uygun düşeceği savunulmaktadır⁶⁴⁹. Veri koruma hukukunun mevcut haliyle “proaktif (zarar meydana gelmeden engelleme)” olmaktan uzak olduğu açık rızanın kalitesinin artırılmasının ise ancak aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmesiyle mümkün olacağı ifade edilmektedir⁶⁵⁰. Bu önerilerin amaca katkısı ve tüketicilere etkisinin test edildiği çalışmalar ise aksi yönde bulgular ortaya koymuştur. Takip eden bölüm bu konuya ayrılmıştır.

3. En İyi Tüketici Uygulamalarının Çözüm (?) Niteliği

Veri işleme faaliyetlerinde gizlilik politikalarının anlaşılabilirliğini ve rızanın sıhhatini sağlamaya yönelik önerilerin namı diğer en iyi tüketici uygulamalarının çözüm niteliği ampirik çalışmalarla tartışmaya açılmıştır. Bu tartışmaya ışık tutmak için öncelikle gizlilik politikalarıyla ilgili 2016 yılında yapılmış bir araştırmaya değinilecektir⁶⁵¹. İlgili araştırma kapsamında farklı etnik, sosyal ve ekonomik çevreden 1.484 Amerikalıya⁶⁵² bir anket yapılmış ve gizlilik politikalarının şekli özelliklerinin değişmesinin: (1) kullanıcıların açıklamaları anlamasına, (2) kişisel verilerini paylaşma isteklerine (özel nitelikli-hassas ve alelade nitelikte), (3) gizliliklerine yönelik hak taleplerine (gizlilik beklentilerine) etkisi tespit edilmesi hedef tutulmuştur⁶⁵³. Araştırma kapsamında ilgili kişilere, hassas nitelikli verilerini paylaşmasını gerektiren bir anket sunulmuş cinsel eğilimleri ve flört randevularına

⁶⁴⁸ EDPB, Consent, s. 17, N. 73. Katmanlı bilgilendirme esasları uyarınca hangi katmanda hangi bilginin yer alacağı veri işlemenin özellikleri uyarınca belirlenecektir. Ancak ilgili kişiye veri sorumlusunun kim olduğuna dair verilecek bilginin ilk aşamada verilmesi gerektiği yönünde ayrıca bkz. EDPB, Consent, s. 16, dn. 42. Bununla birlikte basitliğin (“best practices”) ve şekli unsurların, anlaşılabilirliği artırmadığı yönünde ayrıca bkz. Ben-Shahar, Chilton, s. 28.

⁶⁴⁹ Kullanıcı tepkilerinin veri işleme politikasındaki değişikliklere etkisi bakımından ayrıca bkz. Nafiye Yücedağ, Şehriban İpek Aşıkoğlu, Elif Beyza Akkanat-Öztürk, “WhatsApp Gizlilik Politikası: Facebook’a Aktarım Hükümlerinin Dünü Bugünü Yarını (?)”, (10.02.2021), *Giriş*, çevrimiçi-LEXPORA-Blog, 22.11.2021.

⁶⁵⁰ Mesut Serdar Çekin, “6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun’un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi”, İÜHFM, Cilt 74, Sayı 2, 2016, s. 640 (“Big Data”).

⁶⁵¹ Çalışmaya yönelik ayrıntılı bilgi ve çıkarımların tümü için ayrıca bkz. Ben-Shahar, Chilton, s. 2 vd.

⁶⁵² Ben-Shahar, Chilton, s. 12.

⁶⁵³ Ben-Shahar, Chilton, s. 5.

dair soruların analiziyle yeni geliştirilen çevrimiçi-flört (“*online-dating*”) uygulamasında cinsel taciz ve istismarın engellenmesi için kullanılacağı beyan edilmiştir⁶⁵⁴.

Altı farklı gizlilik politikasında “*best practices*”-en iyi uygulama örnekleri ölçütleri esas alınarak başlıklar ve katmanlı bilgilendirme içeren, kolay okunur bir yazı tipiyle hazırlanmış, açık ve basit bir dil kullanılan, örnekler ve veri sorumlusunun kimliğini içeren örnek bir gizlilik politikası hazırlanmıştır⁶⁵⁵. Kalan beş politikadan biri ise bu özelliklerin hiçbirini taşımayan (“*worst practices*”), diğeri tamamen boş bir politika olarak hazırlanmış kalan üç politikaysa bu özellikler ikili gruplar halinde politikadan çıkarılarak oluşturulmuştur⁶⁵⁶. Tüm bu politikalara verilen cevaplar kıyaslanırken; en iyi uygulama örneği, uyarı etiketinden (“*warning label*”⁶⁵⁷) ibaret politika ve son olarak boş gizlilik politikasına verilen cevaplar karşılaştırmaya tabi tutulmuştur⁶⁵⁸.

Gizlilik politikalarının içeriği tamamen aynı tasarlanmıştır⁶⁵⁹. Bu kapsamda kişisel verilerin üçüncü kişilerle sınırsız paylaşılması, başka kaynaklardan toplanan verilerle bu anket sonucu toplanan verilerin beraber analiz edilip davranışsal reklamcılık dahil belirsiz amaçlar için kullanılması, reklam faaliyetlerini gerçekleştirmek üzere verilerin üçüncü kişilerle paylaşılması, kişisel verilerin süresiz olarak tutulması gibi kasıtlı olarak ilgili kişiyi ve haklarını hiç gözetmeyen bir politika hazırlanmıştır⁶⁶⁰.

⁶⁵⁴ Böylece kişilerin meşru bir amaca hizmet eden bu uygulama ve anketi desteklemesi hedeflenmiştir. Bunun yanında özel nitelikli kişisel veriler ile diğer kişisel veriler arasındaki paylaşım gösterme iradesinin farklılık gösterip göstermediğinin de tespit edilmesi amaçlanmıştır. Muhataplara yönetilen soruların cevapları, kişinin sağlık bilgileri de dahil birçok hassas verisini paylaşmasını gerektirmektedir. bkz. **Ben-Shahar, Chilton**, s. 7. Sorular için ayrıca bkz. s. 17.

⁶⁵⁵ **Ben-Shahar, Chilton**, s. 11-12.

⁶⁵⁶ **Ben-Shahar, Chilton**, s. 12.

⁶⁵⁷ Kısa cümlelerden oluşan ve sadece politikanın en önemli bilgilerini içeren bildirimdir. Bkz. **Ben-Shahar, Chilton**, s. 22 vd.

⁶⁵⁸ Bu çalışmadan önce de tüketicilerin standart sözleşme ve aydınlatma metinlerini okumadığı yönünde bkz. **Yannis Bakos, Florencia Marotta-Wurgler, David R. Trossen**, “Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts”, *The Journal of Legal Studies*, Vol. 43, No. 1, January 2014, s. 2 vd., çevrimiçi-JSTOR-30.11.2021.

⁶⁵⁹ Başlık kullanılan politika örneklerinde de tüm başlıklar içerik olarak aynı kaleme alınmıştır. Bkz. **Ben-Shahar, Chilton**, s. 11.

⁶⁶⁰ Politikada cinsel yönelim ve deneyimlere ilişkin bilgilerin ticari faaliyet yürüten üçüncü kişilerle paylaşılmasından sonra bu tarafların verileri nasıl kullanacağı ve veri güvenliğinin sağlanmasıyla ilgilenilmediği dahi yer almaktadır. Bkz. **Ben-Shahar, Chilton**, s. 5 ve 11.

Politikaların okunup anlaşıldığını tespit etmek maksadıyla ankete katılanların ekran süresi ile ankete yönelik 5 soruya verdikleri cevaplar incelenmiş, kişisel verilerini paylaşma eğilimlerini ölçmek adına cinsel yönelim ve tecrübelerine yönelik sorular (10 soru) ile kişisel bilgileri (10 soru) sorulmuş, gizlilik beklentilerine bir diğer ifadeyle sahip olduklarını düşündükleri yönelik hukuki imkânlarına dair 2 soru ve anketi tatmin edici bulup bulmadıkları hakkında ise 2 soru yöneltilmiştir⁶⁶¹. Toplanan sonuçlar değerlendirildiğinde açıklamaların basitleştirilmesinin ve politikaların şekli özelliklerinin insanların politikayı anlamalarına ve müteakip davranışlarını anlamlı bir yönde, anladıklarına uygun olarak değiştirmelerine etki etmediği sonucuna ulaşılmıştır⁶⁶². Kişiler son derece mahrem verilerine ilişkin bir ankete katılıyor olmalarına rağmen gizlilik bildirimine bakma süreleri farklı gizlilik politikasına muhatap kılınan gruplar arasında 13 ile 19 saniye arası değişiklik göstermiştir⁶⁶³. Bu sonuçların sebebi olarak hukuki zorunluluk olan aydınlatma yükümlülüğünün konusu gösterilmiştir⁶⁶⁴. Bir diğer ifadeyle çalışma sonucunda aydınlatma yükümlülüğü, karmaşık ve alışılmadık hususlara ilişkin olması dolayısıyla karmaşıklığı aşına olmayan kişiler için basit kılınmanın oldukça düşük bir ihtimal olduğu beyan edilmiştir⁶⁶⁵.

⁶⁶¹ Anketin içeriğine dair (kavramaya yönelik kontrol), cinsel yönelimlerine yönelik sorular, gizlilik beklentilerine yönelik sorular evet-hayır formunda, kişisel bilgiler boşluk doldurma, ankete yönelik tatmin oranları ise 0-5 arasında puanlama şeklinde yöneltilmiştir. Bkz. **Ben-Shahar, Chilton**, s. 14-21 vd.

⁶⁶² **Ben-Shahar, Chilton**, s. 28. Bir adım ilerisinde bu çalışmaya yönelik incelemeler sonucu açıklamanın basitleştirilmesi ve kısaltılmasının, kişilerde verilerini paylaşmada bir güven meydana getirdiği ve daha çok veri paylaştığı tarafımızca tespit edilmiştir. Uyarı etiketleri kullanılan grupta kişisel bilgilerin paylaşılma oranı artmıştır bkz. **Ben-Shahar, Chilton**, s. 26.

⁶⁶³ **Shahar, Chilton**, s. 14, 17.

⁶⁶⁴ **Ben-Shahar, Chilton**, s. 28-29.

⁶⁶⁵ **Ben-Shahar, Chilton**, s. 29. *Kelly* tarafından yürütülen çalışma uyarınca gizlilik politikalarının, basitleştirilmiş ve tam metin sürümlerinin kısa tablo biçimlerinin tam metin biçimlerinden önemli ölçüde daha az anlaşıldığı tespit edilmiştir. Bkz. **Patrick Gage Kelley, Lucian Cesca, Joanna Bresee, Lorrie Faith Cranor**, “Standardizing Privacy Notices: An Online Study of the Nutrition Label Approach” (12.01.2010), çevrimiçi, https://iapp.org/media/pdf/resource_center/CMUCyLab09014.pdf -23.11.2021. Benzer bulgular, basitleştirilmiş ipotek formlarının anlaşılma oranının test edilmesiyle de doğrulanmıştır. Ancak bu sonuçlar mesele çevrimiçi hizmetler olduğunda yanıltıcıdır. İnsanlar belirli bir konu hakkında okumak ve okuduklarını anlamak gibi bilişsel bir göreve yeterince odaklanırlarsa (çünkü örneğin bir kredi sözleşmesinin şartları müzakere anında kredi başvuru sahibinin temel sorunu ve odaklandığı tek husustur), materyallerin iyi sunumu, metnin anlaşılmasını kolaylaştıracaktır. Bunun aksine kişiler, dikkatlerinin başka yöne kaymasına, başka bir konuya odaklanılmasına sebep olan gerçek bir dünya göreviyle meşgul olduklarında -örneğin uygulamayı indirmek, sosyal medya platformunu kullanmak-,

Amerika’da *Kevin Litman-Navarro* tarafından yürütülen gizlilik projesi (“*The Privacy Project*”) kapsamında aralarında *Facebook, Google, Yahoo, Airbnb, UBER* gibi uygulamaların da olduğu 150 farklı gizlilik politikası incelenmiştir⁶⁶⁶. Bu metinler, *Metametrics* tarafından geliştirilen *Lexile* uygulaması⁶⁶⁷ kullanılarak anlaşılma kolaylığı ekseninde puanlanmıştır. Kişilerin üniversitede başarılı olmak için 1300 puan almış metinleri, avukatlık, doktorluk gibi meslekleri icra edebilmek için ise 1440 puan almış metinleri anlaması gerekirken birçok gizlilik politikası bu puanların da üzerinde bir puan almıştır⁶⁶⁸. Geline nokta tüm çabalara rağmen uygulamadaki gizlilik metinlerin basitleştirilmesinde belirli bir noktaya ulaşamadığı gerçeği bir kenara, bu çabanın tüketici nezdinde ne oranda karşılık bulduğu sorgulanmalıdır⁶⁶⁹. Bir diğer ifadeyle ulaşılan sonuçlar göstermektedir ki kullanıcılar mahremiyetlerini çok önemsiyorsa da gizlilik politikalarını okumaya vakit ayıramamaktadır⁶⁷⁰. Dolayısıyla insanlar mahremiyetleri konusunda endişe duysalar ve verileri üzerinde daha çok kontrol sahibi olmak isteseler de mahremiyetlerinin nasıl korunduğunu bilme imkânları daha sınırlıdır⁶⁷¹. Kişilerin bildikleri de çoğunlukla önyargılardan oluşur ve bu önyargılar gerçeklikten

basitleştirilmiş açıklamaların kişilerin davranışları üzerinde bir etkisi olmadığı tespit edilmiştir. Çünkü kişinin dikkati, öncelikle başka bir menfaati elde etmeye yönelmiştir. Bu yönde bkz. **Ben-Shahar, Chilton**, s. 5. Bu durum tıbbi müdahale için alınan rıza adına aranan esasların da doğrudan veri işleme faaliyetleri adına uygulanmasının başarıya ulaşması önündeki engeldir.

⁶⁶⁶ **Kevin Litman-Navarro**, “We Read 150 Privacy Policies. They Were an Incomprehensible Disaster.”, The New York Times, çevrimiçi, <https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/12/opinion/facebook-google-privacy-policies.html> -15.12.2021.

⁶⁶⁷ Bu uygulama, cümle uzunluğu ve kelime dağarcığının zorluğu gibi faktörlere dayalı olarak bir metnin karmaşıklığını ölçen bir yazılımdır.

⁶⁶⁸ *Immanuel Kant*’ın Saf Aklın Eleştirisi, eseri politikalara kıyasla daha yüksek puan alan nadir metinlerden olmuştur. İncelenen politikalar arasında en anlaşılır, sade ve kısa olanın ise BBC’nin metni olduğu tespit edilmiştir. Bkz. **Litman-Navarro**, “We Read 150 Privacy Policies. They Were an Incomprehensible Disaster.”

⁶⁶⁹ Etkili tüketici korumasının tasarlanmasındaki zorluğun, çevrimiçi hizmetlerin kullanım özgürlüğüne ve hızına mümkün olan en az müdahaleyle aşılabileceği; aksi takdirde tüketiciyi gerçekten korumayı amaçlayan önlemler kullanım ve gizlilik koşulları ve çerez politikalarının taşan selinin bir başka parçası olarak algılanacak ve düşüncesizce tıklanıp geçileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Walker**, s. 184

⁶⁷⁰ **Santiago Ramírez López**, “Informing Consent: Giving Control Back to the Data Subject from a Behavioral Economics Perspective”, JIPITEC, 2018, s. 38, N. 21, çevrimiçi, https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-9-1-2018/4678/JIPITEC_9_1_2018_35-50_Ramirez_Lopez -29.06.2022.

⁶⁷¹ **López**, s. 44, N. 65.

uzaktır⁶⁷². Bu konu çalışmanın kapsamını aşmaktadır. Bununla birlikte tüketicilerin haklı yorgunluklarına çözüm olarak muhatap kılındıkları metinlerin puanlanması, örneğin ürünün kalitesini, çevreye etkisini ve besleyiciliğini kontrol eden ve basitçe ortaya koyan bağımsız testlere gizlilik politikaları adına da başvurulması önerisi gündeme getirilmekle yetinilecektir⁶⁷³. Bunun dışında *Creative Commons* uygulaması benzeri ortak sembollerin oluşturulması yahut gizlilik politikalarının standartlaştırılması da önerilmektedir⁶⁷⁴.

IV. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Veri Koruma Esaslarıyla Uyumlu

Borçlar hukuku esasları uyarınca kişisel verinin karşı edim olarak ele alınmasının mümkün olduğu tespit edilmiştir. Bu sözleşme veri işleme faaliyetine dayandığından veri koruma hukuku esaslarının da söz konusu ilişkiye dahil olması kaçınılmazdır. Borçlar hukuku uyarınca *de facto* duruma getirilen çözümlerle veri koruma hukuku esaslarının uyumlu olup olmadığı sorunu açıklığa kavuşturulmalıdır. Özellikle Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ve GDPR uyarınca veriye dayalı iş modelinin veri koruma hukukuna aykırı olup olmadığı sorusu cevaplanmalıdır. Bu kapsamda özellikle açık rıza için aranan özellikler ve bir ürünün kişisel verilerin işlenmesi şartına bağlanması diğer bir ifadeyle açık rızanın hizmet şartına bağlanması yasağı (“*Kopplungsverbot*”) ekseninde veriye dayalı iş modellerinin durumu mercek

⁶⁷² Kurumsal gücün ve medyada yer alan haberlerin mahremiyet skandallarını azalttığı ya da teknoloji şirketlerinin kullanıcılarının mahremiyetini güçlü bir şekilde koruduğunu algısının oluşturulduğu bir gerçektir. Bkz. **López**, s. 44, N. 66. Örneğin *Apple*, FBI’ın terörist olduğu iddia edilen bir kişiye ait *iPhone*’un kilidini açma talebini, sivil özgürlüklerin savunulması ve insanların mahremiyetinin korunması gerekçelerini öne sürerek reddetmiştir. *Apple*’ın talebi reddetmesi kullanıcıların gizliliğinin güçlü bir şekilde korunması olarak övülürken, aynı zamanda *iPhone*’un güvenlik ayarlarının etkili bir reklamı işlevi görmüştür. Bkz. çevrimiçi, <https://www.cnbc.com/2016/03/29/apple-vs-fbi-all-you-need-to-know.html> -29.06.2022; **López**, s. 44, N. 67.

⁶⁷³ Örneğin enerji tasarrufu yönüyle elektrikli ürünler puanlanmaktadır. Geri dönüşüme ve çevreye zarar vermemeleri yönüyle de üretim usulleri ve bu üretimin çıktıları yahut ürünlerin besleyicilik nitelikleri puanlanmaktadır. Alternatif test yöntemleri için ayrıca bkz. çevrimiçi, <https://www.test.de/> (“*Stiftung Warentest*”), [oekotest.de](https://www.oekotest.de/) (“*Öko-Test*”), 12.06..2022. Nitekim Almanya’da sosyal ağ kullanıcıları için uygulamaların gizlilik politikaları incelemek suretiyle tüketiciler bilgilendirilmiştir. Bkz. Bkz. Çevrimiçi, <https://www.test.de/Messenger-Apps-im-Vergleich-4884453-0/> -12.06.2022.

⁶⁷⁴ Bkz. **López**, s. 46, N. 81 ve s. 47, N. 92.

altına alınmalıdır. Bunun yanında girişimcinin açık rıza dışında bir hukuka uyguluk sebebine dayanarak kişisel veri işleme faaliyetini gerçekleştirebilme imkânı da tartışılmalıdır.

A. Açık Rızanın Özgür İradeye Dayanması ve Veriye Dayalı İş Modelleri (Kopplungsverbot)

1. Rızanın Geçerliliği İçin Aranılan Ön Koşul: Özgür İradeye Dayanma

KVKK m. 3/a uyarınca rızanın tanımında yer alan unsurlardan biri de rızanın “özgür irade ile” açıklanmış olmasıdır⁶⁷⁵. Özgür iradenin varlığından bahsedilebilmesi için ilgili kişinin verilerinin işlenmesine rıza göstermek yahut göstermemek noktasında gerçek anlamda bir seçim hakkı sahibi olması gerektiği ifade edilmelidir⁶⁷⁶. GDPR Art. 7/4 rızanın bu niteliğine yönelik bir kıstas içermektedir⁶⁷⁷. Buna göre:

“Rızanın hür iradeye dayanarak verilip verilmediğine ilişkin değerlendirmede, diğer hususların yanı sıra bir hizmetin sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin ifasının, o sözleşmenin ifası için gerekli olmayan kişisel verilerin işlenmesine rızaya bağlı olup olmadığı azami ölçüde dikkate alınacaktır⁶⁷⁸.”

⁶⁷⁵ Veri işleme faaliyetinin kapsamı ve sonuçlarıyla ilgili bilgilendirmenin her zaman bir yönüyle eksik kalacağı ve bu sebeple özgür iradeye dayanan bir rızanın varlığından bahsedilmesinin mümkün olmadığı yönünde bkz. **Oostveen, Irion**, s. 22.

⁶⁷⁶ GDPR-Dibace 42 ve 43; **Çekin**, KVKK, s. 91; **EDPB**, Consent, s. 7, N. 13; **Bastian Stemmer**, BeckOK Datenschutzrecht, eds. Stefan Brink, Heinrich Amadeus Wolff, 37. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 01.05.2021, DS-GVO Art 7, N. 37, çevrimiçi-BECK-ONLINE-20.10.2021. DCD uyarınca rızanın özgürce verilmesi gerektiği söz konusu rıza beyanının geçerliliğinin ise bu DCD uyarınca düzenlenmediği ve GDPR esaslarının geçerli olduğu vurgulanmıştır. Bkz. DCD-Dibace 38; **Sonja Bühler**, “Conditional Consent as a Valid Legal Ground for Data Processing-a Misbelief?”, Freilaw 1/2019, s. 26, çevrimiçi, https://freilaw.de/wordpress/wp-content/uploads/2020/08/2019-1_Freilaw-1.pdf - 21.10.2021.

⁶⁷⁷ “Kopplungsverbot” olarak adlandırılan bu yasak İsviçre Hukuku uyarınca da açıkça öngörülmüş değildir. bkz. **Schmidt**, s. 89

⁶⁷⁸ GDPR Art 7/4: “When assessing whether consent is freely given, utmost account shall be taken of whether inter alia the performance of a contract including the provision of a service, is conditional on consent to the processing of personal data that is not necessary for the performance of that contract.” Maddenin Almanca metni, İngilizce aslı ile uyumlu olmasa da anlam itibarıyla bir farkları söz konusu değildir. Almanca metin: (DS-GVO, Art 7/4): “Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags

Bu hüküm, her ne kadar doğrudan Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nda yer almıyorsa da hükümde rızanın özgür iradeyle verilmiş kabul edilmesine yönelik bir kıstas öngörülmektedir⁶⁷⁹. Özgür iradeye dayanmak Türk hukuku uyarınca da rızanın unsuru olduğundan, ilgili hüküm kapsamında öngörülmüş bulunan yasağın sınırlarının çizilmesi gerekmektedir. Bu sınırlar, Türk hukuku uyarınca rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı belirlemesinin yapılmasına da ışık tutacaktır. Nitekim Kişisel Verileri Koruma Kurulu kararlarında rızanın özgür iradeye dayanma unsurunu açık rızanın hizmet koşuluna bağlanması (bağlanma yasağı) ekseninde değerlendirmiştir⁶⁸⁰. Özellikle veriye dayalı iş modelleri bakımından bu yasağın etkisi özel önem taşımaktadır. Şu hâlde GDPR Art 7/4 karşısında veriye dayalı iş modellerinin rızanın özgürce verilmiş olması kıstasına etkisi ortaya konulmalıdır⁶⁸¹.

2. Hizmet Şartına Bağlı (Açık) Rıza Kavramı ve Veriye Dayalı İş Modelleri

Kişisel veri karşılığında bir ürün sunulduğu hallerde açık rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı tespit edilmelidir. İnceleme konusu veriye dayalı iş modelinde ilgili kişinin kişisel verileri, girişimci tarafından işlenmesinin hukuka uygunluk sebebi açık rızadır. Bu kapsamda bir üründen istifade edebilmek adına veri işleme faaliyetine rıza göstermesi şart koşulmaktadır. Bu durumun rızanın özgür iradeyle verilmiş olması niteliğine etkisi belirlenmelidir. Borçlar hukuku alanında sözleşme ilişkisinin kendisinin, rızanın gönüllülüğünün olmadığına delil kabul etme fikri alışılmışın dışındadır⁶⁸². Sözleşmeyle bağlanma, sözleşme paritesinin bozulması, bilgi asimetrisi veya diğer piyasa başarısızlığı nedeniyle sözleşme

nicht erforderlich sind." (Azami ölçüde dikkate alınacağına dair ifade Almanca metinde yer almaz ancak bu metnin anlam ve kapsamına etki etmez. Bu yönde bkz. **Leinemann**, s. 158).

⁶⁷⁹ **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 5.

⁶⁸⁰ "Bir market zincirinin sadakat kart uygulamasına ilişkin ihbar ve şikayetler hakkında" Kişisel Verileri Koruma Kurulu, T. 25.03.2019, 2019/82; "Veri sorumlusunun, web sitesinde kişisel verilerin işlenmesini hizmet şartı olarak talep ettiği ve aydınlatma yükümlülüğünü usulüne uygun yerine getirmedeği iddiaları hakkında" Kişisel Verileri Koruma Kurulu T. 08.07.2019, 2019/206; çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5406/Kurul-Karar-Ozetleri> - 21.10.2021. Ayrıca bkz. "Mağazalarda Alışveriş Sırasında İlgili Kişilere SMS ile Doğrulama Kodu Gönderilmesi Suretiyle Kişisel Verilerin İşlenmesine İlişkin Kamuoyu Duyurusu", T. 17.12.2021, çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7104/MAGAZALARDA-ALISVERIS-SIRASINDA-ILGILI-KISILERE-SMS-ILE-DOGRULAMA-KODU-GONDERILMESI-SURETIYLE-KISISEL-VERILERIN-ISLENMESINE-ILISKIN-KAMUOYU-DUYURUSU> -20.02.2022.

⁶⁸¹ Ayrıca bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 170 vd.

⁶⁸² **Metzger**, Festschrift, s. 50.

özgürlüğü haleldar olmadığı sürece, irade hürriyetinin bir ifadesidir⁶⁸³. Böyle bir aksaklık olmadan bir sözleşmeden etkilenen kişiyi kendisinden korumak hukuki gerekçe gerektiren bir paternalizm ifadesidir⁶⁸⁴. Bu sebeple sözleşme hukuku ve veri koruma hukuku esaslarının birbiriyle uyumlaştırılmasında bağlanma yasağı kavramı hassas bir noktaya denk düşmektedir.

3. Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü ve Mutlak Bağlanma Yasağı

GDPR Art. 7/4 uyarınca öngörölmüş bulunan yasakla ilgili öncelikli sorun yasağın mutlak nitelikte olup olmadığıdır. Bu çerçevede, bir kişinin sözleşme uyarınca rıza beyanında bulunmayı taahhüt ettiği hallerde rızanın gönüllü niteliğini koruyup korumadığı konusunda azımsanmayacak bir belirsizlik söz konusudur. Dolayısıyla GDPR Art. 7/4'ün katı bir şekilde uygulanması, özellikle de veri karşılığı sözleşmelere dayalı iş modellerinde rıza hukuka uygunluk sebebinden mahrum bırakabilir⁶⁸⁵. Doktrinde her ne kadar aksini savunan görüşler bulunsa da hükmün katı, aksi kararlaştırılması mümkün olmayan bir yasak getirmek yerine her somut olay özelinde bir değerlendirme yapmayı gerekli kılan bir kural öngördüğünün kabulü isabetli olacaktır⁶⁸⁶. Aksi durum ilgili kişinin anayasal hakkını kullanma iradesine yönelik ölçsüz sınırlanması anlamına geleceğı gibi; girişimcinin temel hak ve hürriyetleri yönünden de ölçsüz bir sınırlamadır⁶⁸⁷. Bu yorum GDPR Art. 1/3 uyarınca Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğünün kişisel verilerin Birlik içinde

⁶⁸³ Metzger, Festschrift, s. 50.

⁶⁸⁴ Metzger, Festschrift, s. 50.

⁶⁸⁵ Walker, s. 195.

⁶⁸⁶ Hükmün mutlak bir yasak içerdiği zira bir hizmetin verilmesi şartına bağı rızanın hiçbir zaman özgür iradeyle verilmiş sayılamayacağı ve *Dibace 43*, 2. cümleinin de bu yasağı bir dayanak olduğu yönünde bkz. Stemmer, DS-GVO, Art. 7, N. 40; Ulrich Dammann, “Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung”, ZD, Heft 7, 2016, s. 311; Funke, s. 268; bu görüşün ayrıntısı için ayrıca bkz. Jürgen Kühling, Mario Martini, “Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?”, EuZW, 2016, s. 451, çevrimiçi, BECK-ONLINE-21.10.2021; Schulz, DS-GVO, Art. 7, N. 24. Hükmün mutlak bir yasak içermediğı yönünde bkz. Frenzel, DS-GVO, Art. 7, N. 18; Malte Engeler, “Das überschätzte Kopplungsverbot”, ZD, Heft 2, 2018, s. 58 vd.; Leinemann, s. 167.

⁶⁸⁷ Schulz, DS-GVO, Art. 7, N. 27; Peter Schantz, “Die Datenschutz-Grundverordnung-Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht”, NJW, 2016, s. 1841, çevrimiçi, BECK-ONLINE-21.10.2021; Kühling, Buchner, DS-GVO Art. 7, N. 41, çevrimiçi, BECK-ONLINE-21.10.2021.

serbest dolaşımına engel olmak maksadının bulunmadığı hükmüyle de çelişecektir⁶⁸⁸.

Hükmün, ilgili kişinin temel haklarından olan kişisel verilerin korunması amacıyla uyumlu olarak sözleşme ilişkisiyle ilgili olmayan bir konuda alınan rızayla sınırlı ele alınması gerektiği vurgulanmaktadır⁶⁸⁹. Buna ek olarak doktrinde GDPR Art 7/4 ekseninde bir karine öngörüldüğü savunulmaktadır⁶⁹⁰. Bu kapsamda kural rızanın hizmet şartına bağlanmış olduğu hallerde gönüllü verilmediği bir diğer ifadeyle özgür iradeye dayanmadığıdır; meğer ki durumun koşulları farklı bir değerlendirmeyi gerektirsin⁶⁹¹. Bununla birlikte isabetli olan maddenin bir genel kabul yahut karine öngördüğünden hareket edilmemesidir. Maddenin varlık amacı somut olayın özellikleri uyarınca rızanın serbestçe verilip verilmediğinin belirlenmesini sağlamaktır⁶⁹².

GDPR Art. 7/4, taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi mevcut olduğu hallerde, rızanın serbestçe verilmiş olma niteliğinin tespiti için dikkatli bir inceleme gereğini açıkça ortaya koymaktadır⁶⁹³. Bu kapsamda hüküm, *Dibace 43*, 1. Cümleyle birlikte ele alındığında ilgili kişiyle girişimci arasında açık bir dengesizlik olup olmadığı ancak somut olayın tüm özellikleri dikkate alındığında uygun bir şekilde değerlendirilebilecektir⁶⁹⁴. Öncelikle şu husus ifade edilmelidir ki şayet somut olayın özellikleri dikkate alınarak bir sonuca varılacaksa bu durum bizatihi kesin bir bağlanma yasağı olmadığı anlamına gelecektir. Kesin bir bağlanma yasağı varsa somut olayın özelliklerinin dikkate alınmasına imkân olmayacağı gibi lüzum da yoktur⁶⁹⁵.

GDPR Art. 7/4'ün yürürlük süreci de göz önüne alındığında mutlak bir bağlanma yasağı öngörülmek gayesiyle kaleme alındığı görüşünün bu süreç itibarıyla

⁶⁸⁸ Ayrıca bkz. **Walker**, s. 131.

⁶⁸⁹ **Schulz**, DS-GVO, Art. 7, N. 27.

⁶⁹⁰ Avusturya Yüksek Mahkemesi de GDPR Art. 7/4 uyarınca hizmet karşılığı veri işlenmesine gösterilen rıza halinde rızanın özgür iradeyle verilmediği yönünde bir karine öngörüldüğü görüşündedir. Bkz. Oberster Gerichtshof, 31.08.2018, 6 Ob 140/18h, N. 4.4.4.

⁶⁹¹ **Schantz**, s. 1845.

⁶⁹² **Frenzel**, DS-GVO Art. 7, N. 18; **Rogosch**, s. 81-81; **Leinemann**, s. 167.

⁶⁹³ **Frenzel**, DS-GVO Art. 7, N. 18; **Leinemann**, s. 167; **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 5.

⁶⁹⁴ **Frenzel**, DS-GVO Art. 7, N. 18; **Leinemann**, s. 167.

⁶⁹⁵ **Leinemann**, s. 166.

da reddi gerekmektedir⁶⁹⁶. Her ne kadar sadece *Dibace 43* uyarınca katı bir yasak getirilmiş olduğu sonucuna ulaşılamayacaksa da böyle bir yasağın *Dibace 43* uyarınca da öngörülmüş olması hali varılan sonuç üzerinde etkili olmayacaktır. *Dibace 43*, Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün bizatihi kendisi değil; gerekçesidir. Avrupa Birliği'nin yasal düzenlemelerini yorumlarken, metnin gerekçeleri özel bir önemi haiz olsa da gerekçelerin bağlayıcı değildir⁶⁹⁷. Kaldı ki ifade edildiği üzere *Dibace 43*, 1. cümle somut olayın tüm koşullarının dikkate alınması gerekliliğine vurgu yapmaktadır⁶⁹⁸.

Mutlak bir bağlanma yasağının kabul edilmesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılması rejimi uyarınca orantılı olmaktan uzaktır⁶⁹⁹. Bunun yerine, somut olayın tüm koşulları dikkate alınmalıdır. Bir hizmetin, içeriğin yahut ürünün sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin ifasının, sözleşmenin ifası için gerekli olmayan kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilen ilişkilerde, rızanın özgür iradeyle verilip verilmediği, değerlendirilmesi gerekmektedir. Ancak sözleşmenin ifasıyla ilgili olmayan kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi mutlak suretle özgür iradeye dayanmayan geçersiz bir rızanın var olduğu anlamına gelmeyecektir⁷⁰⁰.

DCD uyarınca kişisel veri karşılığı kurulmuş bulunan ilişkiler, çevrimiçi ürünlerin veri karşılığı elde edilmesi yönüyle düzenlenmiştir. Çevrimiçi ortamda sunulan hizmetin kişisel verilerin paylaşılmasını gerektirdiği her durumda, GDPR Art. 7/4 uyarınca bağlanma yasağına aykırı olduğu kabul edilirse DCD'nin uygulanma ihtimali bulunmaz⁷⁰¹. Bunun aksine DCD'nin, amacı, kişisel veri

⁶⁹⁶ Taslak metin katı bir yasak hüküm içeriyorken (Art. 7/4) bu hüküm çıkarılmış yerine yürürlükte bulunan hali eklenmiştir. Taslak metin uyarınca taraflar arasındaki dengesizliğin varlığı, rızanın özgürce verilmiş kabul edilmesine engel olarak nitelendirilmiştir. Madde metni ve yürürlüğe giriş süreci ile ilgili ayrıca bkz. **Leinemann**, s. 160 vd., özellikle s. 167.

⁶⁹⁷ **Leinemann**, s. 167; **Charlotte Gaitanides**, *Europäisches Unionsrecht*, eds. Hans Groeben, Jürgen Schwarze, Armin Hatje, 7. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2015, EUV (Vertrag über die Europäische Union) Art. 19, N. 45, çevrimiçi, BECK-ONLINE-21.10.2021.

⁶⁹⁸ GDPR-Dibace 43/1: "Somut olaydaki tüm koşullar göz önüne alındığında" (*in all the circumstances of that specific situation*). Dibace 43'ün yasağın mutlak olmadığına delalet ettiği yönünde ayrıca bkz. **Metzger**, *MüKo*, BGB § 327q, N. 5.

⁶⁹⁹ **Leinemann**, s. 168.

⁷⁰⁰ **Leinemann**, s. 168.

⁷⁰¹ DCD uyarınca GDPR Art. 7/4. maddesindeki bağlanma yasağının kapsamı hakkında açık hüküm yer almamakta ve bu yasağın kapsamına yönelik bir kıstas yer almasa da bu DCD'nin en azından temel düzeyde veriye dayalı iş modellerinin meşrulaştırmasından başka bir şekilde anlaşılmasının güç olduğu savunulmaktadır. Bkz. **Wendehorst**, *digitale Produkte*, s. 2915; **Walker**, s. 195; **Metzger**, *MüKo*, BGB § 327q, N. 5. Aksi takdirde BGB § 327/3 anlamsız-

karşılığında sunulan ürünlerin tabi olacağı hukuki esasları belirlemektir⁷⁰². Netice itibarıyla bağlanma yasağı, ilgili kişi için sözleşmeyle bağlandığında kendi kararına karşı kendini savunamayacağı risklere karşı bir güvence işlevi görmektedir. GDPR Art. 7/4'ün bir bağlama yasağı ("*Verbot der Koppelung/Kopplung*") olarak anlaşılması halinde, ilgili kişinin irade hürriyeti yalnızca kendi kararlarına yönelik tehlikelerde değil, kanunen ilke olarak ve kapsamlı bir şekilde kısıtlanacaktır. Ancak bağlanma yasağının amacı ilgili kişiyi kendinden değil, üçüncü kişilerden korumaktır⁷⁰³.

4. (Açık) Rızanın Özgür İradeye Dayandığı Hallerin Belirlenmesine Yönelik Kıstaslar

Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü uyarınca mutlak bir bağlanma yasağının bulunmadığı kabul edildiği takdirde veriye dayanan iş modellerinin de rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılabilecektir⁷⁰⁴. Veri karşılığı hukuki ilişkilerde rızanın özgür iradeye dayanma özelliğinin nasıl korunacağına dair doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşler aşağıda ayrı başlıklar altında incelenecektir.

a. Girişimcinin Piyasadaki Konumu ve (Açık) Rızanın Sıhhati

GDPR Art. 7/4 uyarınca öngörülmüş yasağın mutlak olmadığı tespit edildikten sonra, bu yasağın kapsamının belirlenmesi için bir değerlendirme ihtiyacı kendisini gösterecektir. Yasağın kapsamının belirlenmesi için birtakım görüşler ileri sürüldüğü görülmektedir. Doktrinde bir görüş rızanın özgürce verilmiş olmadığı ve bağlanma yasağının kapsamında yer alan halleri yalnızca girişimci sorumlu kişinin piyasada hâkim pozisyonda yahut tekel konumunda olması durumuna

uygulanması mümkün olmayan bir hüküm halini alacaktır. Bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 5.

⁷⁰² **Çekin**, KVKK, s. 96; **Andreas Sattler**, "Personenbezug als Hindernis des Datenhandels" Rechte an Daten, eds. Tereza Pertot, Martin Schmidt-Kessel, Fabio Padovini, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, s. 74 vd., ("Rechte an Daten"); **Efroni**, Data-Paying, s. 806-807.

⁷⁰³ **Walker**, s. 196.

⁷⁰⁴ **Leinemann**, s. 172. Bağlanma yasağının, mutlak bir yasak olduğu sonucuna ulaşanlar, kişisel veri karşılığı hukuki ilişkinin geçerli olarak kurulamayacağı görüşündedir. Bu görüşün ayrıntısı için bkz. **Stemmer**, DS-GVO Art. 7, N. 46.

hasretmektedir⁷⁰⁵. Bir diğer ifadeyle bağlanma yasağının sadece veri sorumlusu hizmeti sunan kişinin hâkim konumunda olması durumunda geçerli olduğu ileri sürülmektedir. Bu görüş uyarınca bağlanma yasağı (GDPR Art.7/4) rızanın gönüllü olarak verilip verilmediğini değerlendirmek için ilgili kişinin ürünü ne kadar girişimciden elde etmeye mecbur olduğu sorusunun sorulmasını gerekli kılar⁷⁰⁶.

Bu görüş maddenin kendisinde yer almayan ve madde gerekçesiyle uyumlu olmaktan uzak bir sınırlama içermektedir⁷⁰⁷. Girişimcinin piyasadaki hâkim durumu yalnızca ve doğrudan rızanın özgür iradeye dayanmadığı sonucuna ulaşılması için yeterli olmadığı gibi; rızanın özgür iradeye dayanmadığı yegâne hali girişimcinin piyasadaki konumu üzerinden değerlendirmek uygun olmayacaktır⁷⁰⁸. Maddenin amacı, rızanın özgür iradeye dayanmasını sağlamaktır. Rızanın özgür iradeye dayanmıyor oluşunun sebebi, girişimcinin piyasadaki hâkim pozisyonu olabilecektir ancak bu sonuca somut olayın tüm koşulları dikkate alınarak varılacaktır⁷⁰⁹. Sadece girişimcinin piyasada tekel konumunda olması bağlanma yasağına aykırılığın var olduğuna hükmetmek için yeterli değildir⁷¹⁰.

Buna ek olarak doktrinde çevrimiçi ürünler bakımından pazarın belirlenmesi ve hâkim pozisyonun tespit edilmesinin oldukça zor olduğuna işaret edilmektedir⁷¹¹. Örneğin sosyal ağ platformlarının her biri esasında birbirinin tam alternatifi olmadıklarından, birbirlerini dışladıkları ve her biri ağın ayrı bir pazar, ilgili

⁷⁰⁵ Bu tartışma için ayrıca bkz. **Schulz**, DS-GVO, Art. 7, N. 27. Bu görüş sosyal ağlar bakımından özellikle önemlidir. Zira Alman Federal Rekabet otoritesi, *Facebook*'un piyasada hâkim durumda olduğunu kabul etmiştir. bkz. **Bundeskartellamt**, Facebook, N. 464.

⁷⁰⁶ **Kai-Uwe Plath**, DSGVO/BDSG, ed. Kai-Uwe Plath, 3. Auflage, Köln, Otto Schmidt Verlag, 2018, DSGVO Art. 7, N. 20; Ayrıca bkz. **Schulz**, DS-GVO, Art. 7, N. 27 vd.

⁷⁰⁷ **Stemmer**, DS-GVO Art. 7, N. 44; **Leinemann**, s. 170.

⁷⁰⁸ **Siybille Gierschmann**, "Was "bringt" deutschen Unternehmen die DS-GVO?", Zeitschrift für Datenschutz (ZD), Heft 2, 2016, s. 54; **Leinemann**, s. 170. Bu yaklaşım eski kanun (BDSG) zamanında kalmadır (BDSG § 28 Abs. 3b). İlgili madde kapsamında (bağlanma yasağı) bir hizmet yahut içeriğin piyasada tekel durumundaki girişimciler taraflarından bu hizmet yahut içeriğin sağlanması için rıza talep edildiği haller de dahil edilmekteydi. Bkz. **Stemmer**, DS-GVO Art 7, N. 43; **Frenzel**, DS-GVO Art. 7, N. 18-21.

⁷⁰⁹ **Leinemann**, s. 171; **Buchner, Kühling**, DS-GVO, Art. 7, N. 52.

⁷¹⁰ Bu çerçevede "menfaatlerin dengelenmesi" olarak adlandırılan ölçüt uyarınca genel işlem koşullarına yönelik denetim de olduğu gibi tüm sözleşme şartları ve tarafların konumlarının esas alınması önerilmektedir. Bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 182 vd.

⁷¹¹ **Alexhander Golland**, "Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung-Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag", MMR, 2018, s. 134, çevrimiçi-BECK-ONLINE-20.02.2021s. 132.

platformun da bu pazarda tekel olduğu da savunulmaktadır⁷¹². Bu durumda tekel pozisyonunda olma kıstasının tek başına bağlanma yasağının uygulama alanını tespit etme fonksiyonu kalmaz⁷¹³.

a. Ürünün Para Karşılığı da Sunulması ve Tüketici Seçeneklerinin Artırılması

Özgür iradeye dayanan bir seçimin söz konusu olabilmesi için ilgili kişinin birden çok seçeneğinin bulunması gerektiği savunulmaktadır⁷¹⁴. Bu kapsamda sunulan hizmetin veri karşılığı olmaksızın yani (açık) rıza alınmayan ücretli bir seçeneğin (*premium option*) de müşteriye sunulması önerilmektedir. Böylece veri karşılığı ve dolayısıyla veri işlenmesine rıza gösterilmesi zorunlu olmaksızın ilgili hizmetten istifade edilmesi⁷¹⁵ ve ilgili kişinin hür iradesiyle karar vermesi sağlanacaktır⁷¹⁶. İlgili ürün için para karşılığı ve veri karşılığı sunulan seçenekler birbirinin gerçek alternatifi olmalıdır⁷¹⁷. Örneğin sadakat kart sistemi kapsamında üyelerin bir ürüne %10 indirim imkânına sahip olmasıyla %30 indirim imkânına sahip olması arasında fark vardır⁷¹⁸. Zira bir ürünün fiyatının %30 değişecek olması, bu sadakat kart sistemine dahil olmak konusundaki kararları ve dolayısıyla rızanın özgür iradeye dayanan niteliğini etkileyecektir. Bunun yanında farklı alternatifler

⁷¹² Golland, s. 132-133.

⁷¹³ Golland, s. 133.

⁷¹⁴ EDPS, “Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content”, 2017, N. 60, çevrimiçi, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf -21.10.2021; Metzger, seçeneklerin artırılmasıyla (ücretli alternatifler sunulması, piyasa koşulları gereği ilgili kişinin alternatif girişimcilerden aynı/benzer ürüne erişim imkânı olması) ilgili kişinin zor durumda olmadığı hallerde rızanın özgür iradeye dayanacağını savunmaktadır. Bkz Metzger, MüKo, BGB § 327q, N. 5.

⁷¹⁵ Gierschmann, s. 54; Golland, s. 134.

⁷¹⁶ Gierschmann, s. 54; Golland, s. 134; Taştan, DCD, s. 20. Kişilerin verileri üzerindeki söz sahipliğinin daha aktif ve anlamlı hale getirilmesi için ücretli seçenek sunulmasının zorunlu olduğu yönünde bkz. Philipp Hacker, Bilyana Petkova, “Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and New Regulatory Frontiers”, *Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property*, Vol. 15, Issue 1, 2017, s. 20, N. 28.

⁷¹⁷ ICO, “What is valid consent?”.

⁷¹⁸ ICO, Washington Post tarafından kullanıcılara sunulan seçenekleri incelediği tavsiye açıklamasında müşteri için birden çok seçenek öngörülmüş olmasına rağmen (3 farklı seçenek sunulmuştur) bu seçeneklerin içeriği incelendiğinde rızaya dayanan veri işleme faaliyetinin gerçek anlamda bir alternatifinin kullanıcılara sunulmadığı ve dolayısıyla rızanın özgür iradeye dayanmadığını ifade etmiştir. ICO tavsiye kararının ayrıntıları için bkz. çevrimiçi, https://www.theregister.com/2018/11/19/ico_washington_post/ -25.10.2021.

uyarınca şirketin elde ettiği menfaatler ilgili kişi nezdinde şeffaf kılınmalıdır ve bu iki seçenek arasındaki fark, ilgili kişi tarafından anlaşılır olmalıdır⁷¹⁹.

Veri karşılığı sunulan ürünler için sadece bu niteliği sebebiyle verilen (açık) rızanın özgür iradeye dayanmadığı sonucunun her halde isabetli olmayacağı kabul edilmelidir. Bu kapsamda kural olarak kimsenin veri karşılığı bir üründen istifade etmek zorunda olmadığı ifade edilmekte⁷²⁰; piyasadaki ürün çeşitliliği dikkate alındığında kişinin ilgili hizmeti başka bir sunucudan ya da belirli bir ücret karşılığında elde etme imkânı olduğu vurgulanmaktadır⁷²¹. Buna ek olarak kişinin bir hizmet yahut üründen istifade etmesi ve fakat bunun karşılığında hiçbir bedel (para) ödememesinin, hayatın olağan akışına aykırı olduğu ve kimsenin hiçbir karşılık ödemeksizin bir hizmetten istifade edeceği beklentisinin korunmaya değer olmadığı savunulmaktadır⁷²².

Seçim özgürlüğünün kısıtlandığı her halin, özgür iradeyi sakatlamayacağı da ayrıca vurgulanmaktadır⁷²³. Buna göre rızanın özgür iradeye dayanması, rıza gösterilmediği takdirde karşılaşılabilecek hiçbir olumsuzluğun bulunmaması olarak anlaşılmalıdır⁷²⁴. Bu kapsamda rıza vermemenin sonucu olan olumsuzluklar, orantılı ve veri işlemenin amacı ile ilgili olmaları halinde makul kabul edilmelidir⁷²⁵. Rıza gösterilmemesinin sonucu, bir miktar paranın ödenmesi gibi ekonomik nitelikteki olumsuzluklarsa bu sonuçlar kişi üzerinde her halde kabul edilemez bir baskı ve özgür iradeyi sakatlayacak bir unsur olarak nitelendirilmemelidir⁷²⁶.

⁷¹⁹ **Hacker, Petkova**, s. 25, N. 36. *Hacker ve Petkova* Facebook özelinde örnek ücretli ve veriye dayalı seçenek sunma yöntemine ortak eserlerinde yer vermişlerdir. bkz. **Hacker, Petkova**, s. 36, N. 61.

⁷²⁰ **Çekin, KVKK**, s. 95.

⁷²¹ **Çekin, KVKK**, s. 95. *Çekin*'in ifadeleri, piyasada ücretsiz bir alternatifin yahut alternatif hizmet sunucusunun bulunmadığı hallerde açık rızanın özgür iradeye dayanmadığının kabul edilmesi gerektiği yönünde de yorumlanmaya elverişlidir. Bkz. **Çekin, KVKK**, s. 95-96.

⁷²² **Çekin, KVKK**, s. 95.

⁷²³ Botschaft zur Änderung des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) und zum Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitende Datenübermittlung, s. 2127, çeviri, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2003/267/de> - 24.10.2021 ("BBl 2003 2101"); **Schmidt**, s. 87.

⁷²⁴ **Schmidt**, s. 87.

⁷²⁵ BBl 2003 2101, s. 2127; **Schmidt**, s. 87.

⁷²⁶ **Schmidt**, s. 88; **Schulz**, DS-GVO, Art. 7, N. 23 vd.

Kişinin yalnızca belirli bir hizmet, ürün yahut içerikten istifade etme arzusu, iradesinin özgür niteliğine gölge düşürmeyecektir. İlgili kişinin kendisine sunulan birkaç seçenek arasında seçim yapma imkânı olmasına rağmen rıza göstermişse ve ilgili ürünü veri işleme olmadan bunun yerine makul bir ücret karşılığında alabiliyorsa yahut sunulan hizmet, ürün yahut içerik piyasada başkalarında açık rıza gerekmeksizin arz ediliyor olmasına rağmen kişi rıza göstermişse özgür iradenin var olduğu kabul edilmelidir⁷²⁷. Fiili, ekonomik veya piyasa şartları sebebiyle ortaya çıkan bir güç dengesizliği sonucu ilgili kişinin veri işlemeye rıza göstermekten başka seçeneği yoksa ancak bu takdirde rızanın özgürce verilmiş olması niteliğinin tehlikeye düşebilir⁷²⁸. Yargı kararlarında da tüketicilerin, tercihlerine bakılarak bir değerlendirme yapıldığı da görülmektedir. Örneğin Avusturya Yüksek Mahkemesi çevrimiçi telefon satış hattının ücretli seçeneği yerine tüketicilerin tümünün veri karşılığı sunulan seçeneği tercih ettiğinin⁷²⁹ tespit edildiği bir uyuşmazlıkta rızanın özgür iradeye dayanmadığına hükmetmiştir⁷³⁰.

Doktrinde ücretli alternatif sunulmasının adaletsizliklere yol açabileceği, özellikle gelir dağılımındaki adaletsizlik sebebiyle ayrıcalıklı bir grubun ortaya çıkmasına sebep olabileceği ifade edilmektedir (“*Zwei-Klassen-Datengesellschaft*”-iki sınıflı veri toplumu)⁷³¹. Ancak ücret, ilgili kişinin gerçek bir alternatifle muhatap

⁷²⁷ **Metzger**, AcP, s. 823. İtalyan Yüksek Mahkemesi de üçüncü kişiler tarafından piyasada ilgili hizmetin sunuluyor olmasının özgür iradenin varlığı için yeterli kabul etmiştir. Bkz. Corte di Cassazione, sez. I Civile, sentenza 11 maggio – 2 luglio 2018 (02.07.2018), n. 17278, çevrimiçi, <https://www.privacy.it/2018/07/02/cass-civ-17278-2018-newsletter-pubblicita/> - 24.10.2021. Benzer yahut eş koşullarda başkalarının ilgili ürün yahut hizmeti sunmasının yeterli olmadığı yönünde bkz. **Şehriban İpek Aşıkoğlu, Fatih Burak Uzun**, “Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarımının Açık Rızaya Dayandırılmasının Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan, ed. Abuzer Kendigelen, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 964.

⁷²⁸ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 103; **Zech**, GRUR, s. 1155; **Metzger**, AcP, s. 823; **Maxmillan Becker**, “Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte”, JuristenZeitung (JZ), Heft 4, 2017, s. 174; **Specht**, JZ, s. 766; **Nicola von Jentzsch**, “Datenhandel und Datenmonetarisierung: Ein Überblick”, Dateneigentum und Datenhandel, ed. Stiftung Datenschutz, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2019, s. 182; **Schmidt**, s. 88; **Walker**, s. 195.

⁷²⁹ Yapılan araştırmalarda ortaya konulduğu şekliyle tüketicilerin hali hazırda ücretsiz aldıkları sosyal ağ hizmetleri için ayda en fazla 2-3 Amerikan Doları ödemeyi kabul edeceklerdir. Bkz. **Palmethofer, Semsrott, Alberts**, s. 13.

⁷³⁰ Oberster Gerichtshof, 31.08.2018, 6 Ob 140/18h, N. 6.4. vd.

⁷³¹ **Niko Härting**, “„Dateneigentum“-Schutz durch Immaterialgüterrecht?”, Computer und Recht (C&R), Heft 10, 2016, s. 648, çevrimiçi, Juris-01.12.2021; **Niclas Krohm, Philipp Müller-Peltzer**, “Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung”, ZD, Heft 12, 2017, s. 553.

kılınmış kabul edilmesini engelleyecek ölçüde yüksek belirlenmişse bu takdirde ilgili hizmetin veri karşılığı alınmasına yönelik rıza beyanı da geçersizdir⁷³². Bu ihtimalde özgür iradeye dayanan bir rızanın varlığından bahsedilemez çünkü sunulan alternatif bir seçenek olmaktan uzaktır⁷³³.

Bununla birlikte bir girişimcinin veri işlemeye rıza yerine söz konusu ürünü para karşılığında sunabileceği önerisi, girişimcinin iradesiyle ve iş modelinin niteliğiyle her zaman bir uyumlu olmayacaktır⁷³⁴. Girişimci için kişisel verileri davranışsal reklamcılık, mevcut hizmetlerin iyileştirilmesi, yeni hizmetlerin geliştirilmesi veya başka amaçlar için işleyebilmesi büyük önem arz etmektedir. Veri temelli iş modellerinde kişiler arasındaki ilişkinin amacı kural olarak veri işlemeye dayanan bir ekonomik menfaat elde edilmesine yöneliktir. Bu sebeple girişimcinin amacı kişisel veri yahut ikamesi olarak parayla ürün sunmak değildir⁷³⁵. Girişimcinin muradı kişilerin parayla değil veri ile ilgili üründen istifade etmesidir⁷³⁶. Girişimci için mümkün olan en büyük veri hazinesine erişim, daha fazla imkân ve fırsat demekken parayla ödeme modeli kullanılarak elde edilebilecek gelir sınırlıdır⁷³⁷.

Ücretli alternatif için makul fiyat içeren alternatifin makul bedelinin hesaplanmasında, veriye dayalı iş modeli sahibinin güncel yıllık geliri esas alınarak bir hesaplama yapıldığı görülmektedir⁷³⁸. Bir adım ilerisinde fahiş fiyatlandırmaların (veriye dayalı iş modelleri adına geniş kapsamlı veri işleme faaliyetlerinin) da

⁷³² **Golland**, s. 134.

⁷³³ *Walker* da tüketicinin seçimi olan bir şeyin ancak gönüllü olacağını vurgulamaktadır. Bkz. **Walker**, s. 195.

⁷³⁴ **Leinemann**, s. 173. Doktrinde veri karşılığı hukuki ilişkilerin tamamı bakımından para karşılığı alternatif sunulması teklifi ("öneriden" ziyade zorunluluğu), veri karşılığı iş modellerinin sonu anlamına geleceğine dikkat çekilmektedir. Bkz. **Langhanke**, s. 135. Bunun yanında para-karşılığı ürünün tercih edilme oranının da düşük olacağı atlanmamalıdır. Bu takdirde Avusturya Mahkemesi önüne gelen uyuşmazlıkta (bkz. Oberster Gerichtshof, 31.08.2018, 6 Ob 140/18h, N. 6.4. vd.) olduğu gibi para-karşılığı sunulan alternatifin seçenek olma niteliği de tartışmaya açılacaktır.

⁷³⁵ **Leinemann**, s. 173. Ayrıca bkz. **Bräutigam**, s. 636; **Langhanke**, s. 133.

⁷³⁶ *Leinemann*, Facebook'un para karşılığı bir hizmet sunma modeli öngörüyor olmasının dahi bu durumu değiştirmedeği kanaatindedir. Bkz. **Leinemann**, s. 173.

⁷³⁷ **Leinemann**, s. 173.

⁷³⁸ Örneğin *Hacker ve Petkova*, ortak eserlerinde Facebook uygulamasının aylık en fazla 6 Amerikan Doları karşılığında tüketicilere ücretli alternatif olarak sunulabileceğini savunmaktadır. Bkz. **Hacker, Petkova**, s. 36, N. 61. Yapılan hesap uyarınca bir sosyal ağ hizmetinin parayla kullanılmasına yönelik bedelin 1.50 ile 3 Amerikan doları arasında değiştiği tespit edilmiştir. Bkz. **Hacker, Petkova**, s. 23, N. 34. Aynı hesap Euro bazında yapıldığında 1.5 Euro'ya karşılık geleceği sonucuna ulaşılmıştır. Bkz. **Golland**, s. 135.

rekabet hukuku kapsamında söz konusu olan yıkıcı fiyat uygulamaları kapsamında denetime tabi tutulabileceği de ifade edilmektedir⁷³⁹. Ancak bu görüş çerçevesinde yapılan hesaplamalar gerçeklikten uzaktır. Veriye dayalı iş modelinde, girişimcinin örneğin reklam uygulamaları için tercih edilmesi ve dolayısıyla gelir elde etmesini sağlayan veri işleme imkânıdır. Veri işleme faaliyetinin alternatifinin fiyatı hesaplanırken, veriye dayalı modelin esas alınması önemli ekonomik sonuçlar meydana getirecektir. Hali hazırdaki veri işleme imkânında gündeme gelen %1-3 arasında bir fark (negatif yönde değişim/azalma) dâhi girişimcinin geliri üzerinde üstel (geometrik) azalma yönünde olumsuz etkileri olacaktır. Son olarak girişimci için ilgili ürünü para karşılığı sunma zorunluluğu öngörülmesinin, bir anayasal hak kapsamında faaliyet gösteren girişimcinin hakkına yönelik ölçüsüz bir olduğu savunulabilecektir⁷⁴⁰.

b. Ekonomik Gereklilik

Bu başlık kapsamında öncelikle gereklilik kavramı ile kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir diğer hukuka uygunluk sebebi teşkil eden “*bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla doğrudan doğruya ilgili olma*” (KVKK m. 5/1/c, GDPR, Art. 6/1./b.) hukuka uygunluk sebebi anlamında ve kapsamında bir gereklilikten bahsedilmemektedir. Gereklilikle kast edilen, kişisel verileri işlenecek ilgili kişinin rızasının borcun ifası için ekonomik açıdan gerekli olmasıdır. Bu gibi durumlarda rıza hukukî olarak mutlaka açıklanması gereken bir irade beyanı değilse de veri karşılığı hukuki ilişkiler için sunulacak ürünle her durumda bir ekonomik değişim ilişkisi içinde olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır⁷⁴¹.

Ekonomik açıdan bakıldığında, söz konusu hizmetin bu şekilde sunulabilmesi için rıza bir gerekliliktir. Dolayısıyla, sözleşmenin yerine getirilmesi için rıza ekonomik olarak gereklidir⁷⁴². Ancak bir miktar paranın ödenmesi kabul edildiği

⁷³⁹ **Hacker, Petkova**, s. 26, N. 41.

⁷⁴⁰ Bu takdirde bir iş modeli girişimciye dikte edilmiş olacaktır. Bunun aksine GDPR-Dibace 4'te veriye dayalı iş modelinin kişisel verilerin korunmasını talep ile girişim hürriyeti arasında bir denge kurulmasından bahsetmektedir. Bkz. GDPR-Dibace 4/3. cümle. Keza GDPR-Dibace 7 uyarınca veriye dayalı iş modeli sahipleri yönünden de belirliliği sağlamak adına söz konusu düzenlemenin yapıldığı ifade edilmiştir. Bkz. GDPR-Dibace 7/3. cümle.

⁷⁴¹ Ayrıca bkz. **Leinemann**, s. 173.

⁷⁴² Ayrıca bkz. **Leinemann**, s. 173.

takdirde kişisel verilerin işlenmesiyle elde edilen menfaat için makul bir rıza talebinin ekonomik olarak gerekli olduğu artık savunulamayacaktır⁷⁴³. Bununla birlikte bu yaklaşım veriye dayalı iş modelindeki hukuki ilişkilerin özelliklerine uygun değildir⁷⁴⁴. Her halükârda bir para ile ödeme seçeneğinin bulunmadığı düşünüldüğünde, ilgili kişinin para ödeme teklifinin ne şekilde ileri sürüleceği yahut para ödeme teklifinin makul bir teklif olup olmadığının nasıl tespit edileceği belirsizdir. Ayrıca karşılığı para ile de sağlanabildiği diğer bir ifadeyle bir ikamesinin bulunduğu noktada kişisel verinin ekonomik gereklilik olduğunun savunulması mümkün değildir.

c. Bağlanma Yasağının Kişisel Verilerin Karşı Edim Olarak Nitelendirilmesi Halinde Devre Dışı Kalması

Veriye dayalı iş modelinde, edim-karşı edim arasında sinallagmatik bir ilişki bulunmaktadır⁷⁴⁵. Bu sebeple taraflar arasında karşılıklı borç doğuran bir hukuki ilişki vardır⁷⁴⁶. Girişimci tarafından hukuki ilişkinin karşı edimi kişisel verilerin işlenmesidir⁷⁴⁷. Bu durum esasında GDPR Art. 7/4 uyarınca öngörülen bağlanma yasağına tabi bir hukuki ilişki değildir; bir diğer ifadeyle maddenin uygulama alanının dışındadır⁷⁴⁸.

Kişisel verinin karşı edim olduğu hukuki ilişkilerde GDPR Art. 7/4 anlamında bir sözleşmenin ifası için diğer bir ifadeyle gereklerinin yerine getirilmesi için gerekli olmayan kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi söz konusu değildir. Aksine rızanın kendisi sözleşmenin konusunu oluşturur⁷⁴⁹. Veri karşılığı sözleşmelerde asli edim yükümlülüğünün konusu kişisel verilerdir⁷⁵⁰. Bu sebeple kişisel verilerin

⁷⁴³ Ayrıca bkz. **Leinemann**, s. 173.

⁷⁴⁴ Görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. **Leinemann**, s. 174.

⁷⁴⁵ Bkz. İkinci Bölüm/II.

⁷⁴⁶ **Leinemann**, s. 174.

⁷⁴⁷ Rıza karşılığında bir hizmet alındığının kullanıcı için şeffaf hale getirilmesi gereklidir. Bkz. **Leinemann**, s. 174.

⁷⁴⁸ **Leinemann**, s. 174 vd.

⁷⁴⁹ **Leinemann**, s. 175; **Buchner, Kühling**, DS-GVO Art. 7, N. 48 ve 50; **Frenzel**, DS-GVO Art. 7, N. 21; **Benedikt Buchner**, “Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO”, DuD, Issue 3, 2016, s. 158 (“DuD 2016”); Ayrıca bkz. **Funke**, s. 270; **Langhanke**, s. 136. Bu durumun hukuki ilişkinin çerçevesinin yeniden inşası anlamına geleceği yönünde bkz. Schulz, DSGVO Art. 7 N. 30.

⁷⁵⁰ **Buchner**, DuD, s. 41; **Langhanke**, s. 133

işlenmesinin başka bir hukuki işlemle bağlantılı kılınması söz konusu değildir. Kişisel verilerin işlenmesinin asli edimin konusunu oluşturduğu hallerde, edim-karşı edim arasındaki ilişki GDPR Art. 7/4 anlamında irdelenecek bağlanma yasağının kapsamında değildir. Bir diğer ifadeyle bu kuralın uygulama alanına dahil değildir⁷⁵¹. GDPR Art. 7/4 veri karşılığı hukuki ilişkilerin incelemeye tabi tutulması gereken yönü ilgili kişinin rızasının özgür iradeye dayanıp dayanmadığıdır⁷⁵². Sözleşme özgürlüğü veri karşılığı ürün elde eden kişinin hukuki dayanağıdır ve sözleşme özgürlüğünün hukuki sınırları da bu işlemin sınırlarını belirleyecektir⁷⁵³. Böylece kişisel verilerin işlenmesine dayanan iş modelinin esaslarıyla uyumlu bir hukuki çerçeve oluşturulmuş olacaktır⁷⁵⁴.

Bu görüş sözleşmenin kurulması ve ifası için gerekli olmak hukuka uygunluk sebebi uyarınca gereklilikle GDPR Art 7/4'te aranan gerekli olma kıstasının paralel ele alınması gerektiği gerekçesiyle eleştirilmektedir⁷⁵⁵. Bu görüşe yönelik eleştiriler kapsamında, sözleşmenin ifası için gerekli olmadığı ve buna rağmen rızanın,

⁷⁵¹ **Langhanke**, s. 133. Kaldı ki edim-karşı edim arasındaki bağlantıda tarafların özgür iradeleriyle bir irade uyuşmasına vardıklarının denetlenmesi noktasında ayrıca bir kural ihtiyasına da ihtiyaç yoktur. Sözleşmenin kurulmasına yönelik öngörülmüş mevcut kıstaslar, bu denetimin gerçekleştirilmesi adına yeterlidir. Bir irade sakatlığı söz konusu ise bu takdirde başvurulacak hükümlerin hangileri olduğu bellidir (irade sakatlıkları yahut sözleşmenin hali hazırda kurulmamış olduğu haller).

⁷⁵² **Louisa Specht**, "Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit-Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts", DGRI-Jahrbuch 2017, s. 12, çevrimiçi, https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Specht/Spec ht_Datenschuldrecht4.pdf -22.10.2021 ("Vertragsfreiheit"); **Leinemann**, s. 175; **Frenzel**, DS-GVO Art. 7, N. 21. Açık bir bağlanma yasağı öngörülmemiş İsviçre hukukunda ilgili tartışmanın rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmaması noktasında yapıldığı görülmektedir. Bkz. **Langhanke**, s. 145. **Metzger**, hükmün (GDPR Art. 7/4) sözleşme ilişkisi uyarınca rızanın alındığı hallerde rızanın bu niteliğine dair daha titiz davranılmasına yönelik olduğunu ifade etmektedir. Bkz. **Axel Metzger**, "Data as counter-performance: What rights and duties do parties have?", JIPITEC, Issue 8, 2017, s. 5, çevrimiçi, <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528> -06.12.2021, ("JIPITEC"). **Langhanke**, **Schmitt-Kessel** ile ortak eserinde sözleşme ilişkisi uyarınca tüketicinin tek borcu kapsamında kişisel verilerin ticarileştirilmesi söz konusu olacaksa bu yasağın devreye gireceğini beyan etmiştir. bkz. **Langhanke**, **Schmitt-Kessel**, s. 220. Yazarın (**Langhanke**) son tarihli eserinde bu görüşünü değiştirdiği tespit edilmiştir

⁷⁵³ **Specht**, Vertragsfreiheit, s. 12.

⁷⁵⁴ **Leinemann**, s. 175. Bununla birlikte bu görüş, GDPR Art. 7/4'ün varlık amacını açıklamada yetersiz olduğu, hükmün bu şekilde ele alındığı takdirde bilgilendirmeye dayalı rıza kavramından ayrıca neden bir bağlanma yasağı öngörülmüş olduğu sorusunun cevapsız kaldığı yönüyle eleştirilmektedir. Bkz. **Hacker**, AcP, s. 448. Ancak bu eleştiri Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün sadece verinin karşı edim olduğu ilişkileri düzenlemediği dikkate alındığında temelsiz kalmaktadır.

⁷⁵⁵ **Golland**, s. 131; **Stemmer**, DS-GVO Art. 7, N. 41 vd.; **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 171.

sözleşmenin konusunu oluşturduğu hallerin GDPR Art 7/4 kapsamında yer almadığı görüşünün düzenlemenin ruhuna uygun olmadığı ifade edilmektedir⁷⁵⁶. Sözleşme hükümlerinin nasıl kaleme alındığının ise bir önemi olmadığı savunulmaktadır⁷⁵⁷. Sözleşme taraflarından daha güçlü olanın (girişimci) tek taraflı iradesiyle sözleşme ilişkisinin içeriğini belirleyeceği dikkate alındığında, yasağın kapsamında yer alıp almadığının sözleşme hükümleri esas alınarak belirlenmesi, korunmak istenen menfaate uygun bir yaklaşım olmaktan uzaktır⁷⁵⁸.

Bununla birlikte bağlanma yasağı uyarınca gereklilik kıstası bu görüş uyarınca teklif edildiği şekliyle yani hukuka uygunluk sebebi olan sözleşmenin kurulması ve ifası için gerekli olmak kıstasıyla paralel ele alındığı takdirde, hukuka uygunluk sebebi olarak rızaya dayanılması imkânsızlaşacaktır⁷⁵⁹. Bir sözleşmenin kurulması yahut ifası için gerekli olan veri işleme faaliyeti bakımından rıza hukuka uygunluk sebebine başvurulması mümkün ve gerekli değildir. Bu durumun kendisi bizatihi hukuka uygunluk sebebidir. Bir hizmetin ifası için gerekli olmadığı halde işleme faaliyetine dair rıza alınmasının bağlanma yasağına aykırı olacağının savunulması, dolaylı olarak mutlak bir bağlanma yasağının var olduğu anlamına gelecektir. Bu takdirde esasında bu görüşü savunan yazarlar tarafından paralı alternatif sunulması halinde bağlanma yasağının söz konusu olmayacağının beyan edilmesinin de⁷⁶⁰ bir çözüm olmadığı kendiliğinden ortaya çıkacaktır. Bu görüş ekseninde paralı alternatife rağmen rıza beyanında bulunulması, bizatihi bağlanma yasağına aykırılığı gidermeyecektir. Bu durum dikkate alındığında bağlanma yasağının kapsamının sözleşme hükümlerinden bağımsız ele alınmaması gerektiği kendiliğinden ortaya çıkacaktır.

d. Bağlanma Yasağına Aykırılığın Sonucu

Mutlak olmadığı kabul edilen bağlanma yasağına aykırı gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerinin rızanın baştan itibaren geçersiz olması dolayısıyla hukuka

⁷⁵⁶ **Golland**, s. 131-132.

⁷⁵⁷ **Golland**, s. 131.

⁷⁵⁸ **Golland**, s. 131.

⁷⁵⁹ *Golland* da bu görüşü savunurken uygulamada hali hazırda bağlanma yasağı karşısında geçerli bir rızanın var olduğundan bahsedilemeyeceğini savunmaktadır. bkz. **Golland**, s. 132.

⁷⁶⁰ Bkz. **Golland**, s. 134 vd.

aykırı olacaktır⁷⁶¹. Doktrinde soyutluk ilkesi taraftarları uyarınca bağlanma yasağına takılan rızanın kaynağı olan sözleşmenin geçerli olduğu savunulsa da bu görüşe katılmak mümkün değildir⁷⁶². Rızanın gönüllülük niteliğini etkileyen sözleşme şartı, bizatihi hukuka aykırı olması dolayısıyla geçersizdir. Nitekim bu görüş uyarınca sözleşmenin hukuka ve/veya ahlaka aykırı olduğu gerekçesiyle geçersiz olması ihtimaline de temas edilmiştir⁷⁶³. Söz konusu geçersizliğin asli edim yükümlülüğüne dair sonuçları dikkate alındığında bu geçersizliğin kısmi olduğunun da kabul edilmesi mümkün değildir⁷⁶⁴. Bağlanma yasağına aykırı bir sözleşme ilişkisi bu niteliği dolayısıyla bu ilişkiye dayanan rıza gibi geçersiz olacaktır.

B. Girişimcinin (Açık) Rıza Dışında Bir Hukuka Uygunluk Sebebine Dayanma İmkânı⁷⁶⁵

Bağlanma yasağının kişisel verilerin işlenmesine dayanan iş modeliyle mutlak suretle çelişmediğinin tespit edilmesinin ardından, girişimcinin kişisel verileri işleyebilmek adına açık rıza dışında başka bir hukuki dayanağının bulunup bulunmadığı tespit edilmelidir. Bir diğer bir ifadeyle açık rıza dışında bir hukuka uygunluk sebebinin veri temelli iş modelleri için başvurulabilir olup olmadığı değerlendirilmelidir. Bu inceleme sözleşmenin kurulması veya ifası için gerekli olma ile meşru menfaat hukuka uygunluk sebepleriyle sınırlı olarak gerçekleştirilecektir. Özellikle büyük veri bağlamında, toplanan kişisel verilerin kullanımına ilişkin aydınlatmaya dayalı açık rızanın koşullarına ilişkin çeşitli sorunlara sebep olmaktadır. Hatta büyük veri uygulamaları bağlamında veri kullanımına ilişkin aydınlatmaya dayalı bir açık rızanın mümkün olup olmadığı bile tartışılmaktadır⁷⁶⁶. Kural olarak veri temelli iş modelleri için açık rıza dışında bir hukuka uygunluk

⁷⁶¹ Walker, s. 197.

⁷⁶² Sözleşmenin geçerli olduğu yönünde bkz. Walker, s. 197.

⁷⁶³ Walker, hukuka aykırılığın, ahlaka aykırılık karşısında özel hüküm olduğu ifade edildikten sonra özellikle rekabet hukuku uyarınca hâkim durumun kötüye kullanılmasına ilişkin tespitin sözleşme hükmünü hukuka aykırı kılıp kılmadığını değerlendirmiştir. Walker, s. 197-199. Yine Walker, her ihtimalde tüketicinin sözleşme ilişkisini haklı sebeple feshetme imkânı olması gerektiğine dikkat çekmiştir. Bkz. Walker, s. 199.

⁷⁶⁴ Kısmen geçersizlik görüşü için bkz. Walker, s. 198-199.

⁷⁶⁵ Bu başlık altında yapılan açıklamalar özel nitelikteki kişisel veriler için geçerli değildir. Özel nitelikte kişisel verilerin işlenmesi için bu başlık altında incelenen hukuka uygunluk sebeplerine dayanılabilmesi mümkün değildir. Bkz. KVKK m. 6 ve GDPR.

⁷⁶⁶ Specht, GRUR Int., s. 1040.

sebebine dayanılmasının mümkün olmadığı ilk baştan ifade edilmelidir⁷⁶⁷. Nitekim DCD uyarınca kanuni bir yükümlülüğün yerine getirilmesi yahut bir sözleşmenin kurulması yahut ifasıyla ilgili veri işlemenin zorunlu olduğu haller kapsam dışında bırakılmıştır (DCD, Art. 3/1/2. cümle). Çevrimiçi ürün sağlanmasına yönelik sözleşme bakımından sadece bu çerçevede söz konusu olan kişisel veri işleme faaliyetleri, tüketicinin taahhüdünden bağımsız ele alınmıştır⁷⁶⁸.

Hangi hukuka uygunluk sebebine dayanıldığından bağımsız olarak aydınlatma yükümlülüğünün ortadan kalkmayacağına dikkat çekilmelidir⁷⁶⁹. Buna ek olarak hukuka uygunluk sebeplerinin veriye dayalı iş modeli ile uyumunu incelemeyen önce doğru hukuka uygunluk sebebinin tespit edilmiş olmasının önemi de ayrıca vurgulanmalıdır. Yanlış hukuka uygunluk sebebi gösterilmiş olması aydınlatma yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği anlamına gelecektir ki bu durumun tek başına veri sorumlusu için olumsuz hukuki sonuçları olacaktır⁷⁷⁰. KVVK m. 10 uyarınca aydınlatma yükümlülüğünün kapsamında işlemenin hukuki sebebinin gösterilmesi de yer almaktadır⁷⁷¹. İşlemenin hukuki sebebinin gösterilmesinin temel sebebi, ilgili kişinin hukuka uygunluk sebebine yönelik farkındalığının oluşması ve işlemenin hukuka uygun olup olmadığı konusunda bir fikir sahibi olabilmesidir⁷⁷².

⁷⁶⁷ **Frederik J. Zuiderveen Borgesius**, “Personal data processing for behavioural targeting: which legal basis?”, *International Data Privacy Law*, Vol. 5, No. 3, 2015, s. 176, çevrimiçi, Academia (<https://www.academia.edu/>) -12.12.2020 (*Borgesius*, atf yapılan eserinde 95/46/EC sayılı Direktif zamanında, DCD’ye atfen bu görüşü savunmuştur); **Golland**, s. 130 ve 134; **Leinemann**, s. 176; **Hendrik Schulze**, “Exploring the Uncharted Waters of European Competition Law 4.0- An approach to the regulation of abusive data-related behaviors of dominant undertakings in the digital age, Bremen, Nomos, 2020, s. 68; **Schmidt**, s. 58; **Riehm**, s. 179-180; **Metzger**, *Festschrift*, s. 51; **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 64 vd.

⁷⁶⁸ **Metzger**, *MüKo*, BGB § 327, N. 20. DCD’nin rıza dışındaki hukuka uygunluk sebeplerine dayanan veri işleme faaliyetleri yönünden uygulanmayacağı nitekim bu ilişkilerde verinin karşılık/edim niteliği bulunmadığı yönünde bkz. **Walker**, s. 136.

⁷⁶⁹ Açık rıza başka bir hukuka uygunluk sebebi yoksa başvurulacak yöntemdir. Ancak diğer hukuka uygunluk sebeplerinin *a priori* varlığına yönelik değerlendirme, yalnızca hâkim tarafından bağlayıcı olarak gerçekleştirilebildiğinden ve belirsizlik içerdiğinden, birçok şirket (açık) rıza hukuka uygunluk sebebine başvurarak kendilerini koruma eğilimindedir. Bkz. **Metzger**, *AcP*, s. 823; **Specht**, *GRUR Int.*, s. 1043; **Schmidt**, s. 84.

⁷⁷⁰ Bu takdirde veri sorumlusu hakkında KVVK m. 18/1/a uyarınca idari para cezası uygulanacaktır. Ayrıca bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 164.

⁷⁷¹ Aynı yönde bkz. *GDPR Art. 13/1/c*.

⁷⁷² **Gabriela Zafir-Fortuna**, *The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary*, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020, Art. 13, s. 428.

Doğru hukuki sebebin gösterilmemesi özellikle bir başka hukuka uygunluk sebebi varken açık rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılmasının **borçlar hukuku ve veri koruma hukuku** uyarınca ayrı sonuçları vardır. Bu çerçevede: **(1) doğru hukuka uygunluk sebebine dayanılmaması** Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca öngörülmüş genel ilkelere başta hukuka ve dürüstlük kuralına uygunluk⁷⁷³ ilkesine aykırılık anlamına gelebilecektir⁷⁷⁴. İlgili kişi, (açık) rıza hukuka uygunluk sebebine dayanıldığı takdirde geri alma hakkının her zaman var olduğu güveniyle hareket edecektir⁷⁷⁵. Rızanın geri alınmasıyla birlikte diğer hukuka uygunluk sebebine dayanılması mümkün olacağından işleme faaliyetine devam edilmesi de mümkün olacaktır⁷⁷⁶. Bu takdirde ilgili kişiye adil davranıldığından bahsedilemeyeceği için rızanın geri alınmasından sonra işleme faaliyetine devam edilmesi hukuka aykırı olacak (işleme faaliyeti) ve bu durum ayrıca veri sorumlusu için olumsuz sonuçlara yol açacaktır.

Kişisel verilerin rızaya dayalı “metalaştırılmasına” müsaade edilen ve aynı zamanda girişimciler bakımından katı veri koruma sınırlamaları getiren hukuki düzenlemeler karşısında esas olarak rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılmasının⁷⁷⁷ her halükârda dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmesinin yerindeliği, tartışmaya açıktır⁷⁷⁸. Doktrinde KVKK m. 5, 6 ve 28’in lafzından hareket edilerek bir başka

⁷⁷³ Dürüstlük kuralına uygun olmanın TMK m. 2 ile eş anlamlı olmadığı ve bu ilke uyarınca “adil olma” yükümlülüğüne vurgu yapıldığı yönünde bkz. **Çekin**, KVKK, s. 70.

⁷⁷⁴ **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 162.

⁷⁷⁵ **EDPB**, Consent s. 25, N. 123; **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 162-163; **Benedikt Buchner, Thomas Petri**, Datenschutzgrundverordnung-DS-GVO/BDSG, eds. Jürgen Kühling, Benedikt Buchner, 3. Auflage, München, C.H.Beck Verlag, 2020, DS-GVO Art. 6, N. 23 vd.

⁷⁷⁶ İşleme faaliyetinin dayanağı hukuka uygunluk sebebinin yanlış gösterilmesinin aynı zamanda tek başına dürüstlük kuralına aykırı olduğu ve işleme faaliyetini hukuka aykırı kılacağı yönünde bkz. **EDPB**, Consent, s. 25, N. 121-123; “...Gizlilik bildirimindeki ifade, aydınlatma yapılırken aynı zamanda kişilerden açık rıza alınması yoluna gidildiği izlenimini yaratmaktadır. Bilindiği üzere açık rıza dışında işleme nedenlerinin varlığı halinde açık rıza alınması yoluna gidilmesi, dürüstlük kuralına aykırılık şeklinde yorumlandığı gibi, diğer yandan açık rıza gerektiren veri işleme süreçleri bakımından da aydınlatmanın yapılması ile açık rızanın alınmasının birlikte yapılması yürürlükteki mevzuata uygun kabul edilmemektedir.” (Amazon Turkey Perakende Hizmetleri Limited Şirketi hakkındaki başvuru ile ilgili Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/02/2020 Tarihli ve 2020/173 Sayılı Karar Özeti, çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173-15.11.2021>).

⁷⁷⁷ Doktrinde “başarılı bir iş modeli için” açık rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılması teşvik edilmektedir. Bkz. **Efroni**, Location, s. 278.

⁷⁷⁸ Veri sorumlusunun yanlış hukuka uygunluk sebebini dayanak gösterdiği her halde sorumlu tutulmaması gerektiği (aydınlatma yükümlülüğüne aykırılık) ancak rıza geri alınmasına rağmen veri işleme faaliyetine devam edilmesi halinde bu durumun dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edeceği ve bu takdirde veri sorumlusunun bir aldatma maksadı bulunduğu

hukuka uygunluk sebebinin var olmasına rağmen yine de rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılabileceği dahi savunulmaktadır⁷⁷⁹. Bir adım daha ilerisinde ilgili görüş uyarınca GDPR art. 17/1/b⁷⁸⁰ dayanak gösterilerek rıza dışında bir hukuka uygunluk sebebinin var olmasına rağmen rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılmasının yasaklanmadığı ifade edilmektedir⁷⁸¹. Bir diğer ifadeyle rızanın her halükârda diğer hukuka uygunluk sebeplerinin bir alternatifi olduğu iddia edilmektedir.

Öncelikle GDPR art. 17/1/b uyarınca öngörölmüş silme yükümlülüğünün istisnası, rızanın geri alınmasına rağmen ilişkinin sona ermesinin sonucu olarak gündeme gelen bir hukuka uygunluk sebebine dayanılması imkânıdır. Bir başka deyişle hükümde rıza alınırken de mevcut olan bir hukuka uygunluk sebebinin var olmasını değil; rızanın geri alınmasından sonra da verilerin işlenmesine hukuki dayanak olacak sonradan ortaya çıkan bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı ihtimali düzenlenmiştir. Örneğin vergi mevzuatı uyarınca ilgili kişinin birtakım verilerinin hukuki yükümlülük gereği işlenmeye devam edilmesi bu duruma örnek olarak verilebilecektir⁷⁸². Her halükârda doğru hukuka uygunluk sebebinin gösterilmiş olması, veri koruma hukuku uyarınca her zaman yerine getirilmesi öngörölmüş bir yükümlülüktür. Başka bir hukuka uygunluk sebebinin varlığı, rızaya dayanılması imkânını dışlamaktadır. Aksi bir kabul veri koruma hukukunun genel ilkeleri ve bilgi asimetrisini gidermeye yönelik aydınlatma yükümlülüğünün varlık amacıyla bağdaşmayacaktır. Bununla birlikte yanlış hukuka uygunluk sebebi olarak rızaya dayanılmasının her halükârda dürüstlük kuralına aykırı kabul edilmesi tartışmaya açıktır⁷⁸³.

Hukuka uygunluk sebebinin **borçlar hukukunu ilgilendiren yönüyle borcun kapsamıyla ilgilidir (2)**. Veri karşılığı sözleşmelerde ilgili kişinin edim

kabul edilmesi gerektiği yönünde -her halükârda aydınlatma yükümlülüğüne aykırılığın varlığını koruduğu- bkz. Çekin, KVKK, s. 71; Yücedağ, Açık Rıza, s. 164.

⁷⁷⁹ Polater, s. 7.

⁷⁸⁰ Kişisel verilerinin silinmesini talep imkânını düzenleyen bu madde uyarınca: “*ilgili kişi tarafından rızanın geri alınması ve işleme için başka bir yasal dayanak olmaması durumunda*” veri sorumlusunun talebi yerine getirmek ve söz konusu verileri silmekle yükümlü olduğu düzenlenmiştir.

⁷⁸¹ Polater, s. 7.

⁷⁸² Bu maddenin kapsamına dair ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/II/A./4./a.

⁷⁸³ Çekin, KVKK, s. 71; Yücedağ, Açık Rıza, s. 162-164.

yükümlülüğü (açık) rıza beyanında bulunmak olarak belirlenmiştir. Şayet açık rıza beyanı dışında bir hukuka uygunluk sebebine dayanılarak veri işleme faaliyeti gerçekleştirilecekse bu durumda ilgili kişinin asli edimi yeniden tanımlanmalıdır⁷⁸⁴.

1. Sözleşmenin Kurulması yahut İfası İçin Gerekli Olma

Bir sözleşmenin kurulması veya ifasıyla “*doğrudan doğruya ilgili olmak kaydıyla sözleşmenin taraflarına ait kişisel verilerin gerekli*” olması halinde işlenmesi için açık rızanın varlığı aranmaz (KVKK m. 5/2/c)⁷⁸⁵. Bu hukuka uygunluk sebebinin sınırlarının belirlenmesi, sözleşmede kararlaştırılan edim yükümlülüklerinin ve sözleşme uyarınca tarafların ifa menfaatlerinin tespit edilmesiyle mümkündür⁷⁸⁶.

Uygulamada girişimci ifa yükümlülüğünün kapsamını sözleşmenin ifası için kişisel verilerin işlenmesinin bir gereklilik arz ettiği şekilde kaleme alabilmektedir. Bu kapsamda örneğin girişimci, kişisel verilerin işlenmesiyle kişiselleştirilmiş reklam deneyimi sunmayı taahhüt edebilmektedir⁷⁸⁷. Öncelikle sözleşmenin kurulması yahut ifası için gerekli bir kişisel veri işleme faaliyetinin bulunup bulunmadığı, objektif olarak gerekli olma kistasını benimseyen ve hükmün kapsamını dar kabul eden görüş çerçevesinde ele alınması gereken bir hukuka uygunluk sebebidir⁷⁸⁸. Ayrıca taraflardan birinin reklam geliri elde etmek amacıyla kişiselleştirilmiş reklam deneyimini sözleşmesel borcu olarak nitelendirmesinin bir

⁷⁸⁴ Doktrinde hukuka uygunluk sebebinin, ilgili kişinin edim yükümlülüğüne etkisini tartıştığı tespit edilen tek yazar *Walker*’dır. Bkz. **Walker**, s. 156 vd.

⁷⁸⁵ Bu hukuka uygunluk sebebine dayanılabilmesi için girişimcinin veri işlemekten başka bir alternatifinin bulunmaması gerekir. Aksi takdirde veri işleme faaliyeti gerekli kabul edilmeyecektir (objektif bir ölçüt). Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 107. Ayrıca bkz. “Ulaşım hizmeti sunan bir mobil uygulama kapsamında işlenen kişisel veriler hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 27/01/2020 tarih ve 2020/65 sayılı Karar Özeti”, çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5406/Kurul-Karar-Ozetleri> -22.10.2021.

⁷⁸⁶ **Buchner, Petri**, DS-GVO Art. 6, N. 39. Bu kapsamda örneğin çevrimiçi sipariş edilen bir ürünün ilgili kişiye gönderilmesi adına adres bilgilerinin işlenmesi için bu hukuka uygunluk sebebi devreye girecektir.

⁷⁸⁷ Bkz. Facebook-Hizmet Koşulları, 1. Sunduğumuz Hizmetler, çevrimiçi <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -22.10.2021.

⁷⁸⁸ **EDPB**, “Guidelines 2/2019 on the Processing of Personal Data under Article 6(1)(b) GDPR in the Context of the Provision of Online Services to Data Subjects” Version 2.0, 09.10.2019, N. 27, çevrimiçi, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf -22.10.2021 (“Contract”). Bu kapsamda kişiselleştirilmiş bir uygulama deneyimi sunulmasının sözleşmede taahhüt edilmiş olması tek başına bu hukuka uygunluk sebebine dayanılması için yeterli görülmemektedir. **A.e.**, N. 35.

sonucu da olmayacaktır⁷⁸⁹. Kişisel verilerin işlenmesi her ne kadar girişimci tarafından borç olarak nitelendirilmişse de hukukten ifa yükümlülüğü altında bulunduğu bir borç değildir⁷⁹⁰. Dolayısıyla bu gibi gerekçelerin örneğin kişiselleştirilmiş reklam deneyimi sunmasının sözde taahhüt edildiği ihtimalde, sözleşmenin ifası için gerekli olma kıstası açısından kabul edilebilir olmadığı sonucuna ulaşılmalıdır.

Haklar yahut yetkiler yükümlülük olarak, yükümlülükler ise hak olarak nitelendirilemez⁷⁹¹. Kişisel verilerin işlenmesinin sözleşmenin ifası için objektif olarak gerekli olmadığı, ancak ilgili kişiye tek taraflı olarak veri sorumlusu tarafından dayatıldığı durumlarda bu hukuka uygunluk sebebine dayanılmaz⁷⁹². Veri karşılığı hukuki ilişkilerde kişisel verilerin işlenmesinin sebebi, verisi işlenen kişinin ifa menfaatini elde etmesini sağlamak değildir. Aksine amaç işleme faaliyetini gerçekleştiren kişinin ifa menfaatini incelemektir. Verisi işlenen ilgili kişinin söz konusu ilişkideki ifa menfaati üründen yahut hizmetten yararlanmaktır. Bunun karşılığında kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi, girişimcinin ifa menfaatini oluşturmaktadır⁷⁹³. Bu sebeple girişimcinin ilgili kişinin açık rızasını almaksızın sözleşmenin ifası için gerekli olmak hukuka uygunluk sebebine dayanarak veri işleme faaliyeti gerçekleştirmesi halinde bu işleme faaliyeti hukuka aykırıdır⁷⁹⁴.

Son olarak ücretsiz-“freemium” olarak nitelendirilmekle birlikte kişiselleştirilmiş bir ürünün sözleşmenin konusunu oluşturduğu durumlarda her ne kadar ürün kişisel bir deneyim sunulması üzerine tasarlanmışsa da veri işleme faaliyeti, girişimcinin ticari gelir elde etmesi için gerçekleştirilmektedir. Bu sebeple

⁷⁸⁹ **Taştan**, s. 22 ve 49. Bu sebeple sözleşmenin ifası için gerekli olma şartı kişiselleştirilmiş reklamlar, profillemeye için bir hukuka uygunluk sebebi değildir. Bu gibi hallerde mutlaka açık rıza alınmalıdır. Bkz. **Golland**, s. 132; **Schmidt**, s. 92; **Bijok**, s. 361.

⁷⁹⁰ **Leinemann**, s. 179; **EDPB**, Contract, N. 52; **Taştan**, s. 49.

⁷⁹¹ **Leinemann**, s. 179.

⁷⁹² Article 29 Data Protection Working Party, “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”, s. 16.

⁷⁹³ Doktrinde bu hükmün amacına kıyasen lafzının geniş olduğu ve asli edim yükümlülüğün veri olduğu halleri kapsamadığı ifade edilmekte, teleolojik redüksiyon yöntemiyle hükmün geniş olan lafzının dar ele alınması gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Christiane Wendehorst, Friedrich Graf von Westphalen**, “Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht”, NJW, 2016, s. 3749 vd., çevrimiçi, BECK-ONLINE-29.11.2021.

⁷⁹⁴ **Buchner, Petri**, DS-GVO Art. 6, N. 39.

bu ihtimalde de başvurulacak hukuka uygunluk sebebi yine açık rıza olmalıdır. Bununla birlikte kişisel deneyim sunulması para karşılığı gerçekleştiriliyorsa (*Spotify, Netflix vs.*) bu ihtimalde sözleşmenin ifası için gerekli olmak kıstasına başvurulma ihtimali tartışma konusu edilebilecektir⁷⁹⁵.

2. Girişimcinin Meşru Menfaati

KVKK m. 5/2/f uyarınca: “İlgili kişinin temel hak ve özgürlüklerine zarar vermemek kaydıyla⁷⁹⁶, veri sorumlusunun meşru menfaatleri için veri işlenmesinin zorunlu olması” halinde kişisel veriler ilgili kişinin açık rızası olmaksızın işlenebilecektir⁷⁹⁷. Kişisel verilerin işlenmesiyle ekonomik menfaat elde edilmesi diğer bir ifadeyle kişisel verilerin girişimci için bir finansman olması girişimcinin meşru menfaatidir⁷⁹⁸. Bu kapsamda veri karşılığı hukuki ilişkiler için girişimcinin açık rızaya başvurmak yerine meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanarak işleme faaliyetini gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır (KVKK m. 5/2/f, GDPR, Art. 6/1./f.).

Doktrinde girişimcinin meşru menfaati ile ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri arasında gözetilecek denge uyarınca bir ürünün veri karşılığı sunulduğu hallerde girişimcinin meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanabileceği savunulmaktadır⁷⁹⁹. Bu kapsamda kişi belirli bir üründen yararlanmak isteyip

⁷⁹⁵ Veri işleme faaliyeti sayesinde girişimci ticari bir gelir elde ediyorsa ilgili ürün para karşılığı sunuluyor olsa da veri işleme faaliyetleri için rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Bijok**, s. 361 vd.

⁷⁹⁶ Temel haklara zarar vermemek ifadesinin, Türk Anayasa hukuku kavram ve esaslarına da uygun olarak veri sorumlusunun meşru menfaatiyle ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri arasında bir denge gözetilmesi gerekliliğine dikkat çekmek üzere kullanıldığı yönünde bkz. **Çekin**, KVKK, s. 113.

⁷⁹⁷ GDPR Art. 6/1./f. uyarınca “gereklilik” kelimesine yer verilmişken, KVKK m. 5/2/f. uyarınca “zorunluluk” kelimesinin tercih edilmesine özel bir anlam farkı yüklenmemesi ve paralel ele alınması gerektiği yönünde bkz. **Çekin**, KVKK, s. 112. Bu sebeple veri işlemeyle veri sorumlusunun meşru menfaati arasında sıkı bir ilişki bulunması gerekli ve yeterlidir. Veri işlemenin meşru menfaate “*hizmet edecek en iyi çözüm olması*” aranacaktır. Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 112; (Alman hukukunda) **Leinemann**, s. 180. Tercih edilen kelimelerin farklı olmasının bir anlam ve ölçüt farkı meydana getireceği yönünde bkz. **Polater**, s. 13 vd.

⁷⁹⁸ Girişimci de anayasal bir hakkını kullanmaktadır. Bkz. Birinci Bölüm/I./B.

⁷⁹⁹ **Alexander Roßnagel**, “Wie zukunftsfähig ist die Datenschutz-Grundverordnung?”, DuD, Issue 9, 2016, s. 563; **Schweitzer**, s. 278. **Heike Schweitzer**, **Martin Peitz**, “Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?”, MMR, 2018, s. 277, çevrimiçi, BECK-ONLINE-22.10.2021; Meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanma imkânının belirsizliğine rağmen veri karşılığı sözleşme ilişkileri bakımından uygun bir alternatif olduğu yönünde ayrıca bkz. **Walker**, s. 160 vd. *Walker* dayandırılan hukuka uygunluk sebebinin taraflar

istemediğine karar vermeye devam edeceğinden, bilgilerinin geleceğini belirleme hakkıyla girişimcinin meşru menfaati arasındaki dengenin girişimci lehine bozulduğu bir hal olarak ele alınamayacağı ifade edilmektedir⁸⁰⁰. Bir diğer ifadeyle girişimcinin ekonomik çıkarları ve veriye dayalı iş modelinin özellikleri dikkate alındığında rıza olmaksızın veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi mümkün kabul edilmelidir⁸⁰¹.

Veri işleme faaliyetinin dayanağı hukuka uygunluk sebebinin meşru menfaat olması ihtimalinde tüketicinin asli edim yükümlülüğünün kapsamı da yeniden tanımlanmalıdır. Bu ihtimalde taraflar arasındaki ilişkide tüketicinin rıza göstermeyi taahhüt ettiğinden bahsedilmesi mümkün değildir, tüketici sadece veri sağlama borcu altındadır⁸⁰². Veri karşılığı sözleşmelerde, tüketicinin asli edim yükümlülüğü yalnızca kişisel verilerin sağlanmasından da oluşabilecektir⁸⁰³. Girişimcinin verilerin işlenmesini meşru menfaatinin korunmasına dayandırması durumunda, bu yasal bir dayanak ilgili kişiyle herhangi bir “etkileşimi” gerektirmeyen hukuka uygunluk sebebi nitelendirilmektedir⁸⁰⁴. Bu durumda, tüketicinin karşı edimi verilerin sağlanması ile sınırlı olacaktır/bundan ibaret olacaktır. Uygulamada birçok şirketin veri işlemeye yönelik meşru menfaati hukuka uygunluk sebebine dayandığı ve rızanın her zaman geri alınabilir niteliği gereği uzun vadede veri işleme için güvenilir bir hukuki dayanak niteliğinin şüphe uyandıran bir zayıflık içerdiği ifade edilmektedir⁸⁰⁵. Bu ihtimal için sadece verilerin sağlanması tüketicinin borcu olduğundan verilerin elde edilme yönteminden bağımsız -aktif/pasif- bir yapma borcunun varlığından bahsedilir⁸⁰⁶. Ancak bu borç esasında hem yapma -aktif veri sağlama- hem de veri işlemeye engel olmama -pasif veri temini- olmak üzere hem yapma hem de yapmama edimi içerecektir.

arasındaki sözleşme ilişkinin niteliğine etki edeceği savunulmakta ve meşru menfaat hukuka uygunluk sebebinin taraflar arasında kanuni bir ilişki (zorunlu kanuni lisans benzeri yahut kira) kuracağını ifade etmektedir. Bkz. **Walker**, s. 175-176.

⁸⁰⁰ **Schweitzer**, s. 278.

⁸⁰¹ **Schweitzer**, s. 278; **Walker**, s. 175 vd.

⁸⁰² **Walker**, s. 158.

⁸⁰³ **Walker**, s. 155.

⁸⁰⁴ **Walker**, s. 159. Bu nitelendirme hukuka uygunluk sebebinin ne olduğu fark etmeksizin her veri işleme faaliyeti için gerekli aydınlatma yükümlülüğü karşısında talihsiz ve itibar edilemez bir nitelendirmedir.

⁸⁰⁵ **Hacker**, ZfPW 2019, s. 163; **Walker**, s. 160.

⁸⁰⁶ **Walker**, s. 158 vd.

KVKK m. 5/2/f, ilgili kişinin temel hakları ile girişimcinin temel hakkı (meşru menfaati) arasında bir dengenin gözetilmesi esasına dayanmaktadır⁸⁰⁷. Bu hukuka uygunluk sebebine dayanılabilmesi ve bu kapsamda hukuka uygun veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilebilmesi için veri sorumlusunun⁸⁰⁸ meşru bir menfaatinin bulunması, işlenmesinin gerekli olması ve ilgili kişinin kişisel verilerin korunmasını gerektiren menfaatleri veya temel hak ve özgürlüklerinin menfaatlerinden ağır basmaması gerekmektedir⁸⁰⁹. Meşru menfaat kavramı oldukça geniş ele alınmaktadır⁸¹⁰. Ancak şüphesiz meşru menfaat hukuka uygunluk sebebi, kişisel verilerin işlenmesine yönelik sınırsız bir imkân tanıyan hukuka uygunluk sebebi değildir⁸¹¹. Bu durum hukuka uygunluk sebebinin düzenlendiği madde kapsamında da bir dengenin gözetilmesi şartı koşularak ortaya konulmuştur. Buna göre: (1) veri sorumlusunun menfaatinin hukuka uygun ve mevcut bir menfaat olması ve (2) veri işlemenin, menfaatin ele edilmesi için zorunluluk arz etmesi gerekmektedir⁸¹². (3) Son olarak gerçekleştirilecek veri işleme faaliyetinin ilgili kişinin kişilik hakkı başta olmak üzere temel haklarını ölçüsüz olarak sınırlamamalıdır⁸¹³.

Çalışma grubu, profillemeye ve büyük veri analizlerinin yapılabilmesi için meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanılmasının mümkün olmadığını altını çizmektedir⁸¹⁴. Bu kapsamda kişinin profilinin çıkarılması-“*profiling*”, çevrimiçi doğrudan pazarlama veya davranışsal reklamcılık faaliyetlerine dair mutlaka rıza alınması gerektiği ve bu tür veri işleme faaliyetlerinin meşru menfaat

⁸⁰⁷ **Schulz**, DS-GVO Art. 6, N. 56. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’ndan farklı olarak GDPR Art. 6/1./f. uyarınca üçüncü kişinin meşru menfaati de hukuka uygunluk sebebinin kapsamındadır.

⁸⁰⁸ GDPR Art. 6/1./f. uyarınca üçüncü bir kişinin.

⁸⁰⁹ **Buchner, Petri**, DSGVO, Art. 6, N. 146; **Frenzel**, DS-GVO Art. 6, N. 27; **Leinemann**, s. 179; **Walker**, s. 158.

⁸¹⁰ Bu kapsamda sorumlu kişinin veya üçüncü bir kişinin her türlü hukuki, ekonomik-maddi veya manevi menfaati değerlendirmede dikkate alınacaktır. Bkz. **Schulz**, DS-GVO Art. 6, N. 57; **Gierschmann**, s. 9.

⁸¹¹ **Leinemann**, s. 180.

⁸¹² **Çekin**, KVKK, s. 113.

⁸¹³ İşlenecek verinin niteliği, işleme faaliyetinin kapsamı ve süresi, ilgili kişinin veri sorumlusundan beklentileri, ilgili kişi için veri işleme faaliyetinin sonuçlarının öngörülebilirliği esas alınarak bir değerlendirme yapılacaktır. Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 113; **Buchner, Petri**, DS-GVO Art. 6, N. 149.

⁸¹⁴ **WP**, “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”, s. 26 (“legitimate interest”).

hukuka uygunluk sebebinin uygulama alanı sınırlarına dahil olmadığı ifade edilmiştir⁸¹⁵. Özellikle GDPR-*Dibace* 47'nin de yol gösterici olacağı ifade edilmelidir⁸¹⁶. Bu çerçevede her ne kadar davranışsal reklamcılık, girişimci adına meşru menfaat olarak nitelendirilebilecekse de bu hukuka uygunluk sebebine dayanılması halinde kişisel verisi işlenen ilgili kişinin temel hak ve hürriyetleri bakımından da ölçüsüz bir müdahale söz konusu olmamalıdır⁸¹⁷. *Dibace* 47, 2. cümlede doğrudan pazarlama amacıyla kişisel verilerin işlenmesine atıfta bulunulması, veriye dayalı bir iş modeli bağlamında meşru menfaatin kişisel verilerin kapsamlı bir şekilde işlenmesi için bir hukuka uygunluk fırsatı olarak değerlendirilmemelidir⁸¹⁸. Girişimcinin veriye dayalı iş modeli sayesinde ekonomik menfaat/gelir elde etmesi onun meşru menfaatıysa de bu menfaatin her işleme faaliyetine yönelik hukuka uygunluk sebebi olarak nitelendirilmesi, ilgili kişinin bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının deyim yerindeyse imhası anlamına gelecektir⁸¹⁹.

Meşru menfaat hukuka uygunluk sebebinin her sözleşme ilişkisinde veri işlemenin yasal dayanağı olup olmayacağının tartışmaya açık olduğu meşru menfaat hukuka uygunluk sebebinin veri karşılığı sözleşmelerde hukuka uygunluk sebebi olacağını savunanlar tarafından dahi ifade edilmektedir⁸²⁰. Bu çerçevede veri sorumluları için veri işleme için güvenilir bir yasal dayanağın çok büyük önem taşıdığı; bu nedenle olası yasal belirsizliklerden kaçınmak ve kendilerini korumak amacıyla şüphe durumunda ilgili rızasını almalarının tercihe şayan olduğu ifade

⁸¹⁵ **WP**, legitimate interest, s. 26. Çalışma grubu tarafından belirtilen işleme amaçlarının, veriye dayalı iş modellerinin temel direkleri olduğu yönünde bkz. **Leinemann**, s. 180.

⁸¹⁶ GDPR-*Dibace* 47/2. Buna göre ilgili kişi ile veri sorumlusu arasında bir hizmetin sunulmasına yönelik ilişki bulunduğu takdirde veri sorumlusunun belirli hallerde meşru menfaatinin söz konusu olabileceği ifade edilmiştir. Bununla birlikte bu cümlenin gerek öncesinde gerek sonrasında ilgili kişinin durumunun titizlikle değerlendirilmesi gerektiğine vurgu yapılmıştır.

⁸¹⁷ **Marion Albers, Raoul-Darius Veit**, BeckOK Datenschutzrecht, eds. Stefan Brink, Heinrich Amadeus Wolff, 37. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 01.05.2021, DS-GVO Art 6, N. 49, çevrimiçi, BECK-ONLINE, 22.10.2021; Davranışsal reklamcılık uygulamalarının meşru menfaat hukuka uygunluk sebebi uyarınca yapılacak denge testini geçemeyeceği ve bu tür işleme faaliyetleri yönünden meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanılamayacağı yönünde bkz. **Çekin**, KVKK, s. 117.

⁸¹⁸ **Leinemann**, s. 181.

⁸¹⁹ **Sattler**, JZ, s. 1045; **Schmidt**, s. 129.

⁸²⁰ **Walker**, s. 159.

edilmiştir⁸²¹. Buna ek olarak e-Gizlilik Tüzüğü Komisyon teklifinde de izleme mekanizmalarıyla (“*Tracking-Mechanisms*”) ilgili olarak rızaya yüksek bir önem atfedilmiştir⁸²². Nihayetinde rızanın hukuka uygunluğu ve veri karşılığı sözleşmelerin bağlanma yasağı karşısındaki geçerlilik sorunlarının belirsizlik içerdiği kabul edilebilecekse de meşru menfaat kavramının genişliği dikkate alındığında yorum sorunları için daha belirli-kesin bir zemin teşkil etmez. Meşru menfaatin verilerin ekonomik kullanımını ne ölçüde meşru kıldığı da belirsizdir⁸²³.

Rıza dışında kanunlarda yer alan tüm hukuka uygunluk sebepleri yasamanın çatışan menfaatlere yönelik bir dengeleme faaliyetinin sonucudur⁸²⁴. Bu gibi durumlarda sorumlu kişinin kanun koyucunun iradesine göre meşru, haklı ve ağır basan bir menfaati olan durumlarda, kişisel verileri ilgili kişinin iradesine ihtiyaç duymaksızın işlemesine olanak tanınır. Bu hukuka uygunluk sebepleri doğrudan ilgili kişinin gerçek iradesini yansıtmazlar. Ancak inceleme konusu iş modeli çerçevesinde ilgili kişinin kişisel verilerin işlenmesine müsaade ederek açık rızasıyla bir hukuki işleme taraf olmalıdır⁸²⁵. Bu sebeple meşru menfaat hukuka uygunluk sebebi, iş modelinin yapısına uygun değildir. Sonuç itibarıyla meşru menfaat hukuka uygunluk sebebi de veriye dayalı iş modeli için bir hukuka uygunluk sebebi olamaz⁸²⁶.

⁸²¹ **Walker**, s. 159.

⁸²² Önerilen düzenlemeden veri işlemenin bir kullanıcının terminal cihazında onu izlemek amacıyla gerçekleştirildiği işleme faaliyeti sadece bir web sayfasının açılması için yahut performansının ölçülmesine hizmet etmediği sürece, kullanıcının rızana dayanması gerektirmesi gerektiği sonucu çıkarılmaktadır. Bkz. COM/2017/010 final - 2017/03 (COD), çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX%3A52017PC0010-24.06.2022>.

⁸²³ **Walker**, s. 160. Buna rağmen *Walker*, rızanın öneminin azalması ihtimali karşısında meşru menfaatin iyi bir alternatif olduğu kanaatindedir. Bkz. **A.e.**, s. 160.

⁸²⁴ **Leinemann**, s. 181.

⁸²⁵ **Buchner**, *Selbstbestimmung*, s. 109; **Sattler**, JZ, s. 1045; **Leinemann**, s. 181.

⁸²⁶ Böyle bir yorumun veri koruma hukuku ilkeleri başta olmak üzere Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün amacına aykırı olduğu yönünde bkz. **Wendehorst, Graf von Westphalen**, s. 3749 ve 3750.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM:

KİŞİSEL VERİ TAAHHÜDÜNÜN İÇERİĞİ İFA EDİLMEMESİ VE VERİ KARŞILIĞI SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

I. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerde Borcun Kapsamı

A. (Açık) Rıza Beyanında Bulunma Taahhüdü ve (Açık) Rıza Beyanı

Açık rıza beyanında bulunma taahhüdü ve açık rıza beyanının iki ayrı hukuki işlem olduğu göz ardı edilmeksizin kişisel verilerin işlenmesine yönelik taahhüdünün kapsamı ve sonuçları bu taahhüt özelinde söz konusu olabilecek geçerlilik esasları çerçevesinde incelemeye tabi tutulmalıdır. Bu noktada taraflar arasındaki ilişkide genel işlem şartları teorisi uyarınca söz konusu olabilecek irade sakatlıkları yahut diğer geçersizlik halleri bu bölümün ve çalışmanın kapsamı dışındadır. Bu bölümde bir ilişkinin kişisel veri karşılığı kurulması sebebiyle özellik arz eden geçerlilik esasları ve bu taahhüdün kapsamı incelenecektir.

1. (Açık) Rıza Beyanında Bulunmaya Yönelik Taahhüdün Geçerliliği

Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinin geçerli olarak kurulmasının yolu, kişinin açık rıza beyanında bulunmasıdır¹. Yapılan saha araştırmalarıyla da ortaya konulduğu üzere ilgili kişiler, kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermek karşılığında bir edim elde ettiğinin farkında ve bunun için rıza göstermeye hazırdır². Kişisel verileri işlemeye konu edilecek ilgili kişiler, söz konusu işleme faaliyetinin gerçekleştirilip gerçekleştirilmeyeceğine kendileri karar verebilmelidir³. Tam da bu amaca hizmet edebilmek adına, veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş bulunan (açık) rıza yasal bir zemine kavuşturulmuş ve düzenlenmiştir⁴. İlgili kişiler özgür

¹ Bkz. İkinci Bölüm/II.

² **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 41; **Wandtke**, s. 9

³ **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 37, 43; **Henry Pearce**, “Personality, Property and Other Provocations: Exploring the Conceptual Muddle of Data Protection Rights under EU Law”, European Data Protection Law Review, Issue 2, 2018, s. 197.

⁴ **Schmidt**, s. 129.

iradelerine dayanan (açık) rıza vasıtasıyla kişisel verilerinin kaderini belirleyebilecektir. Bu kapsamda şayet seçimleri, kendileriyle ilgili verilerin ekonomik değerinden istifade etmek-“ticarileştirmek” olursa bu seçime saygı gösterilmelidir⁵. Bu takdirde sorulması gereken soru, rızanın verilmesine ilişkin veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş esaslar da dahil olmak üzere kişisel verilerin konu edildiği sözleşmelerde, bu taahhüdün geçerli olabilmesi için aranacak şartların neler olduğudur. Bir diğer ifadeyle kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterme taahhüdünün geçerlilik sınırları çizilmelidir⁶.

a. Veri Minimizasyonu İlkesi ve Aşırı Veri Toplama (TBK m. 28-TMK m. 23)⁷

i. Kişilik Hakkının Özünü ve Kişisel Verinin Niteliği

TMK m. 23 kişiliğin çekirdek alanını hukuki işlemlerden korunmasına yönelik bir kıstas getirilmiştir. Kişilik değerlerine yönelik işlemler, kişiliğin gelişimine hizmet ettiği ölçüde sözleşme özgürlüğünün kapsamındadır⁸. Sözleşme özgürlüğü ve kişiliğin korunması arasındaki sınırdaki veri karşılığı sözleşme ilişkilerinde yer alan taahhütlerin geçerlilik esasları ortaya konulmalıdır. Bir diğer ifadeyle veri karşılığı sözleşmede kişilik hakkının özünü dokunacak ölçüde geniş bir işlemeye rıza gösterilmesinin söz konusu olup olmadığı tespit edilmelidir⁹.

⁵ **Bucher**, Informationelle Selbstbestimmung, s. 65 ve 113; **Metzger**, AcP, s. 829; **Faust**, s. 92; **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 41, 43; **Schmidt**, s. 129; Kişilik hakkının ekonomik yönüne dair kişisel veriler özelinde olmaksızın aynı bakış açısı için ayrıca bkz. **Claire Huguenin**, **Christophe Peter Reitze**, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, eds. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 27, N. 2 (“BSK-ZGB-I”).

⁶ (Açık) rıza ve sözleşmesel taahhüt ayrı hukuki işlemler olduğu için rızanın geçerli olup sözleşmenin geçersiz olduğu durumlar söz konusu olabilir. Bu kapsamda sözleşme ilişkisinin ehliyet yönünden geçersiz ve fakat rızanın geçerli olması özellikle GDPR Art. 8 uyarınca 16 yaş kuralının uygulandığı hallerde mümkündür. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 52. Bununla birlikte **Metzger** bu geçersizliğin rızaya sirayet etmeyeceği görüşündeyse de (bkz. **A.e.**, s. 52) bu görüşe iştirak edilmemiştir.

⁷ **Metzger** de amaçla sınırlı veri işleme faaliyetini, genel işlem koşulu denetimini ve aşırı yararlanma (gabin) hükümlerini ilgili kişinin korunması için alternatif mekanizmalar olarak nitelendirmektedir. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 55.

⁸ **Huguenin**, **Reitze**, BSK-ZGB-I, Art. 27, N. 2.

⁹ Kişinin resmi üzerindeki hakkı ekseninde resmin konu edildiği işlemlerde geçersizlik sebebi olarak kanuna aykırılık (açıkça pornografik içeriğe sahip görüntüler gibi) yahut gabinin (edimler arası aşırı orantısızlık) gündeme gelebileceğine dikkat çekilmiştir. Bkz. **Specht-Riemenschneider**, Kommentar, KUG § 22, N. 32. Gabin ve ahlaka aykırılık hükümleri ekseninde veri karşılığı sözleşme taahhütlerinin geçerlilik şartları için ayrıca bkz. **Walker**, s. 190-193.

İsviçre Federal Mahkemesi kararıyla da ortaya konulduğu gibi kişiliğin çekirdek alanında tasarruf edilmesi mümkün olmadığı için bu tür taahhütler içeren sözleşmeler geçersizdir¹⁰. Kişiliğin çekirdek alanında fiziksel ve psikolojik bütünlük ve vücut bütünlüğü yer almaktadır¹¹. Buna karşılık İsviçre Federal Mahkemesi içtihatlarına göre prensipte isim, ses veya görüntü kişi varlığının ve dolayısıyla kişilik hakkının çekirdek alanına dahil değildir¹². Bu kapsamda kişisel verilerin başlı başına insan varlığının temel alanına ait olmayan kişilik değerlerinden oluştuğu ileri sürülmektedir¹³. Kişilikle ne kadar sıkı bir ilişki içerisinde olursa olsun, herhangi bir veriyi kişiliğin çekirdek alanına dahil edip söz konusu değerlerin kaynağını (ses, görüntü, vs.) bu alana dahil kabul etmemek çelişkili olacağından kişisel verilerin, çekirdek alanda yer almadığını ifade etmek uygun gözükmektedir. Kişisel verilerin kişilik hakkının çekirdeğinde yer aldığı kabulü veriye dayalı iş modellerinin topyekûn reddini zorunlu kılacaktır ki bu durum girişimcinin temel hak ve hürriyetlerinin ölçsüz sınırlanmasıdır¹⁴. Netice itibarıyla kişisel verilerin (açık) rıza aracılığıyla edinim konusu yapılmasında, hak sahiplerinin menfaatleri vardır ve bu imkân da sözleşme özgürlüğünün kapsamındadır¹⁵.

Bir an için Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca verilerin niteliğine yönelik yapılmış olan ayırımın sözleşme ilişkisine konu edilmek bakımından da geçerli olması düşünülebilecektir¹⁶. Bu sebeple özel nitelikte kişisel verilerin işlenmesine yönelik sözleşme taahhütlerinin TMK m. 23 uyarınca geçersiz olduğu fikri akla gelebilecektir¹⁷. Ancak verinin niteliği esas alınarak sözleşmeye konu edilmesine yönelik bir kıstas getirip hukuki ilişkilerin geçerliliğini değerlendirmek

¹⁰ BGE 136 III 401, 407; BGE 129 III 209, 213.

¹¹ BGE 136 III 401, 407; **Huguenin, Reitze**, BSK-ZGB-I, Art. 27, N. 12.

¹² BGE 136 III 401, 405. İsviçre doktrinde BGE 136 III 401 künye numaralı kararın öncü niteliğine vurgu yapılmaktadır. Bkz. **Schmidt**, s. 145.

¹³ **Rolf H. Weber, Prof. Dr. Florent Thouvenin**, “Gutachten zur Möglichkeit der Einführung eines Datenportabilitätsrechts im schweizerischen Recht und zur Rechtslage bei Personal Information Management Systems (PIMS)”, Zürich, Universität Zürich, 22.12.2017, s. 31; çevrimiçi, <https://www.aramis.admin.ch/Default?DocumentID=50028&Load=true> - 28.10.2021; **Schmidt**, s. 134.

¹⁴ Kişisel verinin hukuki niteliğine için ayrıca bkz. Birinci Bölüm/III.

¹⁵ Kişinin kendi verilerinin kullanım alanı ve amacına özgürce karar vermesi ve kendi iradesiyle risk alması, irade hürriyetinin bir görünümüdür. Dolayısıyla kişilik değerlerin ticarileşmesi bizzatıhi, ahlaka aykırı olarak nitelendirilemez. Bkz. **Metzger**, AcP, s. 843; **Walker**, s. 193.

¹⁶ **Schmidt**, s. 135.

¹⁷ **Schmidt**, s. 135.

yerine, verinin niteliği esas alınarak konu edildiği hukuki ilişkinin geçerliliği için aranacak kıstasların belirlenmesi isabetli olacaktır. Kişilerin özel nitelikli kişisel verilerini de sözleşme ilişkilerine konu edebileceğinin kabul edilmesinin ardından bu tür verilerin işlenmesine rıza gösterme taahhüdü içeren bir sözleşme hükmünün kapsamı esas alınarak taahhüdün geçerliliği tartışmaya açılmalıdır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile de uyumlu olarak özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesine yönelik aranan kıstaslar ışığında sözleşme hükümlerinin değerlendirilmesi uygun düşecektir¹⁸. Sonuç itibarıyla kişisel verinin niteliği, taahhüde konu edilmek noktasında tek başına bir geçersizlik sebebi değildir.

ii. Veri Minimizasyonu İlkesi ve Kişisel Veri İşleme Taahhütlerinin Kapsamı

Kişisel verilerin işlenmesine yönelik temel ilkelerden biri de verinin işleme amacıyla bağlantılı, sınırlı ve ölçülü olarak işlenmesidir (KVKK m. 4/2/ç). Tüm veri işleme faaliyetleri için geçerli olan bu ilke uyarınca ihtiyaç duyulmayan kişisel verilerin işlenmesinden kaçınılması gerekmektedir¹⁹. Berlin Eyalet Mahkemesi, *Apple*'in gizlilik politikasını incelediği kararında, işleme amacının belirsizliği ve genişliği sebebiyle bu politikaya dayanan rızanın geçersiz olduğuna hükmetmiştir²⁰. Ancak bu ilke, büyük veri uygulamalarına ve dolayısıyla birçok veriye dayanan iş modellerinin veri toplama esaslarıyla uyumlu değildir²¹. “*Gelecekte kullanma ihtimaline dayanılmak suretiyle aşırı veri toplama*” faaliyetlerinin önüne geçmek

¹⁸ Schmidt, s. 135. Bu noktada özel-alelade veri ayrımının yapılmasındaki zorluklar ve bu ayrımın gereksizliğini vurgulayan görüşler de dikkate alınarak, taahhütlerin tümüne yönelik bir geçersizlik sebebi öngörülmesinin tartışmaları artırmaktan ileri gitmeyeceği de ayrıca vurgulanmalıdır.

¹⁹ GDPR, Art. 5/1/c.

²⁰ LG Berlin, Urteil vom 30.04.2013-15 O 92/12, GRUR-RR, 2013, s. 406-408, çevrimiçi-BECK-ONLINE-13.01.2022. Mahkeme gizlilik politikasının amaç yönünden belirsizliğinin, rızanın özgür iradeye dayanma niteliğini de tehdit ettiğini böylece tüketicinin rıza vermeye adeta zorlandığını ifade etmiştir. Bkz. LG Berlin, Urteil vom 30.04.2013-15 O 92/12, s. 407.

²¹ Micheal Birnhack, “S-M-L-XL DATA: Big Data as a New Informational Privacy Paradigm”, Big Data and Privacy Making Ends Meet, Stanford Law School, The Center for Internet and Society, 2013, s. 8-9; Z. Tal, Zarsky, “Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data”, Seton Hall Law Review, Cilt 47, Sayı 4, 2017, s. 1005; Şehriban İpek Aşıkoğlu, Avrupa birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, İstanbul 2018, s. 174.

üzere öngörölmüş bulunan bu ilke karşısında, veriye dayanan iş modellerinin veri toplama esaslarının uyumlaştırılması büyük bir sorundur²².

Bununla birlikte gerek Kişisel Verilerin Koruması Kanunu'nun gerekse Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün asli amacının ilgili kişileri korumak olduğu ve merkezinde ilgili kişilerin menfaatlerinin yer aldığı unutulmamalıdır. Bu sebeple her iki düzenleme de sözleşme ilişkisinde girişimciyle ilgili kişi arasındaki menfaat dengesine yönelik bir kıstas öngörmez. Bu sebeple sadece veri koruma hukuku düzenlemeleri esas alınarak yapılacak bir değerlendirme de eksik olacaktır. Bunun yerine veri minimizasyonu ilkesi de göz ardı edilmeksizin borçlar hukuku esasları uyarınca tarafların menfaat dengesinin nasıl tesis edileceği değerlendirilmelidir²³. Bir sözleşme ilişkisi uyarınca kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesine yönelik taahhüdü, veri koruma hukuku uyarınca öngörölmüş verinin işlenme amacı ve miktarına yönelik amaçla bağlantılı, gerekli ve ölçülü olma kıstaslarının bu çerçevede yeniden ele alınması zorunludur.

Gelinen noktada kişisel verinin sözleşme ilişkisindeki konumuna da tekrar dikkat çekilmelidir. Veriye dayalı iş modellerinde kişisel veri bir edimdir. Borç ilişkisinde edim-karşı edim dengesi kural olarak tarafların iradesiyle şekillenecektir. Borçlar hukuku sistemi içerisinde edim-karşı edim dengesine yönelik bir müdahale öngörölmez; meğer ki TBK m. 23/2 uyarınca kişilik hakkının hukuka yahut ahlaka aykırı sınırlanması söz konusu olsun yahut TBK m. 28 uyarınca aşırı yararlanma (gabin) hali mevcut olsun²⁴.

Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkileri, kişilik hakkı kapsamında yer alan bir değeri konu alıyor olması yönüyle hak sahibinin hakkına dair bizatihi bir

²² **Zarsky**, s. 1008-1009; **Aşıkoğlu**, s. 175. İlk kişisel veri işleme faaliyeti toplamadır (verilerin toplanması). Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 49. Nitekim KVKK m. 3/1/e uyarınca verinin elde edilmesi de işleme olarak tanımlanmıştır. Yapılan çalışmalar şirketlerin çoğu zaman ihtiyaçları olmayan verileri topladığını göstermektedir. Bu kapsamda Almanya, Birleşik Krallık ve Fransa'daki ticari işletmelerin incelemeye tabi tutulduğu bir çalışmada, şirketlerin %72'sinin kullanmadıkları verileri de topladıkları anlaşılmıştır. Bkz. çevrimiçi, http://info.purestorage.com/rs/225-USM-292/images/Big%20Data%27s%20Big%20Failure_UK%281%29.pdf?aliId=64921319 - 28.10.2021.

²³ Aynı hal sözleşme ilişkisinin haksız şart ve genel işlem koşulları esasları uyarınca değerlendirilmesine yönelik de söz konusudur. bkz. Üçüncü Bölüm/I./A./b.

²⁴ Amaç dışı veri işleme ve veri minimizasyonu ilkesine aykırılık hallerinin gabin hükümleri çerçevesinde değerlendirilmesiyle ilgili ayrıca bkz. **Walker**, s. 192.

sınırlamadır. Bu sınırlamanın ölçüsü/ölçülülüğü incelenirken sözleşme ilişkisi uyarınca öngörülmüş veri işleme şartları, süre ve kapsam yönüyle inceleneceği gibi işleme faaliyeti karşısında elde edilen menfaate veri işlemenin kapsamı da değerlendirmede bir ölçüt olacaktır²⁵. Kişilik hakkına yönelik sınırlama, sözleşme ilişkisinin koşulları dikkate alındığında ölçsüzse taahhüt ayrıca TBK m. 28'in diğer şartları -zor durumda kalmasından veya düşüncesizliğinden ya da deneyimsizliğinden yararlanılmak- aranmaksızın geçersiz olacaktır²⁶. Nitekim Alman doktrininde de bu ihtimal için gabinin şartlarının sıkı olması dolayısıyla ahlaka aykırılık ve kişilik hakkının korunmasına yönelik hükümlere başvurulması önerilmektedir²⁷.

Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkileri, genel işlem koşulu niteliğinde metinlere dayanmaktadır. Ancak kişilik hakkının ölçsüz sınırlanmasına yönelik hüküm sözleşme hükümlerinin genel işlem koşulu niteliğinden bağımsız olarak ilgili sözleşmenin geçerliliğine doğrudan etki edecektir²⁸. TBK m. 27 uyarınca kişilik hakkına aykırı sözleşmeler geçersizdir. Veri karşılığı hukuki ilişkilerin genel işlem koşullarından oluşması TBK m. 27'den ayrıca bir denetimin bu ilişkiler yönünden gündeme gelmesine sebep olacaktır. Genel işlem koşullarına yönelik denetiminin taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine ve taahhüdün kapsamına etkisi takip eden başlığın konusudur.

b. (Açık) Rıza Beyanında Bulunma Taahhüdüne Yönelik Saydamlık ve İçerik Denetimi

Bu çalışmanın *ikinci bölümünde* dikkat çekildiği üzere kişisel verilerin işlenmesine yönelik sözleşmeler çoğunlukla genel işlem koşulu niteliğinde gizlilik politikalarına ve kullanım şartlarına dayanmaktadır²⁹. GDPR *Dibace 42*'de ifadesini

²⁵ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 273; **Weber**, Thouvenn, s. 31; **Schmidt**, s. 135; tüm kişilik değerleri bakımından geçerli olmak üzere bkz. **Huguenin**, **Reitze**, BSK-ZGB I, Art. 27, N. 10. Taraflar arasındaki güç dengesizliğinin de dikkate alınması gerektiği yönünde bkz. **Walker**, s. 192-193.

²⁶ Alman hukuku uyarınca gabinin sıkı şartları dikkate alındığında gabin hükümlerine başvurulmasının çok istisnai olacağı yönünde bkz. **Walker**, s. 192.

²⁷ **Walker**, s. 191-193.

²⁸ **Walker**, s. 191.

²⁹ **Metzger**, Contract 2.0?, s. 60; **Hacker**, ZfPW, s. 183.

bulduğu şekliyle Haksız Şartlara İlişkin Direktif (93/13/EEC) esaslarının, açık rıza metinleri için de geçerlidir. Bir diğer ifadeyle genel işlem koşullarına ve TKHK m.5/1³⁰ uyarınca öngörülmüş bulunan haksız şartlara ilişkin denetim esasları, açık rızanın alınmasına yönelik aydınlatma metinleri için de sözleşme ilişkisinin bir parçası olduğu sürece geçerli olacaktır. Şu hâlde kişisel verinin işlenmesine yönelik esasların sözleşmede taraflar arasındaki dengeye etkisi değerlendirilmelidir.

Saydamlık denetimi Alman hukukunda olduğunun aksine (BGB § 307/1) genel işlem koşullarına yönelik özel hükümler (TBK m. 20-25) arasında yer almaz³¹. Bununla birlikte TBK m. 25 uyarınca “dürüstlük kurallarına aykırı” koşullara örnek kabilinden hem mehzaz düzenleme³² BGB § 307/1’de yer alması hem de TKHK m. 5/7 uyarınca haksız şart denetimine ilişkin esaslarda açıkça öngörülmüş olması dolayısıyla saydamlık denetiminin de içerik denetimi kapsamında gerçekleştirileceği kabul edilmektedir³³. Saydamlık denetimine aykırı bir sözleşme hükmüyse emredici hükümlere aykırılık -TBK m. 25/TKHK m. 5/2- dolayısıyla kesin hükümsüz olacaktır³⁴.

Kişisel veri karşılığı sözleşmelerde içerik denetiminin esaslarına geçmeden önce doktrinde veri koruma hukuku uyarınca rızanın geçerlilik şartlarının ve

³⁰ “Haksız şartlar “tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartlarıdır.” (TKHK m. 5/1).” Bu kapsamda sadece bir içerik denetimi öngören madde uyarınca haksız şartın varlığı, ilgili hükmün birden çok sözleşme ilişkisinde kullanılması şartına bağlı kılınmamıştır.

³¹ **Ece Baş**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 291-292.

³² BGB §§ 305-310 uyarınca öngörülmüş olan genel işlem koşulu esaslarının Türk hukukunda hakkıyla kanuni düzenlemede yerini bulamadığı yönünde ayrıca bkz. **Atamer**, TKHK, s. 44.

³³ **Baş**, s. 292-293, 296. **Furrer, Müller-Chen, Çetiner**, N. 388; Bu çerçevede haksız rekabet hükümlerinin de TBK m. 25’in içeriğinin belirlenmesinde bir kıstas olarak hâkime yol gösterebileceği yönünde ayrıca bkz. **Baş**, s. 293-294.

³⁴ **Furrer, Müller-Chen, Çetiner**, N. 388; Bu görüşün BGB § 307 ile de uyumlu olduğu yönünde ayrıca bkz. **Baş**, s. 302. Bu hüküm olmasaydı sözleşmenin kurulmayacağı iddiasının ileri sürülmesinin dürüstlük kuralına aykırı olduğu yönünde bkz. **Ayşe Havutçu**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, Nisan, 2011, s. 45, çevrimiçi, <https://www.izmirbarosu.org.tr/Yayın/13/sayi-2011-2-20.08.2022>. TKHK m. 5/2 uyarınca bu husus açıklığa kavuşturulmuştur. Buna göre: “...Sözleşmenin haksız şartlar dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda sözleşmeyi düzenleyen, kesin olarak hükümsüz sayılan şartlar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez.” Ayrıca kanunen öngörülen sınırı aşan bir hükmün, bu sınır esas alınarak -bu sınıra kadar- geçerli kabul edilememesi ve hükmün tamamen geçersiz sayılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Aydın**, s. 114-115.

uygulamada söz konusu şartlardaki aksaklıkların bir diğer ifadeyle rızanın geçersizliğinin, sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilemeyeceği görüşüne temas edilmelidir³⁵. Bu çerçevede rızaya yönelik geçersizliğin tüketiciye sözleşme ilişkisini haklı sebeple feshetme -olağanüstü fesih- imkânı bahşedeceği yahut özellikle bilgilendirme yükümlülüğünün gereği gibi yerine getirilmediği hallerde sözleşmeyi hile hükümleri uyarınca iptal imkânı verebileceği savunulmaktadır³⁶.

Rızanın geçerliliği için aranan şartlar, rızanın borcun konusu olduğu hukuki ilişkilerde sözleşmenin koşullarını oluşturmaktadır. Veri koruma hukuku kuralları, kapsamı itibarıyla tüm veri işleme faaliyetlerine uygulanacaktır. Bu takdirde rızaya konu işleme faaliyetinin kapsamı da niteliği gereği bu şartlardan etkilenecektir. Rızanın geçerlilik şartlarını ve sözleşmenin bir parçasını oluşturan hükümler, veri koruma hukuku kıstaslarına aykırıysa bu hükümlerin geçerli kabul edilmeleri mümkün değildir. Asli edim yükümlülüğü olan rıza beyanında bulunma borcunun kapsamı itibarıyla geçersiz olması, sözleşme ilişkisinin tamamına sirayet edecektir. Bu yönüyle kısmi bir geçersizlik halinin var olduğu savunulamayacaktır. Rıza, fiyata yönelik denetimde olduğu gibi kapsamı hâkimin müdahalesiyle belirlenip sözleşme dengesinin yeniden tesis edilebileceği bir borcun konusunu oluşturmamaktadır. Bu çerçevede şartların yeniden belirlenmesi ve bunların tüketici tarafından kabul edilip tekrar rıza alınması gerekecektir.

i. Bilgilendirmeye Dayanan (Açık) Rıza Kavramı ve Gizlilik Politikaları

(Açık) rıza ancak bilgilendirmeye dayandığında geçerlidir. Özgür iradeye dayanan bir irade beyanının varlığı, niteliği itibarıyla bilgilendirilmeyi gerekli kılmaktadır. Verileri işlenecek ilgili kişi, özgür bir karar vermek için gerekli olan tüm bilgilere sahip olmalıdır³⁷. İlgili kişi, söz konusu veri işlemenin kişilik hakkına yönelik sonuçları ve risklerin neler olduğunu değerlendirebilmelidir³⁸. İlgili kişi veri işlemenin amacı, şekli ve kapsamı, işlenen verinin kategorileri ve sorumlu veri

³⁵ Her bir geçersizlik sebebi ekseninde bilgilendirme yükümlülüğü, bağlanma yasağının gereklerine uyulmaması yönüyle değerlendirmeler için bkz. **Walker**, s. 193-201. Gabin ve genel işlem koşulu denetimi için ayrıca bkz. **Walker**, s. 190-193.

³⁶ **Walker**, s. 199-201.

³⁷ **Metzger**, AcP, s. 823; **Specht**, JZ, s. 766; **Schmidt**, s. 86.

³⁸ **Schmidt**, s. 86.

işleyen hakkında bilgilendirilmelidir³⁹. Böylece ilgili kişi, taahhüdünün kapsamı hakkında yeterli bilgiye sahip olacaktır.

Bilgilendirme içeriğinin yeterli olup olmadığı durumun özellikleri dikkate alınarak belirlenecektir. Açık rıza, yalnızca rıza verilirken ilgili kişinin dikkatine sunulan amaçlar ekseninde gerçekleştirilecek veri işleme faaliyetleri için geçerli bir hukuka uygunluk sebebidir. Amacı bilinmeyen belirsiz bir veri işlemeye verilen rıza geçerli değildir⁴⁰. Bu durumda da rızanın sonuçları itibarıyla sınırlarının açık olması esastır⁴¹. Uygulamada gizlilik politikaları ve kullanım koşulları karışık ve anlaşılmalıdır⁴². Fiili bilgi asimetrisi nedeniyle ilgili kişilerin veri işleme faaliyetinin, kişilik hakkına yönelik sonuçlarını öngörebilmesi ve tahmin edebilmesi zordur⁴³. Bu çerçevede veri karşılığı sözleşmelerde veri işleme esaslarını belirleyen hükümlerin ve bu hükme dayanan rıza gösterme taahhüdünün geçerliliği saydamlık denetimine ilişkin esaslar uyarınca incelenmelidir⁴⁴. Saydamlık denetimi genel işlem

³⁹ **Specht**, JZ, s. 766; **Schmidt**, s. 86.

⁴⁰ **Metzger**, AcP, s. 825, **Schmidt**, s. 86.

⁴¹ **Schmidt**, s. 86. *Schmidt*, amaç belirliliği yerine geniş ve kapsamlı bir veri işleme yetkisi içeren rıza metninin OR Art. 20 (TBK m. 27) uyarınca ahlaka aykırılık teşkil edeceği de ifade etmektedir. Bkz. **Schmidt**, s. 87. *Schmidt*, rızanın geniş kapsamlı olmasının tek başına sıhhatini etkilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. **Schmidt**, s. 86. Ancak bir (açık) rıza metninin geçerli olabilmesi için açık ve özelleştirilmiş olması aranmaktadır. Bu noktada tek başına rızanın kapsamına yönelik genişlik, rızanın geçersiz olmasına sebep olabilecektir. Bkz. **Aşıkoğlu**, s. 183. Gizlilik politikasının amacın geniş kapsamlı olmasının bir belirsizlik meydana geldiği yönünde ihlal kararı için bkz. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, No. 2013-420, 03.01.2014, Çevrimiçi, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?id=CNILTEXT000028450267> -23.10.2021.

⁴² **European Commision**, "Communication Rom the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A comprehensive Approach on Personal Data Protection in The European Union", COM (2010) 609 final, Brüksel, 04.11.2010, s. 9; Bunun yanında özellikle büyük veri uygulamaları ile toplanan verilerin mümkün olduğunca önceden belirlenmesi ve öngörülmesi çoğu zaman mümkün olmayan farklı amaçlarla işlenmesi, sistemin bir gereği olduğundan, bilgilendirmenin ve veri koruma hukuku esaslarına uygun rızanın mümkün olup olmadığı cevaplanmaya muhtaç bir sorun olarak varlığını sürdürmektedir. Bkz. **Aşıkoğlu**, s. 181 vd.

⁴³ Norveç Tüketici Konseyi tarafından organize edilen bir sosyal deney çerçevesinde Norveç'te akıllı telefonundaki uygulamaların kullanım koşullarını ve gizlilik politikaları okunmuştur. Yaklaşık 250.000 kelime içeren 33 uygulamanın kullanım koşulları ve gizlilik politikalarını okuma süreci 24 saatten fazla sürmüştü ve Norveç Tüketici Konseyi mobil uygulamaların kullanım koşulları ve gizlilik politikalarının veri koruma hukuku esaslarına ve tüketicinin sahip olduğu hakların gereklerine riayet edilmediği sonucuna ulaşmıştır. Bkz. çevrimiçi, <https://www.forbrukerradet.no/side/250000-words-of-app-terms-and-conditions/> -29.06.2022.

⁴⁴ **Metzger**, AcP, s. 829; **Specht**, GRUR Int., s. 1043.

koşullarının açık ve anlaşılır şekilde düzenlenmesini ve muhatap bakımından kendisi aleyhine olacak hükümlerin anlaşılmasının sağlanmasına hizmet etmektedir⁴⁵.

Genel işlem koşullarına ilişkin saydamlık denetimi, açık rızanın özelliklerinin bir hukuki ilişkide bulunup bulunmadığının belirlenmesinde rol oynayacaktır⁴⁶. Örneğin, açık ve anlaşılır olma kıstası haksız şartlara ve genel işlem koşullarına ilişkin esaslar göz önünde bulundurularak bir veri işleme faaliyetine yönelik amacın yeterli düzeyde şeffaf olup olmadığının tespit edilmesinde başvurulacak ölçüt olacaktır⁴⁷. Nitekim Berlin Bölge Mahkemesi, *Facebook*'un Kullanım Koşulları'nda yer alan hükümleri -kişinin gerçek ismiyle kayıt olma zorunluluğu hükmü- BGB §§ 305-310 hükümleri uyarınca değerlendirmeye tabi tutmuş⁴⁸ ve bu hükümlerin BGB § 305/1 anlamında genel işlem koşulu olduğu ve BGB § 307/1 uyarınca öngörülmüş içerik denetimine takılacağı sonucuna ulaşmıştır⁴⁹. Norveç Tüketici Konseyi de *Facebook*, *Instagram*, *LinkedIn* ve *Twitter*'in kullanıcı sözleşmelerini haksız şartlar ve veri koruma hukuku esasları ekseninde incelemiştir⁵⁰.

Rızanın unsurları ve esasları, genel işlem koşulu (ve haksız şart) denetimine tabi olmayan hukuki ilişkiler için de aynı olduğundan, sözleşme hükümleri genel işlem koşulu ve/veya haksız şart denetimine olmasa bile⁵¹ açık ve anlaşılır olması,

⁴⁵ Bu yönüyle saydamlık kuralı sözleşme özgürlüğü ilkesinin gerçek anlamıyla sözleşme ilişkisine hâkim olması içindir. Bkz. **Doğancı**, s. 41.

⁴⁶ **Philipp Hacker**, "Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive", *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 62 ("Contract Law 2.0"); **Schmidt**, s. 85.

⁴⁷ **Metzger**, s. 40; **Hacker**, ZfPW, s. 186 vd. Bununla birlikte pratikte *Hacker*, şeffaflığın tüketiciler nezdinde bir karşılığı olmadığını ve dolayısıyla piyasada bir karşılığı olmadığını da ifade etmektedir. bkz. **Hacker**, *Contract Law 2.0*, s. 64-65.

⁴⁸ LG Berlin (Zivilkammer 16), *Facebook*, N. 56-57. Avusturya Yüksek Mahkemesi de online alışveriş hattının ücretsiz kullanımına yönelik uyuşmazlıkta sözleşme hükümlerini genel işlem koşulu esasları uyarınca denetime tabi tutulmuştur (ABGB § 864a, § 870, § 879 hükümlerine atıf yapılmıştır) bkz. Oberster Gerichtshof, 31.08.2018, 6 Ob 140/18h, N. 1.4 vd., çevrimiçi, https://rdb.manz.at/document/ris.just.JJT_20180831_OGH0002_0060OB00140_18H0000_000-24.10.2021.

⁴⁹ LG Berlin (Zivilkammer 16), *Facebook*, s. 1060, N. 58.

⁵⁰ **Helberger**, **Zuiderveen Borgesius**, **Reyna**, s. 1453.

⁵¹ Genel işlem koşulu, sözleşme taraflarından birinin, birden çok sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere hazırlamış bulunduğu ve müzakere edilmeksizin sözleşme ilişkisine dahil olan hüküm/lerdir (TBK m. 20/1). Ancak haksız şart denetimi için hükmün sadece müzakere edilmeden sözleşmeye dahil edilmesi yeterlidir (TKHK m. 5/1). *Aydın*, Yargıtay'ın haksız şart esaslarının uygulanması için de birden çok sözleşmede kullanılmak üzere hazırlanma şartı aradığını ifade etmekte ve bu yaklaşımı eleştirmektedir. Bkz. **Aydın**, s. 104. Bununla birlikte atıf yapılan kararlarda Yargıtay'ın haksız şart esaslarını bu şekilde uyguladığı çıkarımı

kişinin özgür iradesiyle rızanın verilmesi ve rızanın bilgilendirmeye dayanması gerekecektir⁵². Bu çerçevede örneğin uygulamada yaygın olduğu üzere girişimcilerin kişisel veriler karşılığı hukuki ilişkileri “ücretsiz” olarak nitelendirmesi doktrinde bilgilendirme yükümlülüğünün ihlali olarak nitelendirilmektedir⁵³. Veri karşılığı işlemin bu niteliği şeffaf hale getirilmelidir. Veri karşılığı sunulan bir ürünün ücretsiz olduğu ifadesiye şeffaflıktan yoksun bir beyandır⁵⁴. Kişisel veriler karşılığı ürün sunulmasına rağmen ücretsiz, karşılıksız veya fedakarca nedenlerle sağlandığı ve rızanın bunun için sadece şekli bir adım olduğu izleniminin oluşturulmasından kaçınılmalıdır. Aksi takdirde verilerin ekonomik değeri gizlenmiş olacaktır⁵⁵.

ii. Taraflar Arasındaki Denge Mekanizması Olarak (Açık) Rızanın Unsurları: Veri Karşılığı İlişkilerde “Fiyat Denetimi”

Genel işlem koşulları yahut haksız şart denetimi kapsamında bir sözleşmede *essentialia negotii* (esaslı unsurlar) sayılacak unsurlar ve bunlar arasında kurulan denge denetim alanı dışındadır⁵⁶. Bu sebeple bir işlem tüketici işlemi dahi olsa ilgili işleme yönelik fiyat denetimi kural olarak yapılamaz (TKHK m. 5/7). Bununla birlikte şayet bir edim karşılığında ödenecek bedel açık ve anlaşılır yani şeffaf değilse, hüküm bu yönüyle denetime tabi tutulacaktır (TKHK m. 4/3)⁵⁷. Açık ve

yapılamaz. Kararlar için bkz. Yarg. HGK, T. 28.03.2012, E. 2012/23, K. 2012/255; Yarg. HGK, T. 04.03.2015, E. 2014/111, K. 2015/886; Yarg. HGK, T.27.07.2015, E. 2013/1596, K. 2015/1104.

⁵² Bu yönüyle veri koruma hukuku esaslarının genel işlem koşulu denetimine kıyasla daha geniş bir koruma alanı öngördüğü ifade edilebilir.

⁵³ **Buchner, Kühling**, DSGVO, Art. 7, N. 51; **Walker**, s. 196, 200. *Walker, Buchner ve Kühling*, tarafından bu meselenin bağlanma yasağı ve dolayısıyla rızanın gönüllü niteliği kapsamında ele alınmış olmasını eleştirmiş ve söz konusu nitelendirmenin şeffaflıkla ilgili olduğuna dikkat çekmiştir. Bkz. **Walker**, s. 196.

⁵⁴ **Buchner, Kühling**, DSGVO, Art. 7, N. 51; **Walker**, s. 196, 200. Aksi yönde bkz. LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 51.

⁵⁵ **Walker**, s. 200. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 187-189.

⁵⁶ **Atamer**, s. 19; **Baş**, s. 284; **Hacker**, ZfPW, s. 192. Edim-karşı edim arasındaki dengenin işlem temelinin çökmesi esasları uyarınca değerlendirilebileceği yönünde bkz. **Hacker**, ZfPW, s. 193.

⁵⁷ **Yeşim M. Atamer, Kerem Cem Sanlı**, “Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları”, Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), Aralık, Cilt: 26, Yıl: 2010, s. 40 vd.; **Atamer**, TKHK, s. 25; **Thomas Pfeiffer**, “Europäisch-autonome Auslegung der Klauselrichtlinie am Beispiel der Hauptleistungsklauseln”, NJW, 2014, s. 3070, çevrimiçi, BECK-ONLINE-20.08.2022; **Ramazan Aydın**, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar (TKHK m. 5), ERÜHFD, C. 11, S. 1, 2016, s. 112. Ayrıca bkz. EuGH: Verbraucherrecht: Rechtswirkung der Feststellung der Missbräuchlichkeit einer AGB-Klausel, EuZW, 2012, s. 786, çevrimiçi, çevrimiçi, BECK-ONLINE-20.08.2022.

anlaşılır olmaktan murat, kolay okunabilir olmayı kapsadığı gibi, hukuki bilgisi olmayan ortalama bir kişinin anlayabileceği nitelikte bir hükmün kaleme alınmasını da gerekli kılmaktadır⁵⁸. Bedel saydam olmadığına asli edim dengesine yönelik olarak hâkimin müdahale imkânı gündeme gelecektir⁵⁹. Buna ek olarak doktrinde fiyat denetimi yapılamayacağı hükmünün dar anlaşılması gerektiği de savunulmaktadır. Bir diğer ifadeyle kişisel verilerin kendisi, teknik anlamıyla bir fiyat (“*price*”) olmadığı için denetimin önünde bir engel bulunmadığı ifade edilmektedir⁶⁰. Ancak hükmün dar yorumlanmasına ihtiyaç duyulmaksızın da aynı sonuca ulaşılabileceğine dikkat çekilmelidir⁶¹. Bunun yanında fiyat-bedel sözleşme kurulurken dikkate alınan asli unsur olması itibarıyla bilgi edinilen yahut bilgi talep edilen ilk konudur⁶². Ayrıca diğer sözleşme şartlarına kıyasla basit rakamlarla ifade edildiği için anlaşılırdır⁶³. Ancak veri karşılığı hukuki ilişkilerde durum ücretli sözleşme ilişkilerinde olduğundan daha karmaşıktır⁶⁴.

Veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden verinin ekonomik değerinin tespit edilememesi sebebiyle karşı edim olarak kararlaştırılmış kişisel verinin bu niteliği, birtakım sorunları beraberinde getirmektedir⁶⁵. Bu çerçevede borçlar hukuku uyarınca öngörölmüş esasların devreye girmesi söz konusu olacaktır⁶⁶. Kişisel

Sözleşmeden doğan asli edim yükümlölüklerinin de genel işlem koşulu yahut haksız şart denetimine muhatap kılınıyor olmasının, hükmün (GİK denetimine ilişkin) amacı dikkate alınarak hükme istisna öngörölmesi (örtülü boşluğun teleolojik redüksiyon yöntemiyle doldurulması) olduğu yönünde ayrıca bkz. **Hacker**, AcP, s. 452.

⁵⁸ **Atamer, Sanlı**, s. 42. Bu kapsamda örneğin TBK m. 117 uyarınca aranan ihtar şartı bu sözleşme için uygulanmaz hükmü, açık ve anlaşılabilir bir hüküm olarak nitelendirilemez.

⁵⁹ “*Saydamlık denetimi ile kast edilen sadece sözleşme hükmünün kaleme alınışı ile alakalı değildir. (1) hükmün gramer kuralları açısından anlaşılabilir olmasının yanında (2) tüketici açısından beraberinde getireceği ekonomik sonuçları anlaşılır şekilde ortaya koyması da beklenir.*” (**Atamer, Sanlı**, s. 42). Avrupa Adalet Divanı da aynı görüştedir bkz. **Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna**, s. 1451.

⁶⁰ **Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna**, s. 1450-1451.

⁶¹ Kişisel verinin bir ücret olmadığı gerekçesiyle **Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna**, tarafından da bu duruma dikkat çekilmiştir. Bkz. **Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna**, s. 1450.

⁶² **Atamer**, s. 12.

⁶³ **Atamer**, s. 12; “*Fiyat bir sinyal vazifesi görür ve kıt kaynakların ekonomik açıdan etkinliğini sağlar.*” bkz. **Atamer**, s. 19. Fiyat, ayırtırma yapılarak şeffaflık niteliğini ve dolayısıyla sinyal vasfını kaybettiği ölçüde genel işlem koşullarına ilişkin denetime tabi tutulacaktır. Bkz. **Atamer**, s. 41.

⁶⁴ Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde saydamlık denetimi yapılacağı yönünde bkz. **Yücedağ, Açık Rıza**, s. 187 vd.

⁶⁵ **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 61.

⁶⁶ **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 62.

verilerin işlenmesine yönelik şartların açık ve anlaşılır olmaması halinde genel işlem koşulları denetimine tabi tutulacak olması, asli edimler arasındaki dengeye müdahale edilemeyeceği kuralıyla da uyumludur. Bu durum, fiyat denetimine yönelik veri koruma hukuku ilkelerinin birtakım istisnaların söz konusu olması sonucunu doğurmaktadır. Yine veri minimizasyonu ilkesinin işleme faaliyetinin amaçla sınırlı olmasını sağlama fonksiyonu sebebiyle veriye dayalı ilişkilerde edim-karşı edim dengesinin denetlenmesi farklı bir boyut kazanmaktadır. Böylece ifade edilmelidir ki kişisel verilerin işlenmesiyle girişimcinin elde ettiği menfaat ile verileri işlenen ilgili kişinin elde ettiği menfaatin karşılaştırılması esasına dayanan bir denetim söz konusu olmayacaktır. Kişinin elde ettiği menfaat ile kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesi arasındaki ilişkinin değerlendirilmesinde özellik arz eden durum, rıza beyanında bulunan kişinin iradesini sakatlayacak hallerin rızanın özgür iradeye dayanma niteliği gereği her zaman göz önünde bulundurulacak olmasıdır⁶⁷. Bu yönüyle edim-karşı edim dengesine yönelik kişisel veri koruma hukuku kapsamında bir denetim istisnası daha öngörülmüş bulunduğu ifade edilebilecektir. Sonuç itibarıyla saydamlık denetiminin yanında kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinde veri işleme imkânının kapsamına yönelik hükümlerin içerik denetimine de tabi olduğu kabul edilmelidir⁶⁸. İçerik denetimi -dolayısıyla haksız şart denetimi- imkânının önü kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin bu özelliği dikkate alınarak kesilmemelidir.

Ayrıca açık rızanın hangi işleme faaliyetine yönelik verildiğinin belirlenmesi zorunluluğu da taraflar arasındaki ilişkide bir denge unsuru olacaktır. Bir açık rıza metninin geçerli olabilmesi için açık ve özelleştirilmiş olması aranmaktadır. Açık rızanın kapsamının geniş tutulması, taahhüdün ve dolayısıyla rızanın geçersiz olmasına sebep olabilecektir⁶⁹. İşleme amacının geniş belirlenmesinin anlaşılır olma

⁶⁷ Açık rızanın hizmet şartına bağlanması yasağı (*Kopplungsverbot*) olarak adlandırılan bu hale ilişkin ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. İkinci Bölüm/IV./A.

⁶⁸ Doğrudan olmasa da dolaylı olarak *Metzger* de ilgili kişinin temin ettiği kişisel verilerin içerik denetimine tabi olduğunu kabul etmektedir. Bkz. *Metzger*, Festschrift, s. 56-57.

⁶⁹ *Aşikoğlu*, s. 183. Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, No. 2013-420, 03.01.2014. Resmini bir sosyal ağ platformunda yayınlayan kimse, bu resmin arama motoru sonuçlarında görüntülenmesine ve üçüncü tarafların üçüncü tarafların resme köprüler aracılığıyla atıfta bulunmasına (sosyal medya platformuna yönlendirme linki) zımnen rıza göstermiş kabul edilmektedir. Bkz. *Fricke*, KUG § 22, N. 17; bu yönde ayrıca bkz. *Urteil des*

özelliğini zedeleyeceği gibi bu durum aynı zamanda rızanın özgür iradeyle verilmiş olması önünde de bir engeldir⁷⁰.

Kişisel verilerin değerinin belirsizliği, tüketicilerin sağladıkları şeyin değer veya fayda yönünden karşılığında aldıkları ürünle yaklaşık olarak eşleşip eşleşmediğini değerlendirmede önemli zorluklar söz konusudur⁷¹. Örneğin bir sosyal medya platformu kullanılırken çeşitli eklentiler- “cookies” aracılığıyla veri toplaması durumunda tüketicinin veri karşılığı aldığı hizmetle girişimcinin elde ettiği menfaat arasındaki ilişkinin tek başına bir haksız şartın varlığını değerlendirmede işlevsel olup olmadığı tartışmaya açıktır. Kaldı ki hizmet ile girişimcinin menfaati arasındaki dengenin ortaya konulması da zordur⁷². Bu gibi durumlarda girişimcinin veri karşılığı sunduğu ürünün niteliğinden hareket edilmesi önerilmektedir⁷³. Girişimci işlevsel olarak sosyal medya platformu gibi önemli ölçüde karmaşık bir ürün sunuyorsa üçüncü taraf çerezlerinin kullanılıyor olmasının dahi tek başına taraflar arasındaki ilişkide önemli bir dengesizliğin bulunmasına yol açmaması gerektiği savunulmaktadır⁷⁴.

Girişimci, bir akıllı telefonda el feneri uygulaması gibi işlevsel olarak çok sınırlı bir ürünü veri karşılığı sunuyor, buna rağmen geniş kapsamlı üçüncü taraf çerezleriyle kişinin izlenmesini şart koşuyorsa buradaki sözleşme şartlarının önemli ölçüde taraflar arasında bir dengesizlik meydana getirdiği kabul edilmelidir⁷⁵. Böylece veri koruma hukuku, haksız şart ve genel işlem koşulları esasları aracılığıyla yapılan fiyat-karşılık kontrolü serbest piyasa ekonomisinin bu niteliğini koruyacağı

Landgerichts Hamburg, 12.04.2011-310 O 201/10, ZUM-RD 2011, s. 503, çevrimiçi, BECK-ONLINE-08.05.2022.

⁷⁰ Rekabet hukuku uyarınca aşırı fiyatlandırma söz konusu olacağı ve özellikle sosyal medya platformlarının piyasadaki hâkim durumlarını kötüye kullandığı savunulmaktadır. Bkz. **Aleksandra Gebicka, Andreas Heinemann**, “Social Media & Competition Law”, World Competition-Law and Economics Review, Vol. 37, Issue 2, 2014, s. 163; **Wolfgang Kerber**, “Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection”, GRUR, 2016, s. 643, çevrimiçi, BECK-ONLINE-23.10.2021.

⁷¹ **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 67.

⁷² **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 71.

⁷³ **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 72.

⁷⁴ **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 72.

⁷⁵ **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 72-73. Aynı yönde örnek için ayrıca bkz. **Helberger, Zuiderveen Borgesius, Reyna**, s. 1439.

gibi aşırı veri toplama ve paylaşma uygulamalarının önüne geçilmesine de imkân sağlayacaktır⁷⁶.

Taraflar arasındaki dengenin korunması adına geniş kapsamlı veri işleme hükümlerinin gerekçesi olarak girişimcinin sözleşmesel borcunun gösterilmesinin mümkün olup olmadığı da değerlendirilmelidir. Uygulamada davranışsal reklamcılık hizmetinin bir sosyal ağ kullanım hizmeti yanında girişimcinin borcu olarak düzenlenmesi ve bu borcun yerine getirilmesi için veri işleneceği hükmüne yer verilmesi yaygındır⁷⁷. Bu kapsamda girişimcinin yükümlülük olarak tanımladığı husus, sözleşmenin karakteristik edimiyle işlevsel bir bağdan yoksundur. Bir diğer ifadeyle davranışsal reklamcılık bir sosyal ağa erişim sağlama yükümlülüğünden işlevsel olarak bağımsızdır. Borç olarak isimlendirilen husus, tüketiciye önemli bir fayda sağlamadığı gibi esasında girişimcinin menfaatine veri işleme imkânının genişlemesi için öngörülmüştür⁷⁸. Bu durumda ilgili hükmün haksız şart olarak nitelendirilmesi mümkündür.

2. (Açık) Rıza Beyanının Geçerliliği

Kişisel verilerin işlenmesine yönelik rıza beyanında bulunma taahhüdüyle açık rıza beyanı ayrı hukuki işlemlerdir. Kullanım koşulları uyarınca taahhütte bulunan ilgili kişi ayrıca rıza beyanında bulunarak veri işleme faaliyetinin hukuka uygun hale gelmesini sağlayacaktır. (Açık) rıza verilmesine yönelik beyanın ayrıca alınması gerekir ancak bu beyanın aydınlatma metninden mutlaka farklı bir metin içerisinde yer alması aranmaz⁷⁹. Açık rıza verilmesine yönelik beyanın içeriğini oluşturan ve girişimci tarafından hazırlanmış olan bu metnin de tıpkı taahhüdün içeriğine yönelik metinler gibi “anlaşılır, kısa, sade, ortalama tüketiciyi esas alan”

⁷⁶ **Hacker**, Contract Law 2.0, s. 73.

⁷⁷ Berlin Bölge Mahkemesi Facebook’un kullanım koşullarında yer alan “kişinin resmin ve ismin; ticari, sponsorlu yahut ilişkili içerikler için kullanılmasına” rıza gösterilmiş kabul edildiği hükmü; kapsam itibarıyla belirsiz olduğunu, kullanıcının rıza beyanında bulunurken bu sebeple bilinçli karar vermiş kabul edilemeyeceğini, kullanım koşullarında sayılan amaçlara örnek birtakım kullanımlar gösterilmişse de bunun yeterli olmayacağını ifade etmiştir. Bkz. LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 66.

⁷⁸ Söz konusu hükmün bir borç olarak nitelendirilemeyeceği yönünde ayrıca bkz. İkinci Bölüm/IV./B./1.

⁷⁹ **Çekin**, KVKK, s. 89.

metinler olarak tasarlanmalıdır⁸⁰. Rızanın kapsamına yönelik aksaklıkların, açık rıza beyanına da sirayet edeceği kabul edildiğinden bu ihtimalde açık rıza beyanının kendisi de geçersiz olacaktır. Bu sebeple hem açık rıza beyanında bulunma taahhüdü dolayısıyla hem de yalnızca açık rıza beyanının geçersiz olmasının taraflar arasındaki hukuki ilişkiye etkisi ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

3. Taahhüdün ve (Açık) Rızanın Geçersizliğinin Hukuki İlişkiye Etkisi

(Açık) rıza beyanının geçersizliğinin sebebi çoğu zaman beyanın içeriği ve kapsamını belirleyen sözleşme hükmündeki hukuka aykırılıklardır⁸¹. Ayrıca taraflar arasında geçerli bir sözleşme ilişkisi bulunmasına rağmen (açık) rıza beyanının sadece kendisi geçersiz olabilir. Örneğin sözleşme geçerli olarak kurulmasına rağmen rıza beyanında bulunulduğu anda işlem ehliyeti yönünden bir eksiklik söz konusu olduğu için rıza beyanı geçersiz olabilir⁸². Bu durum sözleşme ilişkisinin geçerliliği etkilenmeyecektir⁸³. Dolayısıyla gerçekleştirilen işleme faaliyetleri, geçerli bir rıza alınana kadar hukuka aykırı olacaktır⁸⁴. Gerçekleştirilen veri işleme faaliyetlerinin hukuka aykırılığının ortadan kaldırılması için rıza beyanının geriye etkili olarak verilip verilemeyeceği ise tartışmalıdır⁸⁵. Geçersiz bir rıza beyanının akabinde geriye etkili olarak (açık) rıza beyanında bulunulması esasında rızanın geçmişe etkili olmasını sağlamaz⁸⁶. Aksi halde girişimcilerin geçersizlik tespit edilen her halde geçmişe etkili rıza almak yolu tercih ederek rıza alma yükümlülüğünü yerine getirmekten geri durabilir ve ilgili kişinin hakları ihlal edilebilir⁸⁷. Bu beyanın kişilik hakkı ihlalinden kaynaklanan taleplerden feragat olarak ele alması daha isabetli olacaktır.

⁸⁰ Çekin, KVKK, s. 90.

⁸¹ Bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmemesi vb.

⁸² Ehliyeteye dair örnekler için ayrıca bkz. Metzger, MüKo, BGB § 327q, N. 5.

⁸³ Specht, JZ, s. 766.

⁸⁴ Alman Medeni Kanunu uyarınca kişisel veri karşılığı ilişkilerde sadece rıza-taahhüt ilişkisi ekseninde rızanın geri alınmasının düzenlenip geçersizliğinin ilişkiye etkisinin düzenlenmemesinin bir eksiklik olduğu yönünde ayrıca bkz. Metzger, MüKo, BGB § 327q, N. 4.

⁸⁵ Schmidt, s. 85, Geriye etkili olarak verilen rızanın geçerli olacağı yönünde bkz. Weber, Henseler, s. 343.

⁸⁶ Schmidt, s. 85.

⁸⁷ Schmidt, s. 85.

Bunun dışında (açık) rızanın, sözleşme metninden bir diğer ifadeyle aydınlatma metninden ve kullanım koşullarından “ayrı olarak” alınması gerekliliğine uyulmamasının rızanın geçerliliğine etkisi de ayrıca değerlendirilmelidir. Veri işleme faaliyetine (açık) rıza alınması için sadece taraflar arasındaki sözleşme içerisinde bir hükme yer verilmesi ve ayrıca (açık) rıza beyanının alınmamasının sonuçları ele alınmalıdır. Kişisel verilerin işlenmesine yönelik sözleşme kapsamında kişinin açık rızasının da alınması, girişimci bakımından avantajlı ve hızlı bir imkân olarak görülebilecektir. Ancak (açık) rızanın özellikleri dikkate alındığında ilgili kişinin iradesini ortaya koymak bakımından yeterli açıklığın sağlanıp sağlanmadığına dikkat edilmelidir⁸⁸. (Açık) rıza beyanı açık bir irade beyanı niteliğini taşımaktadır. Bu sebeple sözleşme içerisinde yer alan bir hüküm olarak (açık) rıza beyanında bulunduğu kabul edilmesi mümkünse de bunun yeterli açıklıkta ilgili kişinin dikkatine sunulmuş olması aranacaktır⁸⁹. Bu çerçevede en azından her durumda aydınlatma hükmünün dışında ayrı bir hüküm olarak (açık) rıza beyanına yer verilmesi gerektiği ifade edilmelidir⁹⁰. Nitekim GDPR art. 7/2’de: “İlgili kişinin rızasının başka hususları da ilgilendiren yazılı bir beyan bağlamında verilmesi

⁸⁸ **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 190-191.

⁸⁹ *Çekin* de somut olayın koşulları uyarınca genel işlem koşulu şartları arasında açık rıza beyanının yer almasının tek başına bir geçersizlik sebebi olmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 97. Bununla birlikte *Çekin*, rıza metni ile aydınlatmanın “*farklı metinler*” olmasından da bahsetmektedir. Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 89. Fakat burada kast edilenin ayrı bir hüküm olarak aynı metin içerisinde yer alması olduğu düşünülmektedir.

⁹⁰ Aydınlatma Yükümlülüğünün Yerine Getirilmesinde Uyulacak Usul ve Esaslar Hakkında Tebliğ, m. 5/1/f uyarınca: “*kişisel veri işleme faaliyetinin açık rıza şartına dayalı olarak gerçekleştirilmesi halinde, aydınlatma yükümlülüğü ve açık rızanın alınması işlemlerinin ayrı ayrı yerine getirilmesi gerektiği*” düzenlenmiştir. Kişisel Verileri Koruma Kurulu da bu hükme dayanarak 26.07.2018 tarihli kararında “Veri sorumlusunun aydınlatma yükümlülüğü ve açık rıza onayı alınması süreçlerinin ayrı ayrı yerine getirmemiş olması” dolayısıyla ihlal kararı vermiştir. bkz. çevrimiçi, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5420/2018-90_-25.11.2021 Aynı yönde ayrıca bkz. “İlgili kişinin Kanunun 11 nci maddesi kapsamındaki başvurusuna veri sorumlusu tarafından verilen cevabın yeterli bulunmaması” hakkında Kişisel Verileri Koruma Kurulunun 03/02/2021 tarihli ve 2021/85 sayılı Karar Özeti”, çevrimiçi, https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7112/2021-85_-20.02.2022. Bununla birlikte (açık) rıza metninin, (açık) rıza alınmadan önce kişiye anlaşılır, sade bir dille ve ilgili kişinin “ayrıca” bilgilendirilmesine yöneliktir. Buna göre *Çekin*, her veri işleme faaliyeti öncesinde ilgili kişiye ayrı metinler sunulmasının “süreci ilgili kişi açısından karmaşık ve anlaşılması güç bir hale getirdiğini ve veri sorumlusu açısından da zorluklara” yol açtığını ifade etmektedir. Bkz. **Çekin**, KVKK, s. 177. Şu hâlde Tebliğ’de yer alan “ayrı ayrı” ifadesi (açık) rızanın özellikleri ve aydınlatma yükümlülüğünün varlık amacına uygun ele alınmalı ve bununla aynı metin içerisinde açık rızanın da alınması önünde bir engel olarak değerlendirilmemesi uygun olacaktır. Sonuç itibarıyla (açık) rıza ile sözleşme hükümlerinin aynı metinde yer alması tek başına bir geçersizlik sebebi değildir. Aynı yönde bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 190-191.

halinde, rıza (talebi) diğer hususlardan açıkça ayırt edilebilecek şekilde, anlaşılır ve kolay erişilebilir bir biçimde, açık ve sade bir dil kullanılarak ilgili kişinin dikkatine” sunulması gerektiği düzenlenmiştir (1. cümle). Bu hüküm dikkate alındığında (açık) rızanın mutlaka ayrıca bir metinde yer alması aranmamalıdır.

(Açık) rıza beyanının geçerliliğiyle ilgili sorun, çoğu zaman sadece (açık) rızanın geçersizliği ile sınırlı kalmayacaktır. (Açık) rıza beyanının kapsamı ve taşınması gereken özelliklerin, sözleşme ilişkisinde yer almaması dolayısıyla hem rıza beyanında bulunma taahhüdü hem de bu taahhüde dayanılarak alınmış olan (açık) rıza geçersiz olacaktır⁹¹. Bir sözleşme ilişkisinde (açık) rıza taahhüdü ve dolayısıyla (açık) rıza beyanının geçersiz olması halinde sözleşme ilişkisinin akıbetinin bu geçersizlikten nasıl etkileneceği de açıklanmalıdır. Bu ihtimale yönelik olarak doktrinde tüm sözleşme ilişkisinin geçersiz olduğunun kabul edilmesinin, somut olayın şartlarına uygun düşmediği ifade edilmektedir⁹². Bunun yerine, kısmi hükümsüzlük yaptırımının uygulanması gerektiği de ileri sürülmektedir⁹³. Bu kapsamda örneğin taahhüdün kapsamı sebebiyle sözleşme ilişkisinde meydana gelen dengesizlik aleyhine olan tarafın/ilgili kişinin, yasal yükümlülüklerin bir diğer ifadeyle taahhüt edilen veri işleme faaliyetinin kapsamı kabul edilebilir bir düzeye indirilmesini talep edebileceği iddia edilmektedir⁹⁴. Bu çerçevede sözleşme uyarınca veri işleme süresinin kısaltılması⁹⁵, işlenebilecek verinin kapsamının daraltılması gibi müdahaleler çözüm olarak gösterilmektedir. Bu öneri ilk bakışta sözleşme şartlarının genel işlem koşulu niteliğiyle de uyumludur⁹⁶. Ayrıca gerçekleştirilen

⁹¹ Berlin Bölge Mahkemesi, Facebook’un kullanım koşullarının geçerliliğini incelediği kararında sözleşmede yer alan hükümlerin genel işlem koşulları denetimine tabi olduğu ve bu çerçevede geçersiz kabul edildikleri ihtimali de değerlendirmiştir. Münferit hükümlerin hukuka aykırılığının tespiti, bu hükme dayanılarak gerçekleştirilen veri işlemeyi hukuka aykırı hale getirmeyeceği, ancak veri sorumlusunun veriler işleme faaliyetinin hukuki dayanağı olarak (bir diğer ifadeyle veri işleme faaliyetini hukuka uygun kılmak adına) ilgili hükme dayanmasının hukuka aykırı olacağını ifade etmiştir. Bkz. LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 55

⁹² **Schmidt**, s. 138.

⁹³ BGE 120 II 35, 40, E. 4 a.; **Schmidt**, s. 138; kişilik değerlerini konu alan sözleşme ilişkilerinin geneline yönelik açıklamalar için bkz. **Huguenin/Reitze**, Art. 27, N. 28.

⁹⁴ BGE 120 II 35, 40, E. 4 a.; **Schmidt**, s. 138; kişilik değerlerini konu alan sözleşme ilişkilerinin geneline yönelik açıklamalar için bkz. **Büchler**, AcP, s. 326; **Huguenin/Reitze**, Art. 27, N. 28.

⁹⁵ Diğer ifadeyle açık rıza beyanının geçerli kabul edileceği sürenin kısaltılması.

⁹⁶ TBK m. 22 uyarınca sözleşmeden çıkarılan hükmün karşı taraf bakımından sübjektif esaslı unsur olduğu iddiası dinlenmeyecektir.

hukuka aykırı işleme faaliyetleri bakımından verileri işlemeye konu edilen ilgili kişinin tazminat taleplerinin saklı olacaktır. Bununla birlikte bu önerinin uygulamada karşılık bulma ihtimalinin düşüklüğüne de dikkat çekilmelidir. Hâkimin taraflar arasındaki ilişkiye veri işleme faaliyetinin ve sunulan ürünün karmaşık yapısı da dikkate alındığında, veri işleme faaliyetine yönelik bir sınır çizmesi pratik ve uygulanabilir bir çözüm önerisi olmaktan uzaktır.

Sözleşmenin tamamen geçersiz olmamasının yanında özellikle girişimcinin bilgilendirme yükümlülüğünü gereği gibi yerine getirmediği hallerde ilgili kişinin sözleşme ilişkisini sona erdirmeye imkânına sahip olması gerektiğine de dikkat çekilmektedir⁹⁷. Söz konusu sona erdirmeye imkânı ise irade sakatlığına ilişkin hükümlere (aldatma/hile) dayandırılmaktadır. Bu görüş kapsamında özellikle bilgilendirmenin gereği gibi yapılmadığı hallerde, açıklanması gereken bir bilginin açıklanmaması söz konusu olduğu için girişimcinin davranışları hileli davranış olarak nitelendirilmiştir⁹⁸. Bununla birlikte özellikle büyük veri-“*big-data*” uygulamaları çerçevesinde girişimcinin de veri işlemenin sonuçları ve işleyiş tarzına yönelik bilgisiz olabileceği atlanmamalıdır⁹⁹. Bu sebeple somut olayda hilenin her zaman mevcut olmayabileceği göz önünde bulundurulmalıdır. Gerek aydınlatma yükümlülüğünün gereklerine aykırı davranılmış olması gerekse ilgili kişinin veri işlemenin kapsamına ilişkin hataya düşmüş kabul edilmesi mümkündür. Dolayısıyla hata hükümleri uyarınca sözleşme ilişkisini iptal etme imkânının gündeme gelebileceğine dikkat çekilmelidir.

Kısmi hükümsüzlük yaptırımı her durumda somut olayın şartlarına uygun olmayabilir. Kısmi hükümsüzlüğün somut olaya uygulanması bakımından söz konusu olacak zorlukların yanında ilişkinin ayakta tutulmasının mümkün olmadığı ihtimaller de söz konusu olabilecektir. Bu takdirde gerçekleştirilecek tasfiye ilişkisi esasları ortaya konulmalıdır. Daha önce kişisel verilerin işlenmesi taahhüdünün niteliği gereği taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi doğurduğuna temas edilmiştir¹⁰⁰. Söz konusu ilişkinin bu karakteri sebebiyle şayet veri işleme faaliyeti

⁹⁷ Specht, JZ, s. 768.

⁹⁸ Specht, JZ, s. 768.

⁹⁹ Aşıkoğlu, s. 173-174.

¹⁰⁰ Bkz. İkinci Bölüm/III./C./2./b.

başlamışsa bir diğer ifadeyle tarafların hak ve borçları ifa edilmeye başlanmışsa ilişkinin geçmişe etkili olarak geçersiz kabul edilmesi, çözümü güçlük arz eden hukuki sorunları beraberinde getirecektir¹⁰¹. Özellikle her iki tarafın ifa menfaatinin zamana yayıldığı hallerde veri karşılığı bir sosyal iletişim ağının kullanılması örneğinde olduğu gibi geçersizliğin ilişkiye etkileri belirlenmelidir.

Bu durumda iki farklı çözüm akla gelecektir. Öncelikle taraflar arasında ya fiili bir borç ilişkisinin söz konusu olduğu kabul edilecek yahut geçersizliğin ileriye etkili olarak hüküm ve sonuçlarını doğurması teklif edilebilecektir¹⁰². Ancak ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesi hukuka aykırı olmasına rağmen, geçersizliğin ileriye etkili olduğunun kabul edilmesi (açık) rızanın varlık amacıyla ve ilgili kişinin korunmak istenen menfaatleriyle bağdaşmaz. Bu durumda yine de ilişkinin geriye etkili olarak geçersiz kabul edilmesi, işlenmiş bulunan kişisel verilerin silinmesi ve ilgili kişinin kişilik hakkını koruyucu davalar vesilesiyle girişimciden talepte bulunması kabul edilmelidir. Bunun yanında bir dijital içeriğe erişmiş olunması gibi kişisel verilerinin işlenmesiyle elde etmiş olduğu menfaat varsa ilgili kişinin tazminat talebinin hesabında denkleştirilmeyle girişimci lehine dikkate alınması önerilebilecektir¹⁰³. Buna ek olarak TBK m. 25 uyarınca da öngörüldüğü üzere gerçek olmayan vekâletsiz işgörme esasları uyarınca kazanç devri talebinin ileri sürülmesinin de mümkün olduğuna işaret edilmelidir.

4. Yanlış Kişisel Veri Temininin (Özellikle Kimlik Bilgisi) Sonuçları

Veri karşılığı sözleşmelerde kişisel verilerin güncel ve doğru olması özellikle önemlidir. Kişisel veri işleme faaliyetine yönelik genel ilkelerden biri de verinin “gerektiğinde güncel ve doğru” olmasıdır¹⁰⁴. Buna ek olarak sözleşme ilişkisinde kişisel verileriyle hukuki ilişkiye taraf olan kişinin kimliğinin doğru tespit edilmiş

¹⁰¹ Oğuzman, Öz, N. 569.

¹⁰² Oğuzman, Öz, N. 570.

¹⁰³ Buna alternatif olarak ilgili kişinin bir kullanım karşılığı ödemesi ve böylece taraflar arasında ilgili kişiye sağlanan ürün bakımından bir fiili sözleşme ilişkisi bulunduğu ve fakat kişisel verilerin işlenmesine yönelik bir ilişkinin her halükârda reddedilmesi gerektiği de savunulabilecektir.

¹⁰⁴ KVKK Art. 4/1/b.; Çekin, s. 81; GDPR Art. 5/1/d.; Cécile de Terwangne, The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020, Art. 5, s. 317.

olması özellikle önemlidir. Nitekim *Facebook* Hizmet koşulları arasında kullanıcı adaylarının: “*gerçek isimlerini kullanmasını (gerçek hayatta kullandıkları isimleri kullanmaları) ve kendilerine ait olacak tek bir hesap açmaları, 13 yaşından küçük kişilerin Facebook’a kayıt olmaması*” gibi kurallara uymak zorunda oldukları yer almaktadır¹⁰⁵. Ayrıca tüketicinin borcunun içeriğini doğru kişisel verileri sağlamak oluşturmaktadır¹⁰⁶.

Facebook kullanım koşullarının aksine bir gizlilik politikasında kimlik bilgilerinin doğru bir şekilde paylaşılmasına ilişkin hüküm yer almasa da veriye dayalı iş modeli sahibinin kanuni yükümlülüklerinin yerine getirilmesi adına kimlik bilgilerinin doğru olması önemli olabileceği gibi¹⁰⁷, girişimcinin meşru menfaati¹⁰⁸ için de gerekli olabilecektir. Bu sebeple sözleşmesel bir yükümlülük olduğu taraflar arasındaki hukuki ilişkide açıkça yer almasa da ilişkinin niteliği gereği ilgili kişinin borcunun kapsamı, doğru verileri paylaşması olduğu savunulabilecektir¹⁰⁹.

Bununla birlikte gelişen teknolojik imkânlar ve artan mahremiyet endişeleri sebebiyle kullanıcılarına sahte kimlikler oluşturma imkânı sunan uzantılar geliştirilmektedir. Örneğin UNESCO tarafından geliştirilmiş “*The Cookie Factory*”, sahte çerezlerle internette arama yaparken yeni bir kimlik oluşturmaya imkân

¹⁰⁵ Facebook Hizmet Koşulları, “Facebook’a ve topluluğumuza verdiğiniz taahhütler” (3./1.) çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -27.11.2021. Berlin Bölge Mahkemesi Facebook’un kullanım koşullarında yer alan söz konusu yaş sınırının haksız şart teşkil edip etmediğini değerlendirmiştir. Bu karar uyarınca yaş sınırının genel işlem koşulu teşkil ettiği ve taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi kurulduktan sonra yaş sınırı getirilmesinin hükmün bu haliyle çelişkili olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Landgericht LG Berlin (Zivilkammer 16), Facebook, s. 1060, N. 11.

¹⁰⁶ **Metzger**, Festschrift, s. 56-57; Ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 17-18 (Yazar bu başlık kapsamında atıf yapılan görüşlerini bu eserinde de tekrar etmiştir).

¹⁰⁷ Örneğin bir suç işlenmesi halinde kullanıcı bilgilerinin paylaşılması gerekebilecektir. Kullanıcının yaş bilgisi, girişimcinin suç yahut hukuka aykırılık teşkil edecek bir eylem gerçekleştirip gerçekleştirmediğinin tespiti adına da önemli olacaktır.

¹⁰⁸ Örneğin kısa süreli parasız-premium üyelik imkânı sunan sözleşme ilişkileri bakımından kullanıcının kimlik bilgileri, herkesin söz konusu hizmetten yahut içerikten bir kere yararlanmasını temin etmek yönüyle önemlidir. Kullanıcının yaş bilgisinin doğru verilmesi ve bu verinin işlenmesi, sözleşme ilişkisinin geçerli olup olmadığı ve girişimci tarafından yerine getirilmesi gereken hukuki yükümlülüklerin tespiti için fonksiyon icra ettiğinden bu tür verilere erişim girişimcinin meşru menfaatidir.

¹⁰⁹ **Langhanke**, s. 142. **Bijok**, s. 351. Bununla birlikte kişinin gerçek hayatta da kullandığı takma ismiyle hesap açması halinde yanlış bilgi verdiğinden bahsedilemeyeceği ve tarafların menfaatleri esas alındığında bu durumun borca aykırılık olarak nitelendirilemeyeceği kabul edilmelidir. Bkz. **Bijok**, s. 351.

tanınmaktadır¹¹⁰. Bu uzantının kullanıcıları, önceden oluşturulmuş 40 farklı hayali profilden tercihini yapmakta ve bunun akabinde uzantı sayesinde ziyaret edilen tüm sitelerde kullanıcının gerçek kimliği, bilgileri ve çerezleri yerine seçilen avatarın profili ve çereziyle değiştirilmektedir. Böylece kullanıcılara kişisel verileri de dahil olmak üzere veri işleme faaliyetinin eş zamanlı olarak gerçekleştirildiği, *YouTube*, *Google* yahut *Amazon* gibi yaygın sitelerin reklam gelirlerinin nasıl elde edildiği kişiye gösterilmektedir¹¹¹. Bu tür uygulamaların yaygınlaşması imkânı göz önünde bulundurulduğunda doğru (kişisel) verilerin paylaşılması sorunu gündeme gelmektedir. Keza yaygın olarak kullanılan “*anti-tracking* (takip engelleme)” eklenti yahut uygulamalarının bu tür hukuki ilişkiler bakımından sonuçları açıklanmalıdır.

Öncelikle bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı ve kişilik hakkı, kişinin kendisine ait kişisel verileri yanlış açıklamasını koruma kapsamına almaz¹¹². Anayasal düzeyde hakkın koruma kapsamı, ilgili kişinin kişisel verilerine yönelik gerçekleştirilecek işleme faaliyetlerinde söz sahibi olmasından ve aktif rolünü muhafaza etmesinden oluşmaktadır. Bu sebeple kişisel verilerin açıklanmaması hakkın kapsamında iken yanlış bilgi verilmesi bu hakkın koruma kapsamında değildir¹¹³. (anonim olma hakkı vardır-özgür iradeye dayanma)

Kişisel verilerin yanlış açıklanmasının sözleşme ilişkisine etkisine geri dönüldüğünde bu ihtimalde ilgili kişinin borcunu gereği gibi ifa ettiğinden bahsedilemeyeceği belirtilmelidir¹¹⁴. Yanlış kişisel veri sağlanması, borcun gereği gibi ifa edilmediği anlamına gelecektir (TBK m. 112). Bu takdirde borca aykırılığın ne şekilde isimlendirilmesi gerektiği sorusu gündeme gelecektir¹¹⁵. Bir diğer ifadeyle yanlış veri açıklanması *aliud* ifa olarak ele alındığı takdirde girişimci borçlu

¹¹⁰ “Dijital Mahremiyeti İhlal Eden Çerezler için Hayali Profiller”, çevrimiçi, [https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t\(RSS_EMAIL_CAMPAIGN\)](https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t(RSS_EMAIL_CAMPAIGN)) -30.11.2021.

¹¹¹ Çevrimiçi, [https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t\(RSS_EMAIL_CAMPAIGN\)](https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t(RSS_EMAIL_CAMPAIGN)) -30.11.2021.

¹¹² **Langhanke**, s. 143.

¹¹³ Başkasına ait kimlik bilgisinin kullanılmasının suç teşkil etse de (TCK m. 268) bu durum çalışma konusunun dışında kalmaktadır. Taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olarak doğru olmayan veri sağlanmasıyla, rızanın geri alınmasının sonuçlarının ayrı ele alınması gerektiği yönünde ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 2 ve N. 14-15.

¹¹⁴ **Langhanke**, s. 142. Buna ek olarak başta hile olmak üzere irade sakatlığı hükümlerine başvurulması imkânının saklı olduğuna işaret edilmelidir.

¹¹⁵ **Langhanke**, İsviçre hukuku uyarınca borcun TBK m. 112/1’in karşılığı olan hükme (OR 97/1) atıf yapılarak bu görüşü desteklemiştir. Bkz. **Langhanke**, s. 144.

temerrüdü hükümlerine başvurabilecektir¹¹⁶. Bunun yanında Alman hukukunda güncel olmayan ve eksik veriler de dahil olmak üzere¹¹⁷ yanlış veri sağlanması halinde girişimcinin sözleşme ilişkisine duyduğu güvenin ihlal edileceği (“*Vertrauens- und Integritätsinteresse*”) girişimcinin bu sebeple uğradığı zararın tazminini talep edebileceği ileri sürülmektedir¹¹⁸ (BGB §§ 280-286 uyarınca).

DCD’nin iç hukuka aktarılmış olmasından sonra da bu sonucun değişmediği ifade edilmektedir¹¹⁹. Bu çerçevede BGB § 327q/3 uyarınca tazminat talebinin mümkün olmadığı haller olarak veri koruma hukukundan kaynaklanan bir hakkın ihlal edilmiş olması sebebiyle uğranılan zararlar düzenlenmiştir. Yanlış veri sağlanmasıysa veri koruma hukuku himayesinde yer alan bir hak değildir. Bu ihtimalde veri işleme faaliyeti, veri koruma hukukuna yönelik bir hakkın kullanılması sebebiyle değil, kullanıcının kimliğinin gizlenmesinden ve/veya kişisel verilerini kasten paylaşmamasından kaynaklanmaktadır¹²⁰. Bu yönüyle Alman hukukunda esasında yanlış veri sağlanmasının koruma yükümlülüklerinin ihlali olarak ele alındığı ifade edilebilecektir¹²¹.

Yanlış veri sağlanmasının, hiç ifa etmeme olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı da tartışmaya açılabilir bir hukuki sorundur. Yanlış veri açıklandığında borç ifa edilmiş olmasına rağmen borca aykırılık gerçekleşmiş durumdadır. Bu noktada tıpkı ayıplı ifa ile *aliud* ifa arasındaki ayrımın silikleşmesi gibi bu borca aykırılığın da akdin müspet ihlali olarak değerlendirilmesinin mümkün olup olmadığı tartışma konusu edilebilecektir¹²². Yanlış veri sağlanması durumunda

¹¹⁶ İsviçre hukuku uyarınca veri karşılığı ilişkileri inceleyen *Weber ve Henseler* tarafından yanlış veri temini, “aliud ifa” olarak nitelendirilmiş ve borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Weber, Henseler**, s. 344.

¹¹⁷ **Klink-Straub**, s. 3221, N. 33.

¹¹⁸ **Maximilian Heller**, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, eds. Andreas Leupold, Andreas Wiebe, Silke Glossner, 4. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2021, Teil 6.4 Daten als Zahlungsmittel, N. 38, çevrimiçi, BECK-ONLINE-07.12.2021; **Klink-Straub**, s. 3221, N. 33; **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 15.

¹¹⁹ **Klink-Straub**, s. 3221, N. 33; **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 15.

¹²⁰ **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 15.

¹²¹ Koruma yükümlülüğünün kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından da mevcut olduğu ve BGB § 241/2 hükmünün bu ilişki için de uygulanacağı yönünde ayrıca bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 59.

¹²² Kavram için ayrıca bkz. **Rona Serozan**, “Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız fiil hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No: 18, İstanbul, 1990, s. 34 vd., (“İfa Engelleri”).

bir yönüyle asli edimin niteliği gereği amaca uygun/gereği gibi ifa edilmemesidir. Bu noktada nitelendirmenin sadece teorik bir tartışma olmanın ötesinde borca aykırılığın sonuçları bakımından bir fark mevcut olup olmadığı tespit edilmelidir.

Aliud ifa söz konusu olduğunda asli talep aynen ifa ve gereği gibi ifa edilmeme dolayısıyla uğranılan zararın tazminidir (TBK m. 112). (Açık) rızanın her zaman geri alınabilir niteliği karşısında girişimcinin aynen ifayı talep etmesinin bir anlamı ve karşılığının¹²³ olup olmadığına tartışmaya açıktır¹²⁴. Bu takdirde yanlış veri sağlanmasının *aliud ifa* olarak nitelendirildiği ihtimalde dahi temerrüt hükümleri, doğrudan uygulanan hükümler değil kıyasen başvurulacak hükümler olacaktır¹²⁵. Borcun gereği gibi ifa edileceğine güvenmekte haklı menfaati olduğu ifade edilen girişimci her iki ihtimalde de (*aliud*-akdin müspet ihlali) bu güvenin boşa çıkması dolayısıyla uğradığı zararının tazminini talep edebilecektir. Bu zarar olumlu zarar niteliğindedir¹²⁶. Sözleşme ilişkisinden dönülmesi ve olumsuz zararın talep edilmesi talepleriye ilişkin nitelikleri itibarıyla kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin yapısıyla uyumlu değildir. Bu takdirde temerrüt hükümlerine tabi olmasıyla akdin müspet ihlali olarak nitelendirilmesinin girişimcinin sahip olduğu imkânları etkilemediği ifade edilmelidir. Bilakis temerrüt hükümlerinin doğrudan uygulanamıyor olması sebebiyle ilgili aykırılığın *aliud ifa* esaslarına tabi olmasının uygun düşmeyeceği de savunulabilecek durumdadır.

Tüm bunların yanında taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sürekli borç doğuran bir hukuki ilişkidir. Bu sebeple sözleşme ilişkisinin bu niteliği dikkate alındığında girişimcinin sözleşme ilişkisini haklı sebeple sona erdirmeye imkân olduğuna da ayrıca dikkat çekilmelidir¹²⁷. Doktrinde sözleşme ilişkisinin sona ermesi dolayısıyla girişimcinin tazminat talebinde bulunabileceği dâhi ileri

¹²³ Yanlış veri temin edilen zaman diliminin geriye alınıp yerine doğru verilerin yerleştirilmesiyle aykırılığın sonuçlarının bertaraf edilmesi de mümkün olmayacaktır.

¹²⁴ İlgili kişi verilerini paylaşmaya zorlanamayacağından aynen ifa talebinde bulunulması mümkün değildir. Bkz. **Riehm**, s. 188-192, 205.

¹²⁵ Akdin müspet ihlaliinde temerrüt hükümleri uyarınca öngörölmüş yaptırımların kıyasen uygulanacağı yönünde bkz. **Serozan**, İfa Engelleri, s. 36.

¹²⁶ Ancak girişimci bu kapsamda fiili zararının giderilmesini talep edebilecektir.

¹²⁷ *Langhanke* Alman hukuku uyarınca girişimcinin BGB § 314 (“*Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund*”-Haklı sebeple sürekli borç ilişkisinin sona erdirilmesi”) hükmüne dayanarak sözleşme ilişkisini sona erdirebileceğini ifade etmiştir. bkz. **Langhanke**, s. 143.

sürülmektedir¹²⁸. Tüketiciden tazminat talep edilmesinin GDPR Art. 7/3 uyarınca rızanın her zaman geri alınma imkanıyla çelişmediği çünkü burada bir geri almanın söz konusu olmadığı ifade edilmektedir¹²⁹. Nihayetinde girişimcilerin, tüketicilerin sahte kimliklerle dijital içerik ve hizmetlerden yararlanmasına katlanmaya zorlanamayacaktır¹³⁰.

Bununla birlikte ilgili kişinin verileri doğru temin etmiş olsaydı dahi, rızasını geri alma hakkı karşısında tazminat talebinin içeriğinin doğru tespit ve tayin edilmesi ihtiyacı kendisini gösterecektir¹³¹. İlgili kişiden kişisel verilerin yanlış sağlayarak elde ettiği menfaatlerin örneğin para ödemeksizin istifade ettiği ürünün bedeli gibi kullanım karşılığı talep edilip edilemeyeceği de yine rızanın geri alınmasının sonuçlarıyla paralel ele alınmak durumundadır¹³². Bu çerçevede ilişkinin sona ermiş olması dolayısıyla girişimcinin ileriye yönelik ifa menfaatini ve özellikle doğru verilerle gerçekleştireceği işleme faaliyeti uyarınca elde edebileceği yoksun kalınan kâr türünden zarar kalemi elde edememesi dolayısıyla uğradığı zararın tazmin edilip edilemeyeceği, rızanın geri alınmasının sonuçlarıyla uyumlu şekilde cevaplanmalıdır. Bu sebeple rızanın geri alınması dolayısıyla uğranan zararın tazmini

¹²⁸ Alman hukukunda BGB § 280 uyarınca tazminat talep edilebileceği yönünde bkz. **Langhanke**, s. 143. Avusturya hukuku bakımından her karşılıklı borç doğuran sözleşme ilişkisinde tarafların garanti borcu altında olması sebebiyle yanlış kişisel verilerin paylaşılması dolayısıyla ilgili kişinin garanti sorumluluğuna gidilebileceği yönünde bkz. **A.e.**, s. 143. **Langhanke**, Avusturya hukukunda eşya niteliği tanınması adına kişilik dışı olma unsurunun aranması sebebiyle veri karşılığı hukuki ilişkilerde ilgili kişinin yanlış verdiği bilgiler için garanti sorumluluğuna gidilebileceği fikrini gerekçelendirmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 143. Bununla birlikte kanaatimizce olmayan kişilere/kişiyeye ait verilen (sahte-tek seferlik mail adresi gibi) paylaşılması haliyle başkasına ait kişisel veri paylaşımı arasında bir ayırım yapılmalıdır. İlkinde garanti sorumluluğu akla gelebileceği gibi ikinci bakımından Avusturya hukuku uyarınca bir kişiye ait olması dolayısıyla eşya niteliğinde olmadığından bu halin garanti hükümlerine tabi olması mümkün değildir. Buna ek olarak bu hükümlere başvurulmasının pratik bir sonucu olup olmadığı (özellikle ilgili kişinin geri alma hakkı sebebiyle) ayrıca tartışılmaktadır. İsviçre hukuku uyarınca ise borçlu temerrüdünün genel hükümleri uyarınca tazminat talep edilebileceği ifade edilmiştir. Bkz. **A.e.**, s. 144.

¹²⁹ **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 15.

¹³⁰ **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 15.

¹³¹ Girişimcinin tazminat talep edebileceğini savunan **Metzger** de böyle bir talebin, kişisel verilerin korunması hakkının ileri sürülmesini aşırı derecede zorlaştırıp zorlaştırmadığının ve dolayısıyla etkililik ilkesini ("*Effektivitätsgrundsatz*") ihlal edip etmediğinin nihayetinde Avrupa Adalet Divanı (EuGH) tarafından karara bağlanması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 15. Etkililik ilkesiyle ilgili ayrıca bkz. ECLI:EU:C:1976:188, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-12.06.2022>.

¹³² **Metzger**, doğru verilerin paylaşılmadığı hallerde sözleşmenin sona ermesinin bir sonucu olarak kullanım karşılığı talep edilemeyeceğini savunmaktadır. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 58.

kabul edildiği ihtimalde ancak bu soruya olumlu cevap verilebilecektir ki bu sorun takip eden bölümde irdelenecektir¹³³.

5. Kişisel Veri Sağlama Borcunun İfa Edilmemesi

Günümüzde özellikle takibi engelleyen ve pasif yöntemle veri toplanmasının önüne geçen uygulamalara başvurulması yaygındır. Tüketicinin doğru veri sağlama borcunu yerine getirmediği hallerde borcun gereği gibi ifa edildiğinden bahsedilmesi mümkün değildir. Bu ihtimalde ilgili kişinin rızasının geri alınması yahut rızanın hiç verilmediği bir halin var olduğu ve bu durum da borcun gereği gibi ifa edilmediği tespit edilmelidir¹³⁴. Türk Borçlar Kanunu uyarınca tek tip bir karşılıklı borç yükleyen sözleşme türü öngörmemiştir ve taraflara sözleşme özgürlüğü prensibi ekseninde karşılıklı hak ve yükümlülüklerini şekillendirme özgürlüğü tanınmıştır¹³⁵. Bununla birlikte Türk Borçlar Kanunu bir sözleşmenin karşılıklı borç yüklemesine özellikle edimlerden birinin ifa edilmediği hal için birtakım özellikli sonuçlar öngörülmüştür. Bu hükümlerin kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından uygulanma imkânı değerlendirilmelidir.

Öncelikle TBK m. 97 uyarınca girişimci, tüketici verilerini kendisiyle paylaşmadığı süre kendi borcunu ifa etmekten kaçınabilecektir¹³⁶. Tüketici kendi borcunu ifa etmiyorken girişimcinin her halükârda borcunu ifa etmek yükümlülüğü altında kabul edilmesinin haklı bir gerekçesi yoktur. Bu çerçevede her ne kadar girişimci tüketiciyi (doğru) verilerini açıklamaya zorlayamasa da tüketici sözleşmeye aykırı olarak verilerini açıklamıyorsa girişimci de borcunu ifa etmeye zorlanamayacaktır¹³⁷. Bu kapsamda hem tüketicinin hem de girişimcinin menfaatlerine uygun bir çözüm olarak TBK m. 123 uyarınca ek süre (mehil) verdikten sonra tüketici edimini yerine getirecek yahut girişimci sözleşmeyi TBK m.

¹³³ Bkz. Üçüncü Bölüm/I./B.

¹³⁴ **Bijok**, s. 356; **Metzger**, Festschrift, s. 58; Ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 17-18 (Yazar bu başlık kapsamında atıf yapılan görüşlerini bu eserinde de tekrar etmiştir).

¹³⁵ Aynı tespit İsviçre hukuku adına yapılabilecektir. Alman hukuku yönünden aynı yönde bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 58.

¹³⁶ **Bijok**, s. 356; **Metzger**, Festschrift, s. 58. Bununla birlikte kişi verilerini açıklamaya zorlanamayacağı için tarafların BGB § 322 aynı anda ifa yükümlülüklerinin söz konusu olmayacağı kabul edilmektedir. Bkz. **Walker**, s. 164; **Metzger**, Festschrift, s. 58.

¹³⁷ **Metzger**, Festschrift, s. 58.

125-126 uyarınca sona erdirmeye imkânına sahip olacaktır¹³⁸. Bu bağlamda TBK m. 124 uyarınca mehil verilmesine gerek olmayan haller de söz konusu olabilecektir. Karşılıklı borç yükleyen sözleşmelere ilişkin ödemezlik def'i ve TBK m. 125-126 hükümlerinin¹³⁹ uygulanması, rızanın gönüllü niteliğini ve veri koruma hukuku uyarınca tanınmış rızanın herhangi bir zamanda geri alınma imkanını sınırlamadığı gibi; hakkın kendisi bakımından bir tehlike de oluşturmamaktadır¹⁴⁰. Atlanmamalıdır ki BGB § 327q/2 uyarınca veri işleme imkânının sınırlandırılması hali için de girişimciye sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmıştır. Bununla birlikte veri sağlanmasının engellenmesi rızanın geri alınmasıyla eş değer kabul edilmeli ve girişimcinin ilave imkânları örneğin bir kullanım karşılığı yahut tazminat talep edip edemeyeceği rızanın geri alınmasının sonuçlarıyla uyumlu olacak şekilde ortaya konulmalıdır. Rızanın geri alınmasının sonuçlarıysa takip eden başlığın konusudur¹⁴¹.

B. (Açık) Rızanın Geri Alınması

1. (Açık) Rıza Beyanının Her Zaman Geri Alınabilir Niteliği

a. (Açık) Rızanın Geri Alınmasının Hukuki Dayanağı

(Açık) rızanın her zaman geri alınabilir olması, veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş rıza beyanının özellikleri arasında sayılmaktadır. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'da (açık) rıza tanımlanmışsa da rızanın geri alınması esaslarına ilişkin bir hüküm yer almaz¹⁴². "*Kişisel Verilerin Silinmesi, Yok Edilmesi veya Anonim Hale Getirilmesi Hakkında Yönetmelik*" m. 5/2/d uyarınca: "*kişisel verileri*

¹³⁸ Bu ihtimalde sona erdirmeye imkânı *Bijok* tarafından haklı sebep olarak nitelendirilmektedir. **Bijok**, s. 356. *Metzger*, söz konusu değerlendirmeleri BGB § 323 vd. hükümleri ekseninde yapmış ve aynı sonuçlara ulaşmıştır. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 58 vd. (*Metzger*'in görüşleri için ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, Vor § 327 N. 11 vd., BGB § 327q, N. 13).

¹³⁹ Taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin ifasına başlanmamışsa sona erdirmeye beyanı dönme niteliğinde olacakken; sözleşme ilişkisinin ifasına başlanmışsa ilişkinin sürekli borç doğuran niteliği dikkate alındığında sona erdirmeye fesih niteliğinde olacaktır. Alman hukukunda dijital ürünleri konu edinen sözleşmeler bakımından sona erdirmeye sonuçları BGB § 327o ve § 327p uyarınca belirlenecektir. Bu kapsamda tüketici bu süreçte şayet girişimcinin dijital ürünü kullanmışsa, girişimci bir kullanım karşılığı talep edemeyecektir. BGB § 346 uyarınca öngörülen dönme sonuçları ve menfaatlerin iadesi söz konusu olmayacaktır. Bkz. **Metzger**, Festschrift, s. 58.

¹⁴⁰ **Metzger**, Festschrift, s. 58.

¹⁴¹ Bkz. Üçüncü Bölüm/I./B.

¹⁴² Tıpkı Türk hukukundaki gibi İsviçre hukukunda da ilgili kişinin rızanı geri alması imkânı açıkça düzenlenmemiştir. Bkz. **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 41; **Schmidt**, s. 132.

işlemenin sadece açık rıza şartına istinaden gerçekleştiği hallerde” ilgili kişi rızasını geri almışsa kişisel verilerin işleme şartlarının ortadan kalktığı düzenlenmiştir. Bu hüküm de dayanak gösterilerek Türk hukukunda nasıl gerçekleştirileceği ve sonuçları düzenlenmemişse de ilgili kişinin açık rızasını geri alabilme imkânının dolaylı olarak pozitif hukuki dayanağı olduğu ifade edilmektedir¹⁴³. Türk hukukunda rızanın her zaman geri alınması, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca açıkça belirtilmemiş, diğer mevzuat hükümleri ekseninde yapılan yorum yoluyla açık rızaya atfedilmiş bir özelliktir. Türk doktrinindeyse ilgili kişinin her zaman rızasını geri alma imkânı olduğu ve rızanın nasıl verildiyse o şekilde geri alınabileceği savunulmaktadır¹⁴⁴. Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün yürürlük tarihinden önce yürürlükte bulunan Direktif¹⁴⁵ uyarınca açıkça öngörülmemiş bulunmasına rağmen, 95/46/EC sayılı Direktifin düzenlediği rızanın özelliklerini izah eden Çalışma Grubu görüşü kapsamında da rızanın her zaman geri alınabileceği ve rızanın geri alınması için yazılı bildirim şartının arandığı sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğu kabul edilmiştir¹⁴⁶.

Türk hukukunun aksine GDPR Art. 7/3 uyarınca: “*Verisi işlenen ilgili kişi her zaman rızasını geri alabilir. Rızanın geri alınması rızaya dayanarak gerçekleştirilen kişisel veri işleme faaliyetlerini hukuka aykırı hale getirmez. Rızanın her zaman geri alınabileceği hususunda ilgili kişi rızasını vermeden önce bilgilendirilmelidir. Geri alma işlemi, rızanın verilmesi kadar basit olmalıdır*”¹⁴⁷”. Bu kapsamda GDPR rızanın geri alınma imkânını, hakkın nasıl kullanılacağını ve hakkın kullanılmasının sonuçlarını düzenlenmiştir¹⁴⁸.

¹⁴³ Türk hukukunda ilgili kişinin rızasını her zaman geri alabileceği yönünde bkz. Çekin, KVKK, s. 97; Yücedağ, Açık Rıza, s. 195.

¹⁴⁴ Çekin, KVKK, s. 98.

¹⁴⁵ 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, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> -01.11.2021.

¹⁴⁶ WP, Consent, s. 9, 13, 20; Bununla birlikte rızanın açık bir irade beyanı olarak geri alınması gerektiği savunulmaktadır (çayma hakkına ilişkin verilen kararlara kıyasla bu sonuca varılmıştır). Bkz. Cemre Bedir, Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts And The GDPR Conflict, Leiden University Advanced LL.M. in European & International Business Law Thesis, 2017/2018, s. 36-37.

¹⁴⁷ GDPR-Art. 7/3.

¹⁴⁸ GDPR-Art. 7/3 uyarınca öngörülmüş bulunan esasın Türk hukukunda adına da kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. Çekin, KVKK, s. 98.

Türk hukukunda düzenlenmemiş olsa da açık rızanın geri alınması, hüküm ve sonuçlarını ileriye etkili olarak doğuracaktır¹⁴⁹. Geri alma beyanıyla birlikte veri işleme faaliyetinin hukuki dayanağı ortadan kalkacağı için girişimci, açık rızaya dayanan veri işleme faaliyetlerine son vermelidir¹⁵⁰. Bu takdirde rızanın her zaman geri alınabilir niteliğinin kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından da söz konusu olup olmayacağı değerlendirilmelidir¹⁵¹.

b. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşme İlişkilerinde (Açık) Rızanın Geri Alınma İmkânı

(Açık) rızanın serbestçe geri alınabilir niteliğini, veri karşılığı hukuki ilişkilerde muhafaza edip etmediği doktrinde tartışılmaktadır¹⁵². Söz konusu tartışmanın kaynağında ise kişisel verilerin korunmasına ilişkin kuralların bir edim olarak verinin durumunu ele almadığı iddiası yer almaktadır¹⁵³. Veri koruma hukukunda rızanın verildiği hukuki ilişkinin niteliği önem arz etmeksizin, daha ziyade göz önünde bulundurulmaksızın rıza verilmesi zorunlu olmadığı gibi rıza beyanlarını her zaman geri alınabileceği kabul edilmektedir. Kişisel verilerin işlenmesine yönelik hukuki ilişkilerde sadece kişisel verinin karşı tarafa sağlanmasının borçlanılması bir anlam ifade etmez. Aynı zamanda kişisel veri kendisine sağlanma taahhüdünün muhatabı, bu kişisel veriyi bir ekonomik değer olarak kullanmak arzusundadır¹⁵⁴. Bu arzunun gerçekleşebilmesi veri işleme

¹⁴⁹ Çekin, KVKK, s. 98.

¹⁵⁰ Bir adım daha ilerisinde kişisel verilerin veri sorumlusu tarafından muhafaza edilmesini gerektiren bir hukuki dayanak (meşru menfaat, kanundan doğan bir yükümlülüğün yerine getirilmesi vs.) yoksa açık rızaya dayanarak elde edilen verilerin silinmesi gerekmektedir (GDPR, Art. 17/1/b ve 17/3). Bkz. Tobias Rohwedder, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, eds. Flemming Moos, Jens Schefzig, Marian Arning, Berlin, De Gruyter, 2018, s. 132; Çekin, KVKK, s. 99; Kosta, Art 7, s. 351.

¹⁵¹ Doktrinde Langhanke ve Schmidt-Kessel, ortak çalışmalarında rızanın geri alınması hakkının Avrupa Birliğinin ortak kamu düzeninden ("ordre public") olduğunu ve sınırlanmasının mümkün olmadığını ifade etmiştir. bkz. Langhanke, Schmidt-Kessel, s. 221.

¹⁵² Schmidt, s. 130. İsviçre’de hali hazırda, Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün yürürlük tarihinden önce Avusturya hukukunda hâkim görüşün rızanın serbestçe geri alınmasının mümkün olmadığı yönünde tespit için bkz. Langhanke, s. 145. Bununla birlikte Langhanke hâkim görüşün aksine hem Avusturya hem İsviçre hukukunda rızanın serbestçe geri alınabileceğini savunmaktadır. Bkz. A.e., s. 145.

¹⁵³ Langhanke, Schmidt-Kessel, s. 220.

¹⁵⁴ Langhanke, Schmidt-Kessel, s. 220.

faaliyetinin bir (hukuki) engelle karşılaşmamasıyla mümkündür¹⁵⁵. Kişisel veriyi işleme yetkisinin ileriye dönük akamete uğraması girişimcinin aleyhinedir¹⁵⁶. Bu kapsamda rızanın gösterilmemesi yahut geri alınmasının hukuki sonuçları ve bu imkânın sınırları olup olmadığı bir diğer ifadeyle girişimcinin aynen ifa yahut tazminat talebinde bulunup bulunamayacağı sorgulanmaktadır¹⁵⁷.

Taraflar arasındaki sözleşmenin konusu, kişisel verilerin işlenmesi ise açık rızanın geri alınmasının hakkaniyete aykırı olabileceğine dikkat çekilmektedir¹⁵⁸. Girişimcinin, veri işleme faaliyetinin hukuka uygun olması adına sözleşmenin ifası hukuka uygunluk sebebine dayanabilecek olduğu ve fakat söz konusu faaliyetin ilk başında açık rıza hukuka uygunluk sebebine dayanıldığı için bu seçimle bağlı olduğu ifade edilmektedir¹⁵⁹. Bu çerçevede çözüm olarak veri işleme faaliyetini gerçekleştiremeyecek olan girişimcinin borcunun kısmen imkansızlaşacağı ve bu durumun karşı tarafa bildirilmesi gerektiği ileri sürülmektedir¹⁶⁰.

Öncelikle kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinde sözleşmenin konusu kişisel verilerin işlenmesi olmakla beraber istisnai haller dışında bu ilişki çerçevesinde gerçekleştirilecek veri işleme faaliyetleri için sözleşmenin ifası hukuka uygunluk sebebine dayanılmaz¹⁶¹. Buna ek olarak bu çalışma kapsamında incelenen

¹⁵⁵ Kişilik değerleri yönünden konuyu inceleyen *Büchler*, bu yönüyle (belirlilik) sözleşmenin karşı tarafının da menfaatlerinin gözetilmesi gerektiği ve geri alma imkânının sınırlanması ihtiyacının bulunduğu kanaatindedir. bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 187-188.

¹⁵⁶ **Langhanke, Schmidt-Kessel**, s. 221.

¹⁵⁷ Sözleşme ilişkisine konu edilmiş kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın serbestçe geri alınmasının taraflar arasındaki ilişkinin mahiyetiyle bağdaşmadığı yönünde bkz. **Gerald Spindler**, “Contracts For the Supply of Digital Content-Scope of application and basic approach-Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content”, European Review of Contract Law (ERCL), 12/3, 2016, s. 194, çevrimiçi, DE GRUYTER-03.11.2021 (“ERCL”); **Bedir**, s. 42. Kişinin resminin kullanılmasının konu edildiği hukuki ilişkilerde rızanın kural olarak geri alınamayacağı ve bunun temelinde kişinin rıza gösterirken neye rıza verdiğinin farkında olduğu (rızanın sonuçlarına yönelik farkındalık) yönünde bkz. **Specht-Riemenschneider**, Kommentar, KUG § 22, N. 35. Örneğin bir yarışmaya katılanlardan, katılım formuyla yarışma esnasında çekilecek resimlerinin reklam amacıyla kullanmak için rıza alınması geçersiz kabul edilmiştir. Bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 17. Yine bir sözleşme ilişkisinde karşı edim olarak resmin kullanılmasına rıza gösterilmesi halinde bu rızanın ancak haklı sebeple geri alınabileceği savunulmaktadır. Bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 20. Haklı sebep örneği olarak ise kişinin hayat tarzının makul kabul edilebilecek bir süre sonrası değişmesi (çıplak resimleri yayımlanan bir modelin bu hayat tarzını değiştirme iradesi vb.) gösterilmektedir. Bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 20.

¹⁵⁸ **Çekin**, KVKK, s. 98-99.

¹⁵⁹ **Çekin**, KVKK, s. 98.

¹⁶⁰ **Çekin**, KVKK, s. 99. *Çekin* bu görüşünü *Rohwedder*’e atfen savunmaktadır. Bu sebeple ayrıca bkz. **Rohwedder**, s. 132.

¹⁶¹ Bkz. İkinci Bölüm/IV./B.

hiçbir sözleşme ilişkisinde kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmemesi, girişimcinin kendi borcunu ifa etmesi önünde bir engel değildir. Bilakis bu çalışmanın konusu, ücret ödemek yerine kişisel verilerin karşılık olarak belirlendiği hukuki ilişkilerdir. Bu yönüyle söz konusu görüş uyarınca bu çalışma kapsamında incelenen ilişkileri için bir sonuca ulaşılabilmesi mümkün değildir.

Kişisel verilerin işlenmesine yönelik rıza, kişisel verilerin mali boyutundan ilgili kişilerin istifade edebilmesi adına tek araçtır¹⁶². Bu gerekçeyle herhangi bir sınır öngörülmemiş geri alma imkânının veri temelli ekonomide taraf çıkarlarına ne ölçüde uygun olduğu sorgulanmaktadır. Buna göre: (1) rızanın geri alınmasına yönelik bir içkin sınırlamanın bulunup bulunmadığı; (2) rızanın geri alınmasının bir sınıra tabi olmamasının yanında geri almanın sonuçlarına ilgili kişinin ne ölçüde katlanması gerektiği sorularına yönelik farklı görüşler ortaya çıkmıştır¹⁶³. Bu çerçevede öncelikle veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından rızanın her zaman geri alınabilir niteliğinin sınırlanması gerektiği yönündeki görüşler ele alınacaktır. (Açık) rızanın geri alınabilir niteliğinin sözleşme hükümleri uyarınca sınırlanmasının mümkün olup olmadığı da ayrıca değerlendirilecektir. (Açık) rızanın her zaman geri alınabilir niteliğini koruduğunun kabul edildiği ihtimaldeyse geri almanın ilgili kişi için sonuçları ayrı bir başlık altında incelenecektir¹⁶⁴.

i. Rızanın Geri Alınabilir Niteliğinin Sınırlanmasına Dair Hukuki Dayanak Arayışları

Veri koruma hukuku esas ve ilkelerine uygun (açık) rıza alınmasının uygulamada meydana getirdiği zorluklara ek olarak açık rızanın her zaman geri alınabilir niteliği sebebiyle doktrinde (açık) rızanın artık veriye dayalı iş modelleri için uygun bir hukuka uygunluk sebebi (araç) olmadığı dahi savunulmaktadır¹⁶⁵. Bu

¹⁶² Bkz. İkinci Bölüm/IV./B.

¹⁶³ **Thilo Weichert**, “Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung”, NJW, 2001, s. 1467, çevrimiçi, BECK-ONLINE-01.11.2021; **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 272; **Rogosch**, s. 136; **Sattler**, JZ, s. 1041; **Louisa Specht**, “Bezahlen mit Daten”, Ordnung der Wissenschaft, Heft 2, 2017, s. 125 (“ODW”); **Götting**, Persönlichkeitsrechte, s. 149; Ayrıca bkz. **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 41; **Schmidt**, s. 130.

¹⁶⁴ Bkz. Üçüncü Bölüm/B./2.

¹⁶⁵ **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 47 vd; bu görüşün eleştirisi için ayrıca bkz. **Gerald Spindler**, “Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet-Der Rahmen für Forschungsaufgaben und Reformbedarf”, GRUR-Beilage, Heft 1, 2014, s. 103, çevrimiçi,

çerçevede rızanın geri alınmasının tartışmaya açılması ise esasında ilgili kişinin sözleşmedeki hukuki konumu -borcunun nitelendirilmesi- ve kişisel verilerin işlenmesine yönelik rıza taahhüdünün niteliği üzerinde doğrudan etkilidir¹⁶⁶. İlgili kişiler, sözleşmesel taahhütte bulunmanın yanında aynı zamanda bu rızayı artık serbestçe geri alamayacaksa taahhüdün bağlayıcılığının sorgulanması söz konusu olmayacaktır¹⁶⁷.

İlgili kişi aleyhine söz konusu olan bilgi asimetrisi ve veri koruma hukukunun temel esasları uyarınca (açık) rızanın ilgili kişi bakımından bağlayıcılığının sınırlı olmasının haklılığı ve bir ihtiyacı karşıladığı açıktır. Bununla birlikte rızanın her zaman ve her koşulda geri alınıyor olması, girişimci yönünden meydana gelecek belirsizlik dolayısıyla kişisel verilerin piyasada güvenilir bir karşılık olma niteliği sarsılmış olacaktır. Ayrıca kişinin kendi iradesiyle bağlayıcı taahhütler altına girme imkânına ve dolayısıyla irade özerkliğine yönelik ölçüsüz bir müdahale olup olmadığı da tartışma konusu yapılabilecektir¹⁶⁸. Bu kapsamda doktrinde irade özerkliği ilkesi ekseninde bağlayıcı taahhütlerde bulunma imkânına, devletin kişileri koruma yükümlülüğüne kıyasla öncelik verilmesi ve kişinin iradesinin üstün tutulması gerektiği savunulmaktadır¹⁶⁹.

Öte yandan, bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı bakımından ilgili kişinin, kişisel verilerinin işlenmesine yönelik iradesiyle bağlılığının zayıf olması gerektiği ve kişiliğin daha güçlü bir şekilde koruması ihtiyacı olduğu ifade edilmektedir¹⁷⁰. Rızanın geri alınamaz kabul edilmesinin yahut geri alma imkânının sınırlandırılabilmesi kabulünün bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının sonu olacağı vurgulanmaktadır¹⁷¹. Bununla birlikte rıza beyanında bulunmanın sözleşmeye dayalı bir karşılık teşkil ettiği hallerde rızanın geri alınmasının haksız

BECK-ONLINE-01.11.2021 (“GRUR-Beilage”); **Becker**, JZ, s. 173; **Heike Schweitzer, Martin Peitz**, “Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?”, NJW, 2018, s. 277, çevrimiçi, BECK-ONLINE-01.11.2021.

¹⁶⁶ **Schmidt**, s. 130.

¹⁶⁷ **Schmidt**, s. 130. *Sattler*, rızanın bir borç olarak üstlenildiği hukuki ilişkilerde serbestçe geri alınamayacağı görüşündedir. Bkz. **Sattler**, JZ, s. 1042.

¹⁶⁸ *Sattler*, bu sınırlamanın (rızanın her zaman geri alınabilir olma niteliğinin) sözleşme özgürlüğü adına ölçüsüz bir sınırlama olduğu görüşündedir. Bkz. **Sattler**, JZ, s. 1042.

¹⁶⁹ **Sattler**, JZ, s. 1042.

¹⁷⁰ **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 48.

¹⁷¹ **Specht**, ODW, s. 126.

sonuçlara yol açabileceği de kabul edilmektedir¹⁷². İlgili kişinin, sözleşmenin karşı tarafı girişimci için güvenli bir yasal konum temini, her iki sözleşme tarafının da çıkarlarına uygun olabilecektir¹⁷³. Gelenen noktada veri koruma hukuku kapsamında açıklanan rızanın, serbestçe geri alınabilir niteliği üzerinde düşünmek ve bu niteliğin tartışmaya açılması gerekmektedir¹⁷⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi bir kişinin kendi imajını, adını veya sesini pazarlamasının ve dolayısıyla hukuki işlemlere konu etmesinin son yıllarda kazandığı önemi göz önünde bulundurarak, kişinin kendi imajına ilişkin hakların devredilmesine rıza gösterilmesinin kendisi için bağlayıcı niteliğini reddedip rızanın her zaman geri alınabileceğinin kabul edilmesinin işini niteliği ve günün ihtiyaçlarıyla bağdaşmadığı görüşündedir¹⁷⁵. Kararda bu durumun sadece ünlü/tanınmış kişiler için değil herkes için geçerli olduğu ifade edilmiştir¹⁷⁶. İsviçre Federal Mahkemesi özellikle bir ilişkide, kişilik değerinin ekonomik değerinin ön planda olduğu hallerde rızanın her zaman geri alınmasının kabul edilmemesi gerektiği kanaatindedir¹⁷⁷. Nihayetinde Federal Mahkeme, kişinin kendi imajına sahip olma hakkı gibi kişilik değerlerinin, ekonomik yönüyle hukuki ilişkilere konu

¹⁷² **Specht**, JZ, s. 769; **Specht**, ODW, s. 125; **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 48.

¹⁷³ **Specht**, ODW, s. 125.

¹⁷⁴ **Schmidt**, s. 131.

¹⁷⁵ BGE 136 III 401, 405. Almanya’da Bielefeld Bölge Mahkemesi de “*Die Super Nanny*” isimli bir televizyon programına annesiyle birlikte katılma iradesi gösteren kişinin çekimler tamamlandıktan sonra haklı bir sebep olmaksızın içeriğin yayınlanması yönündeki rızasını geri alamayacağına hükmetmiştir. Bkz. LG Bielefeld: Keine rückwirkende Verweigerung der Einwilligung für Filmaufnahmen-„Die Super Nanny”, NJW-RR, 2008, s. 715-717, çevrimiçi, BECK-ONLINE-16.12.2021.

¹⁷⁶ BGE 136 III 401, 405.

¹⁷⁷ BGE 136 III 401, 405. İsviçre doktrininde de kişilik değerlerinin sözleşmeye konu edildiği hallerde geri alma hakkının istisna olduğu savunulmaktadır. Haklı bir sebebin varlığı halinde -örneğin dünya görüşü yahut hayat tarzındaki değişiklik- rızanın geri alınmasının mümkün olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 188. Alman hukukunda kişinin fotoğrafı üzerindeki haklarına yönelik rızanın geri alınması imkânını aynı kıtas uyarınca sınırlandırılmaktadır. Bu kapsamda rızanın geri alınması istisna (haklı sebebin varlığı) geri alınamaması ise kuraldır. Bkz. **Fricke**, KUG § 22, N. 19-20, çevrimiçi, BECK-ONLINE-17.08.2021; Nena, s. 128. Ancak bu görüş, kanaatimizce rızanın geri alınabileceği yönündeki açık GDPR Art. 7/3 karşısında doğrudan veri koruma hukuku için uygulanabilir nitelikte değildir. Nitekim **Specht**, kişisel verinin karşılık teşkil ettiği ilişkilerde de bu niteliğini muhafaza edeceğini beyan etmiştir. bkz. Aynı yönde bkz. **Specht-Riemenschneider**, Kommentar, N. 35. Bu yönüyle (rızaya ilişkin esaslar) kişisel veriler, diğer kişilik değerlerinden ayrı ele alınmalıdır.

edilmesi halinde, sözleşmeye dayalı ve geri alınamaz rıza gösterme yükümlülüğünün gündeme geleceği sonucuna varmıştır¹⁷⁸.

İsviçre Federal Mahkemesinin bu kararı, kişiliğin çekirdek-temel alanında yer almadığı tespit edilmiş olan kişisel verilere ilişkin verilen açık rızaya ilişkin yalnızca sınırlı bir ölçüde geri alınma hakkının söz konusu olabileceği yönündeki görüşü destekleyici mahiyettedir¹⁷⁹. Ekonomik yönüyle hukuki ilişkiye konu olma kıstası - sözleşmede her iki tarafın bir ekonomik çıkar elde ediyor olması-, açık rızanın geri alınma imkânı yönünden de önemlidir¹⁸⁰. Veriye dayalı iş modellerinde kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi, ifanın konusunu oluşturur. Bir diğer ifadeyle bu ilişkilerde karşılığında bir menfaat elde etmek için kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmektedir¹⁸¹.

İsviçre Federal Mahkemesinin öngördüğü bu kıstas ekseninde veri işleme faaliyetine gösterilen rıza, ilgili kişi yönünden bağlayıcı olacaktır¹⁸². Bununla birlikte ilgili kişilerin, kendilerine ilişkin verilerin kullanılmasına rıza göstermeleri karşılığında menfaat sağladıkları hukuki işlemlerin rızanın geri alınabilme imkânı yönünden bir ayırım gözetilmesi önerilmektedir¹⁸³. Bu ayırmda ise kıstas karşı tarafın ediminin ani yahut sürekli edim olmasıdır¹⁸⁴. (1) Bir çevrimiçi ürünün veri karşılığı sağlanması halinde rıza her zaman geri alınabilecektir¹⁸⁵. (2) Ancak süreklilik arz etmeyen çevrimiçi ürünler bakımından (bir filmin yahut müziğin veri karşılığı

¹⁷⁸ BGE 136 III 401, 405 vd.; aynı yönde Alman hukukundaki durum için bkz. Birinci Bölüm/III./B.; **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 270; **Specht**, ODW, s. 125, **Götting**, Persönlichkeitsrechte, s. 150 vd.

¹⁷⁹ Veri koruma hukuku uyarınca düzenlenmiş bulunan açık rızanın her zaman geri alınabilir niteliği henüz İsviçre’de bir mahkeme kararına konu edilmemiştir bkz. **Schmidt**, s. 132. **Schmidt**, veri koruma hukuku anlamında rıza beyanının her zaman geri alınabilir niteliğinin sadece doktrinde tarafından kabul edildiği ve bu niteliğin mahkeme kararına dayanmadığına da dikkat çekmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 132.

¹⁸⁰ **Schmidt**, s. 137.

¹⁸¹ İsviçre Federal Mahkemesi, filmin gösterime girmesine yönelik rızasını geri çeken kişinin bu ilişkide tamamen kendi mali çıkarları doğrultusunda hareket ettiğini özel olarak vurgulayarak kararını gerekçelendirmiştir. Bkz. BGE 136 III 401, 405.

¹⁸² **Schmidt**, s. 137. İlgili kişinin kişisel verilerin işlenmesine rıza göstermek karşılığında bir menfaat elde etmediği durumlarda geri alıma hakkının farklı ele alınması gerekmektedir. Bu durumlarda, ilgili kişiyi rızasına bağlı tutmak uygun değildir. Kişilik hakkının korunması, rızanın bağlayıcı niteliğinden daha değerli ve önceliklidir. Bkz. **A.e.**, s. 137.

¹⁸³ **Schmidt**, s. 137-138.

¹⁸⁴ **Schmidt**, s. 138.

¹⁸⁵ **Specht**, JZ, s. 769; **Schmidt**, s. 139.

indirilmesi) rıza beyanının geri alınmasının en azından makul bir süre için mümkün olmadığı kabul edilmelidir¹⁸⁶.

Tüm bunlara ek olarak geri alma hakkının her zaman kullanılabileceği kabul edildiği ihtimalde dahi tartışma nihayete ermemektedir. Çünkü bu ihtimalde de ilgili kişi yönünden geri alma beyanının hukuki sonuçlarının söz konusu olup olmayacağı sorusu gündeme gelmektedir. Rıza her zaman geri alınabilecek olsa da rızanın geri alınması riskinin tamamen girişimci üzerine bırakılmaması gerektiği ileri sürülmektedir¹⁸⁷. İlgili kişinin verileri üzerindeki hak sahipliği ve kişisel verileriyle süreklilik arz eden ilişkisi işleme faaliyetine yönelik rızanın geri alınamaz kabul edilmesi önündeki engeldir. Geri alma hakkının içkin sınırlarını tartışma konusu yapmak veri koruma hukuku esaslarıyla borçlar hukuku esaslarının uyumlaştırılması imkânı önündeki engeldir¹⁸⁸. Ancak rızanın geri alınmasının ilgili kişi yönünden olumsuz hukuki sonuçlarının olmayacağı kabulü, günün sonunda ilgili kişinin menfaatlerine de uygun düşüp düşmeyeceği tartışmaya açılabilecektir¹⁸⁹. Bu sonuçların neler olabileceği ve rızanın geri alınmasının hangi esaslara tabi olması gerektiği sorusu ayrıca incelenmelidir¹⁹⁰.

ii. Kişisel Veri Karşılığı Elde Edilen Menfaatin Niteliğini Esas Alan Yaklaşım

Bir çevrimiçi ürünün veri karşılığı indirilmesi halinde olduğu gibi ilgili kişinin serbestçe geri alma hakkına sahip olduğu kabul edilirse, ilgili kişi indirme tamamlandıktan hemen sonra rızasını geri alabilecektir¹⁹¹. Bu durumda, ilgili kişi çevrimiçi ürünün tüm faydalarından ve ekonomik değerinden yararlanma imkânına

¹⁸⁶ **Specht**, JZ, s. 769; **Schmidt**, s. 138. Bu ihtimalde de rızanın geri alınabileceği ve fakat sonuçlarına katlanılması çözümünün de önerilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Schmidt**, s. 138. Ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/I./B./1./b./ii.

¹⁸⁷ **Schmidt**, s. 138 ve 140.

¹⁸⁸ Rızanın her durumda geri alınamayacağını kabul etmek veri koruma hukuku uyarınca ilgili kişinin korunması imkânını zorlaştıracaktır. Rızanın geri alınma imkânının içkin sınırlarına yönelik değerlendirmeler için bkz. **Schmidt**, s. 140 vd. Bununla birlikte **Schmidt** de kural olarak rızanın geri alınabilir niteliğini muhafaza etmesi gerektiği kanaatindedir. Bkz. **A.e.**, s. 132.

¹⁸⁹ **Schmidt** bu ihtimalde ilgili kişisel verisinin ekonomik değerinden istifade etme imkânının güçlenmiş olacağını savunmaktadır. Bkz. **Schmidt**, s. 146.

¹⁹⁰ Bkz. Üçüncü Bölüm/I./B./2.

¹⁹¹ **Specht**, JZ, s. 769; **DIVSI**, Daten als Handelsware, s. 48.

sahip olacakken, sözleşmenin karşı tarafı girişimci kişisel verileri işleyerek ilgili sözleşme ilişkisinden elde etmeyi umduğu menfaate kavuşma imkânını kaybetmiş olacaktır¹⁹². Bu kapsamda geri alma beyanından sonra çevrimiçi ürünün, silinmesi gerektiği söylene dahi, özellikle çevrimiçi içeriklerin çoğaltılması ve yayılmasına dair teknik imkânlar göz ardı edilmemelidir¹⁹³.

Doktrinde bu gibi hallerde çevrimiçi ürünün tamamen geri alınmasının fiilen imkânsız olduğu ifade edilmektedir¹⁹⁴. İlgili kişiler, kişisel verilerin işlenmesine açık rıza göstererek dijital bir içeriğe erişiyorsa, verilen rızanın geri alınmasının mümkün olmadığı düşünülebilir¹⁹⁵. Bu görüşe hukuki dayanak olarak mesafeli sözleşmelere ilişkin hükümler kapsamında çevrimiçi bir içeriğin sağlanmasına yönelik hukuki ilişkilerde satıcı borcunu ifa ettikten sonra cayma hakkının kullanılamayacak olması gösterilebilecektir¹⁹⁶ (Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, m. 15/1/e¹⁹⁷; BGB § 356/5). Bu noktada girişimcinin ediminin ani edim niteliğinde olduğu bir hukuki ilişki söz konusuysa rızanın geri alınması uygun düşmeyebilir. Buna ek olarak bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı uyarınca rızanın geri alınabilir niteliği mutlak kabul edildiği için rızanın geri alınması sonrası şayet çevrimiçi ürünün silinmesine yönelik bir mekanizma oluşturulması mümkün değilse, satıcının uğradığı zararın tazmin edilmesi öngörülmektedir¹⁹⁸.

Bir çevrimiçi hizmetin içeriğin sürekli olarak sağlanması borcuna karşılık kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmişse bu durumda geri almanın sonuçlarının ayrıca ele alınması gerektiği savunulmaktadır¹⁹⁹. Bir diğer ifadeyle girişimcinin borcunun da süreklilik arz etmesi halinde geri alma hakkının öncelikle kötüye

¹⁹² Schmidt, s. 137.

¹⁹³ Specht, JZ, s. 769.

¹⁹⁴ Specht, JZ, s. 769; Schmidt, s. 137-138.

¹⁹⁵ Specht, JZ, s. 769; Schmidt ise ZGB Art. 27 (TMK m. 23/2) uyarınca mutlak olmasa da makul bir süre için rızanın geri alınmasının mümkün olmadığının kabul edilmesinin daha isabetli olacağı görüşündedir. Bkz. Schmidt, s. 138.

¹⁹⁶ Specht, JZ, s. 769.

¹⁹⁷ Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği, m. 15/1/e: “Malın tesliminden sonra ambalaj, bant, mühür, paket gibi koruyucu unsurları açılmış olması halinde maddi ortamda sunulan kitap, dijital içerik ve bilgisayar sarf malzemelerine ilişkin sözleşmeler.” (T. 27.11.2014 Resmî Gazete Sayısı: 29188).

¹⁹⁸ Specht, JZ, s. 769.

¹⁹⁹ Bu sebeple süreklilik unsurunun her iki tarafın borcu bakımından da söz konusu olduğu hallerde rızanın geri alınması hakkının sınırlanması ihtiyacının gündeme gelmeyeceği savunulmaktadır. Bkz. Specht, JZ, s. 769.

kullanılması riskinin bulunmadığının altı çizilmektedir²⁰⁰: Rızanın geri alınmasından sonra, ilgili içeriğe erişim imkânı da girişimci tarafından ileriye etkili olarak bertaraf edilecektir.

iii. Geri Alma Hakkının Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması

Rızanın geri alınmasına ilişkin kanuni düzen dışında, sözleşme ilişkileri uyarınca bir sınırlama getirilmesinin mümkün olup olmadığı da ortaya konulmalıdır. Bu kapsamda (açık) rızanın geri alınmasının mümkün olmadığı yahut en azından belirli bir süre için rızanın geri alınamaz olduğunun geçerlilik sorunu yaşamaksızın sözleşme ilişkisi kapsamında yer alıp alamayacağı belirlenmelidir. Doktrinde tarafların sözleşmede rızanın geri alınmasını sınırlamalarının mümkün olduğu savunulmaktadır²⁰¹. Bu noktada İsviçre’de OR Art. 404/1 (TBK m. 512)²⁰² hükmü kapsamında rızanın geri alınması meselesinin değerlendirilmiş olduğu görülmektedir²⁰³. Türk hukukunda da *Serozan* tıbbi müdahaleye yönelik rıza bakımından geçerli olan geri alma imkânının tüm kişilik değerleri için geçerli olduğunu ifade ettikten sonra, geri almanın çelişkili davranış yasağına aykırılık teşkil etmeyeceğini ve fakat TBK m. 512 uyarınca “*uygun olmayan bir zamanda geri alınma ihtimalinde*” tazminat taleplerinin ileri sürülebileceğini savunmaktadır²⁰⁴.

İsviçre Federal Mahkemesi söz konusu maddenin emredici niteliğini düzenli olarak vurgulamakta ve bu nedenle maddede öngörülmüş bulunan fesih hakkının ne dışlanabileceği ne de kısıtlanabileceği ve ne de bunu herhangi bir somut olay kapsamında özel bir güven ilişkisi gerekçe gösterilerek bu hakkın tarafların elinden alınabileceği görüşündedir²⁰⁵. Açık rızanın geri alınmasına yönelik imkânın, vekâlet

²⁰⁰ Specht, JZ, s. 769.

²⁰¹ Schmidt, s. 132.

²⁰² TBK m. 512/1. cümle: “*Vekâlet veren ve vekil, her zaman sözleşmeyi tek taraflı olarak sona erdirebilir.*”

²⁰³ Raphaël Haas, “Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung ohne Widerrufsmöglichkeit?”, Jusletter vom 15.11.2010, N. 24, çevrimiçi, https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2010/593/_8802.html__ONCE&login=false 02.11.2021; Langhanke, s. 140; ayrıca bkz. Schmidt, s. 132 vd.

²⁰⁴ Serozan, Medeni Hukuk, s. 469-471.

²⁰⁵ BGE 115 II 464, 466; bu madde ve İsviçre Federal Mahkemesinin içtihatlarına ilişkin ayrıca bkz. David Oser, Rolf H. Weber, Basler Kommentar-Obligationenrecht I-Art. 1-529 OR, eds. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020, Art. 404 N. 5 vd. (“BSK-OR-I”).

sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik hükmün kapsamında -burada düzenlenen hal ile paralel- ele alınmasının, kişisel verinin sözleşmesel bir karşı edim niteliğinde olduğunda, uygun olup olmadığına henüz yargı kararına konu olmuş değildir.

Rızanın geri alınmasına ilişkin vekâlet sözleşmesinde yer alan hükmün kıyasen uygulanabileceği düşünüldüğünde öncelikle rızanın geri alınmasının, sözleşme ilişkisinin sona erdirmesine yönelik bir irade beyanı olarak ele alınmış olduğu tespit edilmelidir. Rızanın geri alınması sözleşme ilişkisini sona erdireceği gibi; rızanın geri alınmasından bağımsız olarak da girişimci aynı hakka sahip olacaktır. Kuralın emredici hüküm olduğu kabul edildiğinden, rızanın geri alınması bir diğer ifadeyle sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi imkânı da serbestçe kullanılabilir niteliğini koruyacak ve bu imkân doğrudan veya dolaylı olarak kısıtlanamayacaktır. Böylece (açık) rızayı geri alma hakkı da fesih hakkı gibi sınırlanamayacaktır²⁰⁶.

Bu görüşün (açık) rızanın geri alınmasına doğrudan uygulanması niteliği itibarıyla mümkün ve uygun değildir. (Açık) rıza beyanının geri alınması, her zaman sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yönelik bir beyan değildir. Bu sebeple sözleşme ilişkisini feshe dair bir hükmün (açık) rıza beyanı için de geçerli kabul edilmemesi daha uygun olacaktır. Ayrıca kişisel veri karşılığı sözleşmeler bu madde ekseninde ele alındığında, veri işlemeye yönelik yetkilendirmenin, her zaman geri alınmasına karşın sadece uygun olmayan bir zamanda geri alma hali ile sınırlı bir tazminat yükümlülüğünün gündeme gelecek olmasının ne kadar uygun olacağı da tartışmaya açıktır²⁰⁷.

Veri koruma hukuku uyarınca, verinin ekonomik boyutu ve buna ilişkin mekanizmalar öngörülmesi ihtiyacı şimdiye kadar büyük ölçüde göz ardı edilmiştir²⁰⁸. Bir sözleşme ilişkisinin varlığına rağmen veri koruma hukuku esasları uyarınca rızanın her zaman geri alınması karşısında sadece rızanın uygun olmayan bir zamanda geri alınması halinde bir zarar giderim yükümlülüğünün ortaya çıkması

²⁰⁶ Art. 404/1 uyarınca sahip olunan fesih hakkının niteliği ve sınırlanmasına ilişkin bkz. **Oser, Weber**, BSK-OR-I, Art. 404, N. 9. Veri koruma hukuku uyarınca gösterilen rıza için bkz. **Haas**, N. 24, **Schmidt**, s. 133. Şüphesiz OR Art. 404/2 uyarınca öngörülmüş bulunan tazminat yükümlülüğünün gündeme geleceği de ayrıca kabul edilmektedir. Bkz. **Weber, Thouvenin**, Datenportabilitätsrecht, s. 31

²⁰⁷ **Schmidt**, s. 149.

²⁰⁸ **Buchner**, Selbstbestimmung, s. 273; **Schmidt**, s. 149.

ilişkinin niteliğine aykırı olarak nitelendirilmektedir²⁰⁹. Bu sebeple kişisel verilerin işlenmesine yönelik taahhüdün bir borç olduğunun göz ardı edilmemesi gerektiği vurgulanmaktadır²¹⁰.

Sözleşme ilişkisinde rızanın geri alınması hakkının en azından belirli bir süre ile sınırlandırma imkânının ise iradi olarak kararlaştırılabileceği bu hükümden ayrı olarak da kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır²¹¹. Geri alma hakkının kural olarak her zaman kullanılabilmek ile birlikte münferit sözleşme ilişkileri uyarınca sınırlandırılması mümkün kabul edilmektedir²¹². Söz konusu sınırlandırma bakımından ise kişisel verilerin konu edildiği sözleşme ilişkisinin süresi ve veri karşılığı elde edilen menfaatin/menfaatlerin dikkate alınması önerilmektedir²¹³. Bu kapsamda geri alma hakkından da vazgeçilmesinin mümkün olduğu ve TMK m. 23/2 uyarınca vazgeçmenin hukuka yahut ahlaka aykırılık olup olmadığının belirlenmesi önerilmektedir. Söz konusu sınırlama hükmünün, kapsam yönünden açık ve anlaşılır olması gerektiği vurgulandığı gibi, hükmün varlığı hususunda ayrıca bir bilgilendirme yükümlülüğünün varlığından bahsedilmektedir²¹⁴.

Bu görüş uyarınca işleme faaliyetine konu kişisel verinin niteliği geri alma imkânından vazgeçilme süresi, verilerin işleme usulü (profilleme), işlenmesi öngörülen verinin kapsamı dikkate alınarak rızanın geri alınmasını sınırlandıran hükmün geçerliliği değerlendirilmelidir²¹⁵. İşlenen verinin niteliği ve veri işleme yöntemi esas alınarak geri alma hakkının sınırlandırılmasının kişilik hakkının ölçüsüz sınırlandırılması anlamına gelip gelmediği tespit edilmelidir. Nihayetinde ilgili görüş bilgilerinin geleceğini belirleme ve irade serbestisi lehine kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi mümkünse, bunun bağlayıcı bir taahhüt olduğu ve

²⁰⁹ Schmidt, s. 149.

²¹⁰ Schmidt, s. 149.

²¹¹ Buchner, Selbstbestimmung, s. 273; Weber, Thouvenin, Datenportabilitätsrecht, s. 31.

²¹² Buchner, Selbstbestimmung, s. 273; Weber, Thouvenin, Datenportabilitätsrecht, s. 31; kişilik hakkı kapsamında yer alan tüm kişilik değerleri bakımından inceleme için bkz. Huguenin, Reitze, BSK-ZGB I, Art. 27, N. 10.

²¹³ Buchner, Selbstbestimmung, s. 273; Weber, Thouvenin, Datenportabilitätsrecht, s. 31.

²¹⁴ Schmidt, s. 133 vd.

²¹⁵ Thilo Weichert, "Big Data und Datenschutz-Chancen und Risiken einer neuen Form der Datenanalyse", Zeitschrift für Datenschutz (ZD), Heft 6, 2013, s. 255; Schmidt, s. 136.

rızanın geri alınmasının sınırlandırılabilceği de kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²¹⁶.

Bu görüş kabul edildiği takdirde geçerliliği belirsiz bir başka hüküm daha sözleşmede yer almış olacaktır. İsaletli olan rızanın geri alınmasına yönelik emredici olarak kaleme alınmış hükümle de uyumlu olarak rızanın her zaman geri alınmasının mümkün olmasıyla birlikte ilgili kişinin geri almanın sonuçlarına katlanmasının tartışmaya açılmasıdır. Bir kişilik değeri olan kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterilmesine zorlamak ve kişinin iradesi hilafına işlemeyi bir süreye bağı tutmak, hakkın ölçsüz olarak sınırlanması tartışmalarını gündeme getirecektir. Bunun yerine kanaatimizce işleme faaliyetinden gelir elde etme imkânından yoksun kalacak girişimcinin zararının giderilmesine imkân tanımayı tartışmaya açmak her iki tarafın menfaatlerine uygun olandır. Aksi takdirde rızanın geri alınmasının bir süre sınırına bağı olmadığı öngörmüş bulunan veri koruma hukuku esasları ile veri temelli ilişkilerdeki sözleşme şartlarının bağdaştırılması mümkün görünmemektedir. Sonuç itibarıyla rızanın her zaman geri alınması mümkünken ve bu imkânın sözleşmeyle sınırlandırılması mümkün değildir²¹⁷. Rızanın geri alınmasının sonuçları ise ayrıca incelenmelidir.

iv. DCD ve Rızanın Geri Alınmasının Sonuçlarının Yeniden Ele Alınması İhtiyacı

DCD sonrasında dâhi veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından önemli soru işaretlerinin varlığını muhafaza etmektedir. Nitekim literatürde DCD gerek düzenleme tekniği²¹⁸ yönünden gerekse içeriği yönünden birçok eleştiriye maruz kalmış ve temel uzuvlarından yoksun bir gövdeye benzetilmiştir²¹⁹. Veri karşılığı sözleşmeler bakımından yöneltilen en önemli eleştiriye GDPR hükümlerinin, DCD üzerindeki adeta hakimiyetidir. Veri koruma hukuku ve dolayısıyla Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün amacı çerçevesinde öngördüğü düzenin eksikleri, bu

²¹⁶ Metzger, AcP, s. 829; ayrıca bkz. Digitaler Neustart, s. 225; Schmidt, s. 146.

²¹⁷ Yücedağ, Açık Rıza, s. 200.

²¹⁸ DCD maddelerinde çözüme kavuşturulması gereken hukuki sorunların *Dibaces* kısmına gizlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Sattler, CR, s. 146.

²¹⁹ Sattler, CR, s. 146.

hâkimiyet sebebiyle DCD'ye de sirayet etmiştir²²⁰. Nihayetinde, veri koruma hukuku ekonomik menfaatlerin korunmasına değil, yalnızca kendi kaderini hakkının idealist bir şekilde korunmasına hizmet etmektedir²²¹. Bu nedenle, Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün amacı, farklı ekonomik menfaatleri dengelemek değil, statü ilişkilerini düzenlemektir. Bu amaç çerçevesinde GDPR hazırlanırken, tüm insanların her veri işleme faaliyeti bakımından eşit derecede korunmaya muhtaç olmadığı gerçeğini göz ardı edildiği savunulmaktadır²²². Kapsamının genişliği sebebiyle milyarlarca dolarlık ünlülerle imzalan reklam sözleşmeleri dahi en azından veri koruma hukuku anlayışını takip edilirse, GDPR Art. 7/3 uyarınca herhangi bir zamanda ve sebepsiz olarak sona erdirilme risk altındadır²²³.

GDPR uyarınca kişilik hakkının mali yönünün hukuki işlemlere konu edilmesinin sonuçları ve kişilik değerlerini konu edinen ilişkilerin onlarca yıllık uygulamasını görmezden gelmesi büyük bir eksiklik olarak nitelendirilmektedir²²⁴. Veri koruma hukuku, özü itibarıyla veriyi kişiden koparılabilecek bir şey olarak değerlendirmez; çünkü kişisel veri niteliği gereği adeta kişinin izidir²²⁵. Ancak kişisel verilerin ticarileştirilmesi, kaçınılmaz olarak yasal bir dayanak gerektirmektedir²²⁶.

GDPR Art 7/3 -rızanın serbestçe geri alınması- ve 4 -bağlanma yasağı-, kişisel veri karşılığı sözleşmelerin varlığını tehdit eden en büyük meydan okumadır²²⁷. GDPR kapsamında veri işleme faaliyetlerinin sözleşmeler hukuku yönünün ele alınmaması sebebiyle eksik bir düzenleme olmasının sonuçları, DCD yürürlük sürecine de yansımıştır²²⁸. Her ne kadar DCD ile bir ilke imza atılmışsa da

²²⁰ GDPR, ilgili kişinin, veri sorumlusuna sözleşmeye dayalı olarak veri sağlanmasına ilişkin bir hukuki çerçeve sunmaz. Ancak, bu tür ilişkileri de prensipte engellemez. **Walker**, s. 132. Ancak GDPR ile DCD arasında kurulan hiyerarşi bu eksikliğin giderilmesini engellemektedir.

²²¹ **Walker**, s. 131.

²²² **Sattler**, CR, s. 151.

²²³ Bkz. GDPR Art. 85; **Sattler**, CR, s. 151-152. Ayrıca bkz. **Christian Schertz**, Handbuch des Urheberrechts, ed. Ulrich Loewenheim, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2021, KUG § 18, N. 4-8, çevrimiçi, BECK-ONLINE-20.03.2022.

²²⁴ **Sattler**, CR, s. 152.

²²⁵ **Walker**, s. 131.

²²⁶ **Walker**, s. 131.

²²⁷ **Sattler**, CR, s. 152.

²²⁸ **Sattler** veri koruma otoritelerinin DCD'nin, taslak metninde kişisel verilerin karşı edim olarak nitelendirilmesinin organ kaçakçılığı gibi değerlendirilmesinin ve polemik konusu yapılmasının haddini aştığı kanaatindedir. **Sattler**, CR, s. 152.

DCD, “*Demokles*’in veri koruma hukuku kılıcı” altındadır²²⁹. GDPR hükümlerinin borçlar hukuku esasları karşısında çok kısıtlayıcı olan lafzı arasındaki çatışma DCD’nin yasama sürecinde görülmüş ve tartışılmış olsa da çoğunluğu sağlayabilecek bir çözüme kavuşturulmamıştır²³⁰. Sözleşmenin taraflar arasında meydana getirdiği bağıllık karşısında GDPR Art. 7/3 uyarınca bu bağıın serbestçe çözülmesi imkânı bir gerilim meydana getirmektedir²³¹. Söz konusu gerilimin sebebi olaraksa Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün sözleşme hukuku temelinden yoksun olması gösterilmektedir²³².

Bu kapsamda ilk öneri olarak DCD’nin düzenlediği çevrimiçi ürünlere yönelik sözleşmeler başta olmak üzere veri karşılığı hukuki ilişkilerde rızanın serbestçe geri alınmasının sınırlandırılması ve bağlanma yasağı hükmünün katı değerlendirilmemesi önerilmektedir²³³. Bu çerçevede kişilik değerlerinin konu edildiği hukuki ilişkiler bakımından rızanın geri alınmasına yönelik sınırlardan ayrılmayı gerektiren bir hal, yine bir kişilik değerini konu alan veri karşılığı hukuki ilişkiler adına mevcut değildir²³⁴. Bununla birlikte veri koruma hukukunun diğer hukuk alanlarına hakimiyeti dikkate alındığında geri alma imkânının sınırlandırılması ancak *de lege ferenda* bir öneri olmaktan ileri gitmeyecektir²³⁵. Özellikle TMK m. 23 ve rızanın özgür iradeye dayanması gerekliliği dikkate alındığında rızanın geri alınmasının sınırlandırılması *de lege lata* mümkün değildir²³⁶.

2. (Açık) Rızanın Geri Alınmasının Sonuçları

Kişisel veri karşılığı sözleşmelerde, kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın geri alınmasının mümkün olmadığı ve bağlayıcı bir taahhüt olduğu savunulmaktadır²³⁷. Ancak bu bağlayıcılığı, rızanın geri alınması beyanının hukuken

²²⁹ Sattler, CR, s. 152.

²³⁰ Sattler, CR, s. 152.

²³¹ Bu gerilimin çözüme kavuşturulması ise yargıya bırakılmıştır ki *Sattler* sorunu çetin ceviz (“*heiße Kartoffel*”) olarak nitelendirmektedir. Bkz. Sattler, CR, s. 152.

²³² Sattler, CR, s. 152.

²³³ Sattler, CR, s. 152.

²³⁴ Sattler, CR, s. 151-152.

²³⁵ Rızanın her zaman geri alınmasının mümkün olduğu ve aksi kabulün TMK m. 23’e aykırı olduğu yönünde ayrıca bkz. Yücedağ, Açık Rıza, s. 200.

²³⁶ Yücedağ, Açık Rıza, s. 200.

²³⁷ Schmidt, s. 138 vd.

sonuç doğurmayacağı olarak ele almak işin niteliğine uygun düşmemektedir. Kişisel verilerin ilgili kişinin kişilik hakkının bir parçası olması sebebiyle ilgili kişinin kişisel verilerinin işlenmesinin iradesi hilafına gerçekleştirilmesi mümkün kabul edilmemelidir. Bu kapsamda alternatif olarak geri alma hakkının her zaman muhafaza edilmesiyle birlikte -ki bu durum veri koruma hukuku esaslarına da uygun olacaktır- bu hakkın kullanılması halinde sözleşmenin karşı tarafına da tazminat talebinde bulunma imkânı tanınması önerilmektedir²³⁸. Kişisel verilerin işlenmesine yönelik rıza geri alındığı takdirde karşı tarafın uğradığı zararın giderilmesi öngörülmelidir²³⁹.

Zararı tazmin talebi dışında taraflar arasındaki ilişki uyarınca veri karşılığı elde edilen menfaatin süreklilik arz edip etmediği esas alınarak geri almanın sonuçlarının değerlendirmektedir. Ayrıca tazminat talebi yerine geri alma sonrası kişisel verilerin işlenemiyor olmasının meydana getirdiği dengesizliğin ilgili kişi için bir değer sağlama borcu öngörülerek taraflar arasındaki bozulan dengenin yeniden kurulması önerilmektedir²⁴⁰. Bu kapsamda aşağıda geri alma hakkının sonuçlarına yönelik görüşler incelenecektir. Ancak bunun öncesinde rızanın geri alınmasının hukuki ilişkiye etkisi tespit edilmelidir. Bu tespit geri almanın sonuçları üzerinde de doğrudan etkili olacaktır.

²³⁸ Bu kapsamda talep edilecek tazminatın niteliğinin de tartışılmaktadır. Bkz. **Langhanke**, s. 138 **Schmidt**, s. 222 vd.

²³⁹ Arbeitsgruppe-Digitaler Neustart, s. 208; **Leinemann**, s. 220. Hollanda hukukuna DCD'nin aktarılması amacıyla kaleme alınmış düzenlemeyi değerlendiren *Loos*, ilgili kişiye tazminat ödeme yükümlülüğü getiremeyeceği kanaatindedir. Ancak bu kanaatinin gerekçesini ortaya koymamıştır. Bkz. **Marco B. M. Loos**, "The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands", JIPITEC, 12/2, 2021, s. 240, N. 33, çevrimiçi-HEINONLINE, 04.11.2021.

²⁴⁰ *Langhanke* ve *Schmidt-Kessel*, ortak eserlerinde ilgili kişinin rıza gösterme borcunu aynen ifaya zorlanamayacağı gibi bir tazminat yükümlülüğü ile de karşı karşıya bırakılamayacağı görüşündedir. Aksi takdirde rızanın özgür iradeye dayanma niteliğinin sarsılacağı ifade edilmektedir. Bkz. **Langhanke**, **Schmidt-Kessel**, s. 222-223. Aynı nitelendirme *Langhanke*'nin monografik eserinde de yapılmıştır. Bkz. **Langhanke**, s. 126. Bununla birlikte *Langhanke*, aynı zamanda rızanın geri alınmasından sonra girişimcinin olumsuz zararı ile sınırlı bir tazminat talebinde bulunabileceğini savunmaktadır. bkz. **A.e.**, s. 138. Bu durum yazarın borcun niteliğine yönelik "eksik borç" nitelendirmesiyle bağdaşmamaktadır. Nitekim *Langhanke*'nin eseri bu yönüyle eleştirilmiştir. Bkz. **Hacker**, s. 447.

a. (Açık) Rızanın Geri Alınmasının Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmeye Etkisi

(Açık) rıza beyanında bulunmak, veri karşılığı hukuki ilişkilerde ilgili kişinin borcunun kapsamını oluşturmaktadır. Bunun bir sonucu olarak rıza beyanı, borcun ifası niteliğindedir. Borcun ifa edilmemesi -açık rıza beyanında bulunmaktan vazgeçilmesi- yahut borcun ifa edilmesinden sonra rızanın geri alınması, bu borca aykırılıktır. Bu takdirde bir sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin borcunu ifa etmemesinin ilişkiye etkisi olağan borca aykırılık rejiminde nasıl ele alınıyorsa -edimin niteliği, kapsamı, ifa edilmesinin imkân dahilinde olması vs.- kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın geri alınması da bu esaslar çerçevesinde değerlendirilmelidir²⁴¹.

Doktrinde rıza beyanının, sözleşme ilişkisinden soyut bir tasarruf işlemi olduğu bu sebeple de rızanın geri alınmasının sözleşme ilişkisinin geçerliliğini etkilemeyeceği savunulmaktadır²⁴². Öncelikle söz konusu nitelendirme ve bu nitelendirmeye dayanılarak yapılan tespitlerin birbiriyle çelişki içerisinde olduğuna dikkat çekilmelidir. Bir tasarruf işleminin sebebe bağlı yahut sebepten soyut olması, tasarruf işleminin sebebi olan -öncesindeki- borçlandırıcı işlemin sıhhatini etkileyen unsurların, geçerli tasarruf işlemine sirayet edip etmeyeceğine yönelik yapılan bir tartışmadır²⁴³. (Açık) rıza beyanının tasarruf işlemi niteliğinde olup olmadığı bir kenara bırakılıp soyutluk nitelendirmesinin sorunun çözümüne katkısı izaha muhtaçtır. Rıza beyanının soyutluk ilkesi uyarınca sözleşme ilişkisiyle bağının açıklanması gerektiği kanaatinde olan *Specht* dahi borç ilişkisi uyarınca ifanın talep edilme imkânının rızanın geri alınmasından etkilenmeyeceğini ifade etmektedir²⁴⁴.

Rızanın geçersizliği bir yana, geri alınmasının sözleşme ilişkisine etkisinin soyutluk ilkesi ekseninde açıklanmaya gayret edilmesinin bir hukuki sonucu olmayacaktır. Bu sebeple açık rıza beyanında bulunulmamasının²⁴⁵ yahut açık

²⁴¹ Bir yapma borcu olduğu dikkate alındığında rızanın geri alınmasının gizli ayıp teşkil edip etmediği tartışma konusu edilmiştir. Tartışmaya ilişkin. Bkz. **Specht**, JZ, s. 767. Ancak kanundan doğan bir hakkın kullanılmasının ayıp teşkil etmesi mümkün olmadığı gibi rızanın geri alınması (1) ileriye etkili olacaktır ve (2) hiç ifa edilmeme olarak ele alınacaktır.

²⁴² **Metzger**, Contract Law 2.0, s. 31, 34 vd.; **Specht**, JZ, s. 765-766.

²⁴³ **Oğuzman, Seliçi, Oktay-Özdemir**, Eşya, s. 589.

²⁴⁴ **Specht**, JZ, s. 766.

²⁴⁵ Uygulamada özellikle çevrimiçi hizmetler bakımından sözleşmenin kurulması ve açık rıza verilmesi alt alta yer alan butonların işaretlenmesiyle gerçekleştiğinden ayrıca ürünün kullanılması imkânından önce (açık) rıza alındığı ve sözleşme hükümleri kişinin dikkatine

rızanın geri alınmasının borca aykırılık esaslarında denk geldiği aykırılık türünün tespit edilmesi ve buna göre hukuki sonuçlarının belirlenmesi uygun olacaktır²⁴⁶. Söz konusu değerlendirme mevcut borca aykırılık rejiminin, veri karşılığı sözleşmelerin niteliğine uygunluğu da göz önünde bulundurularak gerçekleştirilmelidir.

Tüm bunların yanında rızanın geri alınması, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisini sona erdirmemekle beraber ilgili kişinin ayrıca sözleşme ile bağlı olmak istemediğini beyan etmesi de mümkündür. Bu durumda ilgili hizmetten artık istifade etmesi mümkün olmayacağı gibi; bir sebep ileri sürmeksizin sözleşme ilişkisini sona erdirmiş olacaktır. Sürekli borç ilişkileri bakımından haklı bir sebep olmaksızın sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesine ilişkin esaslar bu ilişki için doğrudan uygulanabilecek nitelikte değildir. Bu kapsamda girişimci tarafından, rızanın geri alınması sonucu ilişkinin haklı sebeple sona erdirilmesiyle paralel olduğu için ilgili kişinin sona erdirmeye beyanının sonuçları tekrara düşmemek ayrıca incelenmeyecektir. Bir diğer ifadeyle ilgili kişinin açık rızasını geri almakla yetinmeyip aynı zamanda ilişkiyi sona erdirmesi halinde de aşağıdaki hususlar geçerliliğini koruyacaktır.

b. Girişimcinin Borcunun Niteliği ve (Açık) Rızanın Geri Alınması

Girişimcinin ediminin niteliğinden bağımsız olarak (açık) rıza beyanında bulunmanın her zaman sürekli borç ilişkisi meydana getirecek olması sebebiyle rızanın geri alınmasıyla birlikte sözleşme ilişkisinin sona ermediği ancak girişimcinin sözleşme ilişkisini kira hükümleri uyarınca sona erdirmeye imkânı (BGB

sunulduğu için bu ihtimale yönelik değerlendirmeler, somut olaya uygulanma imkânı olmayan düşüncelerden ibarettir. Bu durum veriye dayalı iş modelinin niteliğinden ileri gelmektedir. Veriye dayalı iş modellerinde ürünün kullanıldığı ilk andan itibaren veri işlemektedir. İşlemenin hukuka uygun gerçekleştirilebilmesi de açık rızanın işleme faaliyetinden önce alınmış olmasını gerektirmektedir. Bu sebeple rızanın hiç gösterilmediği ihtimaller özellik arz ettiği nispette değinilecek hususlar olacaktır. Bu hallerden biri sözleşme hükümleri içerisinde varsayımlı rıza ayarına dayalı olarak rızanın alınmış olmasıdır.

²⁴⁶ DCD'nin Hollanda hukukuna aktarılmasına ilişkin taslak metnin açıklamalar bölümünde rızanın geri alınmasının sözleşmeyi sona erdirmeye tek taraflı bir beyanı olduğu yer almaktadır. Rızanın her zaman geri alınabileceği hükmünü değerlendiren *Loos* da aynı sonuca ulaşmaktadır. Bkz. *Loos*, s. 239, N. 30. Ancak bu görüş ilgili kişiyi korumadığı gibi görüşün her hukuk sistemi için kabul edilmesi mümkün değildir. Buna ek olarak *Loos* sözleşmenin sona ereceğini ifade etmekle birlikte aynı zamanda girişimcinin de kendi borcunu ifa etmeme imkânı olduğunu ifade etmektedir (*Loos*, s. 239, N. 32). Bu iki çıkarım birbiriyle çelişmektedir. Sözleşme ilişkisini geri alma beyanıyla sona erdiyse girişimcinin ifa yükümlülüğü de sona ermiş olacaktır.

§ 543/2/1²⁴⁷) olduğu ileri sürülmektedir²⁴⁸. Bu kapsamda girişimcinin kendi borcunu ifadan kaçınma imkânına da sahip olduğu ifade edilmiştir²⁴⁹. Bu durumda rızanın geri alınması, borca aykırılık olarak kabul edilmiş olmaktadır. Bu borca aykırılığın ilişkiye etkisi de şüphesiz karşı tarafın-girişimci edimiyle doğrudan ilgilidir.

Kişisel veri karşılığı sözleşmede rıza geri alındığı takdirde, taraflar arasındaki borç ilişkisi kendiliğinden sona ermez²⁵⁰. Bu durumda asıl sorun rızanın geri alınmış olmasına rağmen karşı edimin, akıbetinin ne olduğunun belirlenmesi ve girişimcinin ilgili kişiye karşı ileri sürebileceği bir imkânının var olup olmadığının eğer bir imkânı varsa sahip olduğu imkânların ne olduğunun tespit edilmesidir. İlgili kişinin rızasını geri almasıyla borçlu temerrüdüne düştüğü ifade edilmektedir²⁵¹. Bu sebeple taraflar arasındaki ilişkinin kaderini belirleme imkânının girişimcide olsa da girişimcinin aynen ifa talebinde bulunmasının mümkün olmadığı atlanmamalıdır²⁵². Bu sonuçla uyumlu olarak Alman Medeni Kanunu uyarınca dijital içerik ve hizmetlerin sağlanmasına dair sözleşme ilişkileri bakımından rızanın geri alınmasının, sözleşme ilişkisini etkilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir. Girişimcinin bu halde tek taraflı beyanıyla sözleşme ilişkisini sona erdirmesinin mümkün olduğu ve sona erdirmenin esasları ayrıca düzenlenmiştir (BGB § 327q/1 ve 2)²⁵³.

Girişimcinin edimi, bir çevrimiçi ürünün veri karşılığı indirilmesi halinde olduğu gibi tek seferlik-ani olduğu haller de dahil olmak üzere geri alma hakkının kullanılmasından sonra rızanın aynen ifasının talep edilmesi mümkün olmadığı dikkate alındığında borçlu temerrüdü hükümleri uyarınca sözleşme ilişkisinin

²⁴⁷ Kiraya vereni kira konusunun sözleşmeye uygun olarak kullanılmasına izin vermediği hallerde olağanüstü fesih imkânının bulunduğunu ortaya koyan hükmüdür. Bu hükmün bire bir karşılığı Türk Borçlar Kanunu'nda bulunmamaktadır. Buna karşın TBK m. 331 uyarınca: “Taraflardan her biri, kira ilişkisinin devamını kendisi için çekilmez hâle getiren önemli sebeplerin varlığı durumunda, sözleşmeyi yasal fesih bildirim süresine uyarak her zaman feshedebilir.” Bu hüküm uyarınca olağanüstü fesih imkânı öngörülmüştür. Kira konusunun kullanılamıyor olması da esasında TBK m. 301 uyarınca kiraya verenin borcuna aykırılık teşkil edeceği için borçlu temerrüdü halidir.

²⁴⁸ **Specht**, JZ, s. 768.

²⁴⁹ **Specht**, JZ, s. 768.

²⁵⁰ **Schmidt**, s. 150.

²⁵¹ Digitaler Neu-start, s. 208; **Louisa Specht, Linda Bienemann**, “Zur Zukunft der datenschutzrechtlichen Einwilligung”, K&R-Beilage, Heft 9, 2018, s. 23; **Schmidt**, s. 150.

²⁵² **Specht, Bienemann**, s. 23; **Schmidt**, s. 150.

²⁵³ Madde uyarınca aranan şartların (ilişkinin devam ettirilmesinin girişimci adına çekilmez olması), kişisel verinin karşı edim olduğu hukuki ilişkiler bakımından kural olarak mevcut olduğunun kabul edilmesi gerektiği yönünde bkz. **Metzger**, MÜKo, BGB § 327q, N. 10.

girişimci tarafından sona erdirilmesi mümkündür²⁵⁴. Ancak bu durumda beyan ileriye etkili sonuç doğuracaktır²⁵⁵. Geri alma o güne kadar gerçekleştirilen işleme faaliyetini hukuka aykırı kılmayacaktır²⁵⁶. Bu tarihe kadar dijital içerik yahut üründen istifade edilmesi karşılığı veri işleme faaliyeti sonucu elde edilen gelirler de girişimciye ait olmaya devam edecektir. Bununla birlikte girişimci işleme faaliyetini sona erdirmeli ve verileri silmelidir.

Taraflar arasındaki ilişkinin niteliği gereği aynen ifa talebinde de bulunamayan girişimcinin sözleşmeyi fesih ve uğradığı zararın tazminini talep etmesinin mümkün olup olmadığı tartışmaya açılmalıdır. Bu çerçevede tazminat talebinin ve dolayısıyla tazminat tehdidinin, rızanın serbestçe geri alınma imkânına etkisi de ayrıca değerlendirilmek durumundadır. Girişimcinin sözleşme ilişkisinin sona ermiş olması dolayısıyla ifa menfaatine karşılık gelen bir tazminat talebinde bulunması, özgür iradeye dayanması gereken rızanın bu niteliğini tehlikeye düşürecektir. Bu sebeple girişimcinin mevcut veri koruma esasları uyarınca tazminat talebinde bulunamayacağı ifade edilmelidir.

Rızanın geri alınmasından sonra ilişki sona erdiği takdirde ilgili kişinin de artık çevrimiçi ürünü, sonra silinmesi gerektiği söylene dahi, özellikle çevrimiçi ürünün çoğaltılması ve yayılmasına dair teknik imkânlar göz ardı edilmemelidir²⁵⁷. Bu durumda girişimcinin ürünün silindiğini kontrol etme şansı bulunmuyorsa ilgili ürün için uygun bir kullanım karşılığı talep etmesi değerlendirilebilecektir. Bununla birlikte veri karşılığı sunulan menfaatlerin özellikle çevrimiçi ortamda girişimcinin oluşturmuş bulunduğu bir uygulama çerçevesinde ilgili kişi tarafından erişilebilir olduğuna dikkat çekilmelidir. Bu sebeple girişimcinin erişimi engelleme imkânının gelişen teknolojik imkânlar ve veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin görünimleri

²⁵⁴ Girişimcinin sözleşme ilişkisini haklı sebeple (olağanüstü fesih) sona erdirebileceği yönünde bkz. **Weber, Henseler**, s. 343. Ayrıca bkz. İkinci Bölüm/II./D./4./b./iii.

²⁵⁵ Taraflar arasındaki ilişki bir tüketici işlemi olsa da para karşılığı hukuki ilişkiler bakımından öngörölmüş cayma hakkının kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından söz konusu olmayacağı, ilgili kişiye ayrıca cayma hakkı tanınmasının bir fonksiyonu olmayacağı yönünde ayrıca bkz. **Bijok**, s. 341-342.

²⁵⁶ **Metzger**, Müko, BGB § 327q, N. 6. Ani edimli bir sözleşme ilişkisi söz konusuysa ve veri işleme faaliyetine henüz başlanmadan rıza geri alınmışsa bu takdirde TBK m. 125 uyarınca sona erdirmeye beyanı dönme hükmünde olacaktır. Bkz. **A.e.**, N. 8.

²⁵⁷ **Specht**, JZ, s. 769.

dikkate alındığında her halde zor olarak nitelendirilemeyeceği gözden kaçırılmamalıdır.

Girişimci, rızanın geri alınması dolayısıyla ayrıca bir zarara uğramışsa bunun da giderilmesini talep edebileceği savunulmaktadır²⁵⁸. Ancak ifade edildiği üzere ifa menfaatinin talep edilmesi, rızanın her zaman geri alınabilir ve özgür iradeye dayanan niteliği ile bağdaşmamaktadır. Bu sebeple girişimci bu kapsamda bir tazminat talebinde bulunamayacaktır. Bu sebeptir ki doktrinde ifa menfaatinin tazmin edilememesi karşısında kişisel veri karşılığı elde edilen menfaatin de (girişimcinin borcu) süreklilik arz ettiği hallere özgü olarak TBK m. 512 (OR. Art. 404/2)'ün uygulanmasının uygun olacağı savunulmaktadır²⁵⁹.

Bu görüş uyarınca bir çevrimiçi ürünün kullanımı kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesine bağlıysa rızanın geri alınmasının sözleşmenin feshi olarak nitelendirildiği görülmektedir²⁶⁰. Sözleşmenin feshi ileriye etkili olacağından sözleşmenin her iki tarafı da o ana kadar yükümlülüklerini yerine getirmiş olacaktır²⁶¹. Bu sebeple girişimcinin rızanın geri alınması dolayısıyla zarar tazmini talebinde bulunması, yalnızca uygun olmayan bir zamanda rızanın geri alınmasına özgü “makul bir çözüm” olarak nitelendirilmektedir²⁶². Bu kapsamda talep edilecek tazminatın ise bu sözleşmeye güven dolayısıyla girişimcinin uğramış olduğu güven zararı (olumsuz zarar) ile sınırlı olması gerektiği ifade edilmektedir²⁶³.

Ancak öncelikle sadece rızanın geri alınması, sözleşme ilişkisini sona erdirmez²⁶⁴. Bir an için rızanın geri alınmasının sözleşmeyi de sona erdirdiği kabul edilse yahut tüketicinin sözleşme sona erdirmeye iradesi bile sözleşme ilişkisi uygun olmayan bir zamanda sona erdirilip erdirilmediğinin tespiti büyük güçlük arz edecektir. Veriye dayalı iş modellerinde verinin sürekliliği, çokluğu ve güncelliği esaslı unsurdur. Bu sebeple rızanın her geri alındığı an pek tabii uygun olmayan bir

²⁵⁸ Bu zararın ifa menfaati (olumlu zarar) olduğu ifade edilmektedir. Bkz. **Specht**, JZ, s. 769; **Schmidt**, s. 153.

²⁵⁹ **Schmidt**, s. 151.

²⁶⁰ **Schmidt**, s. 151.

²⁶¹ **Schmidt**, s. 151.

²⁶² **Langhanke**, s. 138; **Schmidt**, s. 151.

²⁶³ **Langhanke**, s. 138.

²⁶⁴ Meğer ki somut olayın koşullarından aksi anlaşılıyor olsun. Bkz. **Walker**, s. 206.

zamanda geri alma olarak nitelendirilebilecektir²⁶⁵. Buna ek olarak doktrinde rızanın her zaman geri alınabilir niteliğinin, sözleşmenin kurulduğu sırada girişimci tarafından bilinmek zorunda olduğu gerekçesiyle uygun olmayan bir zamanda rızanın geri alındığının iddia edilemeyeceği ve girişimcinin söz konusu sözleşme ilişkisine güvenmemesi gerektiği ifade edilmektedir²⁶⁶. Bu sebeple girişimcinin güven dolayısıyla bir zarara uğradığından da bahsedilemeyeceği savunulmaktadır²⁶⁷. Bu görüş vekâlet sözleşmesi uyarınca öngörülmüş bulunan açık hüküm karşısında savunulabilir olmaktan uzaktır.

TBK m. 512/ZGB Art. 404/2, ilişkinin ne zaman sona ereceğinin belirsiz olması karşısında sözleşmeyi sona erdirme beyanıyla muhatap kalan tarafın da menfaatlerini korumak maksadıyla öngörülmüştür. Bu sebeple tek başına hakkın varlığı, girişimcinin sözleşme ilişkisine güven duyması için bir engel olarak ele alınamaz. Bununla birlikte, rızanın özgür iradeye dayanma niteliğini tehdit eden husus tazmin edilecek zararın niteliği değil, bir tazmin yükümlülüğünün söz konusu olmasıdır²⁶⁸. Bu yönüyle TBK m. 512'nin, açık rızanın nitelikleri ve rızanın her zaman geri alınma imkânıyla uyumlu bir çözüm olarak nitelendirilmesi mümkün gözükmemektedir.

Tüm bunlara ek olarak vekâlet sözleşmesinin tek tarafa borç yükleyen niteliği esas alınarak kaleme alınmış bu hükmün, günümüzde vekâlet hükümlerine tabi ilişkiler bakımından ne kadar ihtiyacı karşılar olduğu dahi sorgulanmaktadır²⁶⁹. Bu kapsamda hükmün güven ilişkisinin ön planda olduğu vekâlet sözleşmeleriyle uygulama alanının sınırlandırılması önerilmektedir²⁷⁰. Uygulama alanı ve kapsamı tartışmalara yol açmış bu hükmün veri karşılığı hukuki ilişkiler için uygun bir çözüm olduğu savunulamayacaktır²⁷¹.

²⁶⁵ Avusturya hukukunda bu görüşün eleştirisi için bkz. **Reimer**, s. 176.

²⁶⁶ **Reimer**, s. 176.

²⁶⁷ **Reimer**, s. 176.

²⁶⁸ Rızanın özgür iradeye dayanması ancak geri alındığında ilgili kişinin bir tazminat tehdidiyle karşı karşıya kalmayacak olmasıyla mümkün olacaktır. Bkz. **Metgzer**, MüKo, BGB § 327q, N. 6 Rızanın serbestçe geri alınabilir niteliği gereği ilgili kişinin tazminat talebiyle muhatap kılınması mümkün değildir. Bkz. **Riehm**, s. 205.

²⁶⁹ **Oser, Weber**, BSK-OR-I, Art. 404, N. 9.

²⁷⁰ **Oser, Weber**, BSK-OR-I, Art. 404, N. 9.

²⁷¹ İsviçre'de OR Art. 404'ün kişilik değerlerinin konu edildiği sözleşmelerde taraf menfaatlerine uygun düşmediği yönünde ayrıca bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 187. Yazar burada geri alma hakkının istisna olduğu görüşü ekseninde olumsuz zararın tazminine imkân

c. (Açık) Rızanın Geri Alınması ve Girişimcinin Sahip Olduğu İmkânların Çeşitlendirilmesi

(Açık) rızada bulunma, sözleşmeden doğan bir yükümlülük olmasına rağmen rızanın her zaman geri alınabilir niteliğini muhafaza etmesi karşısında, doktrinde girişimcinin menfaatlerini korumaya yönelik alternatif çözüm önerileri ileri sürülmektedir. Girişimcinin borç gereği gibi ifa edilseydi uğramayacak olduğu zararın tazmininin savunulmasına alternatif çözümler, tazminatın hesabında yaşanacak zorlukları aşmak gayesi taşımaktadır²⁷². Kişisel verilerin değerinin tek başına belirlenmesinin mümkün olmadığı dikkate alındığında, girişimcinin tazminat talebinin kabul edildiği ihtimalde uygulamada tazminatın hesabında büyük zorluklar yaşanacaktır²⁷³. Bu zorlukların bertaraf edilmesi için doktrinde farklı çözümler öne sürülmüştür. Aşağıda ayrı başlıklar altında söz konusu çözümler mercek altına alınacaktır. Söz konusu görüşlerin incelemesine geçilmeden önce her alternatifin, rızanın veri koruma hukuku uyarınca öngörülen nitelikleriyle bağdaşma oranı da ayrıca ele alınması gerekliliğine bir kere daha dikkat çekilmelidir. Bu sebeple söz konusu bölümün varlığı girişimcinin tazminat talep edebileceğinin bu çalışma kapsamında benimsendiği anlamına gelmemektedir. Bilakis rızanın özgür iradeye dayanması gerekliliği karşısında geri alınması dolayısıyla ilgili kişi tazminat talebine muhatap kılınamayacaktır²⁷⁴.

Son olarak ilgili kişinin kanundan doğan bir hakkını kullanılıyor olmasının hukuka aykırılık unsurunun varlığına etkisi de tespit edilmelidir. Bu noktada veri koruma hukuku uyarınca sahip olunan bir hakkın kullanılmasının bir hak olmasıyla, bu durumun borca aykırılığa sebep olması farklı hususlardır. Ancak daha önce de ifade edildiği gibi tazminat talepleri önündeki engel, (açık) rızanın geri alınması sonrası meydana gelecek durumun bir borca aykırılık olması değil; (açık) rızanın

veren bu hükmün uygulanmasını eleştirmektedir. *Büchler*'in görüşü uyarınca rızanın geri alınması imkânı istisnadır, geri almanın sonucu da bu sebeple borca aykırılık teşkil edecektir. Bir diğer ifadeyle temelde rızanın her zaman geri alınabilir niteliği reddedilmektedir. Bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 187.

²⁷² **Schmidt**, s. 152.

²⁷³ **Schmidt**, s. 152.

²⁷⁴ Aynı yönde bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 204.

niteliğidir. Bu sebeple girişimcinin tazminat taleplerinin kabul görmesi bugünkü hukuki çerçevede veri koruma hukuku esaslarıyla bağdaşmaz.

i. (Açık) Rızanın Geri Alınmasının Sonucu Olarak Sadece Kullanım Karşılığı Ödenmesi

Rızanın geri alınmasından sonra ilgili kişinin veri karşılığı aldığı ürünün değerini ödemesi gerektiği, böylece ayrıca bir tazminat hesabına gerek kalmayacağı savunulmaktadır²⁷⁵. Bu yaklaşım pratik ve ilgili kişinin haklarını korumak yönüyle de uygun bir çözüm olarak nitelendirilmektedir²⁷⁶. Bununla birlikte girişimcinin sahip olduğu ifade edilen tazminatın içeriğinin sadece kullanım karşılığıyla sınırlı ele alınması uygun değildir. Kaldı ki kullanım karşılığı ödenmesi bir tazminat niteliğinde olmadığı gibi; girişimcinin borcunun da süreklilik arz ettiği haller için uygun değildir. Bu ihtimalde verilerin işlenmesiyle kullanımın karşılığı elde edilmiş olacaktır. Sözleşmenin rızanın geri alınmasından sonra girişimcinin iradesiyle ilişkinin sona ermesi halinde ilgili kişinin söz konusu hizmetten yararlanması artık mümkün olmayacaktır. Bu takdirde ödenecek tazminatın içeriğinin hangi kullanımı tasfiyeye bir karşılık oluşturacağı sorusu ortaya çıkacaktır.

Girişimcinin borcu bir içeriğin nihai olarak sunulması olduğu ihtimalde dahi ilişkinin ileriye etkili sona ereceği dikkate alındığında esasında kullanım karşılığının hesaplanması da zordur. Veri karşılığı bir üründen istifade edildiği dönem bulunacağı için ilgili ürün için mevcutsa ücretli alternatifi için öngörülmüş tam karşılığının talep edilmesi uygun düşmeyecektir. Her halükârda gerçekleştirilen işleme faaliyeti ve böylece girişimcinin elde ettiği menfaatin hesaba katılması gerekecektir. Bu haliyle söz konusu görüşün ancak rıza hiç gösterilmemesine rağmen ilgili üründen istifade edildiği yahut rıza geri alınmasına rağmen sözleşmenin sona ermediği hallerde anlam kazanacağı belirtilmelidir. Ancak daha önce de altı çizildiği üzere böyle bir halin söz konusu olduğu bir örnekle karşılaştırılması çok düşük bir ihtimaldir²⁷⁷.

²⁷⁵ Sadece girişimcinin borcunun bir içeriğin nihai olarak temin edildiği hallerle sınırlı olarak ileri sürülen görüş için bkz. **Specht**, JZ, s. 769. Bir ayırım gözetmeksizin tazminatın içeriğinin belirlenmesine yönelik savunulduğu hal için ayrıca bkz. **Schmidt**, s. 153.

²⁷⁶ **Schmidt**, s. 153.

²⁷⁷ Uygulamada özellikle çevrimiçi hizmetler bakımından sözleşmeyle açık rıza alt alta yer alan butonların işaretlenmesi suretiyle verildiği yahut hizmetin kullanılması imkânından önce açık rıza alındığı ve sözleşme hükümleri kişinin dikkatine sunulmaktadır. Sadakat kart

Doktrinde bu eleştirilere cevap mahiyetinde girişimcinin kullanım karşılığına ek olarak ispat ettiği ölçüde uğradığı zararı tazminat bulunabileceği de ileri sürülmektedir²⁷⁸. Buna göre kullanım karşılığı talebine ek olarak ve/veya bundan ayrıca girişimci, rızanın geri alınması dolayısıyla uğradığı zararın giderilmesini ispat ettiği ölçüde talep edip edemeyeceği de ayrıca değerlendirilmelidir.

ii. (Açık) Rızanın Geri Alınması Hali İçin Bir Miktar Para Ödenmesinin Öngörülmesi

Tazminatın hesaplanmasında gündeme geleceği ifade edilen zorluklar dikkate alınarak²⁷⁹, doktrinde tarafların bir sabit oran belirlemesi belirli durumlarda borçlunun temerrüde düşmesinin yasal sonuçları, alınan ürün için uygun bir ikame olan meblağın ödenmesi gerektiğinin öngörülmesi önerilmektedir²⁸⁰. Söz konusu meblağ TBK m. 179 vd. hükümlere tabi olacaktır²⁸¹. Ancak bu çözüm sözleşmenin kurulmasından önceye yönelik taraflara bir öneri mahiyetinde olmaktan ve sorunun çözümüne yönelik meseleyi taraf iradesine terk etmekten ileri gitmemektedir. Bunun yanında rızanın geri alınması haline ilişkin bir cezai şart öngörülmesinin, rızanın özgür iradeyle verilmiş olması niteliğiyle ne orada bağdaşacağı da tartışmaya açıktır²⁸². Bu sebeple doktrinde söz konusu hükmün geçerlilik sorunu yaşamaması adına özel bir düzenleme ihtiyacı olduğuna dikkat çekilmektedir²⁸³.

uygulamaları bakımından ise veri işlemeye rıza gösterilmediği sürece indirimden yararlanılması (üyelik kurulmadan önce) söz konusu olmamaktadır. Buna ek olarak daha önce de ifade edildiği üzere ilgilinin ilgili hizmeti kullanımının engellenmesi de (özellikle ilgili kişinin girişimcinin oluşturduğu özel uygulamayı indirmesiyle istifade edilen ürünlerde) piyasa koşullarında zorluk arz etmekten uzaklaşmıştır.

²⁷⁸ Bununla birlikte ilgili görüş ekseninde haklı olarak bu zararın ispatında yaşanacak zorluklara da dikkat çekilmiştir. **Leinemann**, s. 211. Kullanım karşılığının belirlenmesinin bizatihi zorluk arz etmesi de olasılık dahilindedir. Bu kapsamda veri karşılığı sunulan ürünün çoğu bakımından ücretli bir alternatif bulunmadığı vurgulanmalıdır.

²⁷⁹ Şüphesiz öncelikle zararı tazmin talebinin mümkün olduğunu kabul eden görüş ekseninde bu tartışmanın yürütüldüğüne dikkat çekilmelidir. Bkz. **Schmidt**, s. 159.

²⁸⁰ **Schmidt**, s. 159.

²⁸¹ Bu görüş İsviçre doktrinine aittir. Bu sebeple görüşün aslında söz konusu düzenlemenin OR Art. 160 vd. hükümlerine (İsviçre Borçlar Kanunu'nda yer alan cezai şart hükümleri) tabi olacağı ifade edilmiştir. Bkz. **Schmidt**, s. 159.

²⁸² Gerek Türk gerek İsviçre yargısında TBK m. 512 ve mehzazı OR Art. 404'ün kullanıldığı hallerle ilişkin cezai şart öngörülmesinin geçerli olmayacağı yönünde hüküm tesis edilmektedir. Bkz. BGE 115 II 464, 466; BGE 110 II 380; BGE 109 II 462; BGE 104 II 108; Yarg. 3. HD, T. 29.12.1997, E. 1997/11339, K. 1997/12497.

²⁸³ **Schmidt**, s. 154 ve 156.

İsviçre Federal Mahkemesi, kişilik değerlerinin sözleşmesel ilişkiye konu edildiği ve kişilik değerinin bu sözleşme kapsamında kullanılmasına rıza gösterilmediği takdirde bir miktar paranın ödeneceği hükmüne yer verilmesi cezai şart öngörülmesi olarak nitelendirmiş ve hükmün geçerli olduğuna hükmetmiştir²⁸⁴. Bu kararı uyarınca Mahkeme'nin ifadeleri rızanın geri alınmasının ancak bedelin ödenmesi halinde geçerli olacağı gibi bir sonuca varılmasına dahi elverişli niteliktedir. Mahkeme, rızanın geri alınmasının kararlaştırılan meblağın ödenmesine bağlı olduğu haller ile -geçerli bir rıza beyanının varlığından bahsedebilmek adına bunun şart olarak öngörüldüğü haller-, rızanın geri alınması sonucu tazminat yükümlülüğünün söz konusu olacağının öngörülmesinin sadece usulî yönden birbirinden ayrıştığına dikkat çekmekle yetinmiştir²⁸⁵. Ancak ilk ihtimalde rıza beyanının geçerliliği için ek bir şart öngörülmüş olduğundan esasında geri almanın geçerliliği sorgulanarak, rıza beyanında bulunma imkânı sınırlandırılmış olacaktır²⁸⁶. Bu kapsamda isabetli olanın rızanın geri alınması halinde ödenmesi öngörülen meblağın rızanın geçerlilik şartı olarak ele alınmamasıdır. Aksi bir kabul rızanın her zaman geri alınabilir niteliğinin dolaylı olarak sınırlandırılması anlamına gelecektir.

Bu karardan da hareketle rızanın geri alınmasına yönelik bir cezai şart öngörülmesi doktrinde tazminat hesabını kolaylaştıran ve taraf menfaatlerine en uygun çözüm olarak nitelendirilmektedir²⁸⁷. Ancak bir bedel ödenerek geri alma hakkının kullanılması esas sözleşmede bir hüküm bulunmasını gerekli kılmaktadır²⁸⁸. Bunun yanında öngörülen cezai şart hükmünün, rızanın özellikleriyle ne orada bağdaşacağı sorusu varlığını korumaktadır.

Cezai şart öngörülmesinin geri alma hakkının serbestçe kullanılmasını sınırlayacağı açıktır. Bu sınırlamanın geçersiz kabul edilmemesi ve taraf menfaatleri ekseninde kişisel veri karşılığı sözleşmelerde öngörülen cezai şartın ikincil talep olan tazmin yükümlülüğünden daha çok bir sınırlandırma olmadığı ve menfaat dengesine

²⁸⁴ BGE 136 III 401, 406.

²⁸⁵ İsviçre Federal Mahkemesi, rızanın niteliği gereği her zaman geri alınıp alınamayacağının bu ekseninde değerlendirilmesi gerektiğini beyan etmiştir. Bununla birlikte prensipte iki halin de aynı olduğunu ifade edip; bu iki durum arasında iddia ve ispat külfeti yer değiştirdiği için usulî farklılıklar bulunduğu işaret etmiştir. Bkz. BGE 136 III 401, 406.

²⁸⁶ Schmidt, s. 157.

²⁸⁷ Schmidt, s. 154 ve 156.

²⁸⁸ Schmidt, s. 156.

en uygun çözüm olduğu savunulmaktadır²⁸⁹. Ancak cezai şart, zarardan dolayısıyla uğranılan zararı ispat yükünün yerine getirilmesinden bağımsız olarak talep edilecek götürü meblağdır (TBK m. 180)²⁹⁰. Bu durumda bir zarara uğraması dahi gerekmesizin ilgili kişiden kararlaştırılan meblağın talep edilebilmesi, menfaat dengesinin girişimci lehine bozulması anlamına gelecektir. Bu sebeple rızanın geri alınmasının sonuçları olmasıyla birlikte isabetli olan rızanın geri alınmasına ilişkin öngörülen cezai şart hükümlerinin geçerli olmadığını ve bu hükümlerin hak yönünden ölçsüz bir sınırlama olduğunu kabul etmektir²⁹¹.

iii. Sözleşmede Açık Rıza Yerine Ücret Ödenmesinin Seçimlik Yetki veya Borç Olarak Öngörülmesi

Kişisel verilerin işlenmesine açık rıza göstermek yerine bir miktar paranın ödenmesi, sözleşmede seçimlik yetki olarak kararlaştırılabilir. Böylece ilgili kişi yalnızca veri işlenmesine rıza göstermeyi aslen taahhüt etmiş olur, hiç rıza göstermez yahut rızayı geri alırsa bir miktar para ödeyerek de borcunu ifa etmiş sayılacaktır²⁹². Ancak seçimlik yetkinin niteliği gereği, rızanın verilmediği hallerde girişimci yine borçlu temerrüdü hükümlerine başvurmak durumunda kalacağından bu alternatifin soruna çözüm olmadığı tespit edilmelidir²⁹³.

Bunun yerine değer ikame etme borcuyla açık rıza gösterme borcu seçimlik borç olarak tasarlanabilir. Seçim hakkı da borçluya bırakılmalıdır. Seçim yapılmazsa borçlu temerrüde düşecektir. Ancak seçim yapıldıktan sonra rızanın geri alınması halinde bu alternatif uyarınca da yine borçlu temerrüdü esaslarına başvurulması gerektiğinden bu çözüm de pratikte bir fark meydana getirmeyecek ve dolayısıyla sorun için bir çözüm getirilmiş olmayacaktır²⁹⁴. Yine seçim hakkı bir kere

²⁸⁹ Schmidt, s. 148, 154 ve 156.

²⁹⁰ Yarg. HGK, T. 17.2.1971, E. 1970/1505, K. 1971/85; Yarg. 13. HD, T. 25.12.1981, E. 1981/7898, K. 1981/8497; Yarg. 15. HD, T. 08.07.2004, E. 2003/6165, K. 2004/3813; Yarg. 23. HD, T. 22.10.2014, E. 2014/5423, K. 2014/6515, çevrimiçi, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası-14.02.2022.

²⁹¹ Nitekim BGB § 327q/3 uyarınca rızanın geri alınması halinde tüketiciye karşı tazminat talebi ileri sürülemeyeceğine yönelik maddenin cezai şart hükümlerini kapsayacağı ifade edilmektedir. Bkz. Akkanat, Direktif, dk. 2:49:54.

²⁹² Görüşün değerlendirilmesine ilişkin bkz. Schmidt, s. 155.

²⁹³ Schmidt, s. 155.

²⁹⁴ Schmidt, s. 155.

kullanıldıktan sonra rızanın geri alınması halinde seçim imkânının canlanması söz konusu olmayacaktır.

Tüm bunlara ek olarak bir miktar paranın ödenmesinin seçimlik yetki yahut borç olarak öngörülmesi, tarafların sözleşmenin kurulması aşamasında başvurabilecekleri bir imkândır. Taraflar arasındaki sözleşmede böyle bir hüküm yer almadığı takdirde bu önerinin tazminatın belirlenmesinde yaşanan zorlukları bertaraf edici bir niteliği olmayacaktır. Bununla birlikte sözleşmenin kurulması aşamasında bir seçim imkânı olarak belirli bir miktar paranın rızaya ikame olarak ödenmesi öngörülmüşse bu hükmün rızanın geri alınması sonrası talep edilecek kullanım karşılığının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması önerilebilecektir²⁹⁵.

Doktrinde tüm veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden kişisel veri karşılığı sağlanan ürünün ücretle karşılığının ödenmesi imkânının sözleşmede kararlaştırılmasa da var olduğunun kabul edilmesi gerektiği savunulmaktadır²⁹⁶. Bu görüş uyarınca rıza geri alındıktan sonra seçimlik borç niteliğinde sözleşme bedeli de ödenmediği takdirde borçlu temerrüdü hükümlerine başvurulabileceği ifade edilmektedir²⁹⁷. Rızanın geri alınmasıyla birlikte kendiliğinden ilgili kişinin borcunun konusu, bir miktar paranın ödenmesine dönüşecektir²⁹⁸. Bununla birlikte söz konusu önerinin rızanın özgür iradeye dayanması niteliğiyle ne ölçüde bağdaştığı tartışmaya açıktır. Kanunda yer almayan ve sözleşmede kararlaştırılmamış, ne kadar olacağı belirsiz bir bedeli ödeme tehdidi karşısında ilgili kişinin rızasının özgür iradesine dayanarak varlığını sürdürmesi mümkün değildir. Ayrıca bu öneri korunmak istenen menfaatlere aykırı bir sonucun yorum yoluyla elde edilmesi anlamına gelecektir. Bunun yerine hukuki belirlilik ve bir temele dayanmak

²⁹⁵ Belirlenmiş meblağın seçimlik borç olarak kaleme alınmış olup olmadığına somut olayın koşulları dikkate alınarak tarafların nitelendirmesinden (ilgili meblağı belirlenmesinden) bağımsız olarak karar verilecektir. Buna ek olarak ilgili meblağın ilgili kişinin dikkatine sunulmamış olması halinde rızanın geri alınması gerekçe gösterilerek ilgili kişiden talep edilmesi mümkün değildir. Bu takdirde şeffaf olmayan bir fiyatlandırma söz konusu olacaktır.

²⁹⁶ **Bijok**, s. 355.

²⁹⁷ **Bijok**, s. 355.

²⁹⁸ *Bijok*, hukuki belirlilik adına bunun kanunda düzenlenmesinin yerinde olacağını da ifade etmektedir. **Bijok**, s. 364.

yönünden daha isabetli olan rızanın geri alınması sonrası zarar giderim talebinin mümkün olduğunun kabul edilmesi görece tercih edilebilecektir²⁹⁹.

d. BGB § 327q: Sözleşmenin Olağanüstü Feshi İmkânı

Girişimcinin tüketiciye karşı rızanın geri alınması sonrası sahip olduğu imkânlar bakımından Alman Medeni Kanunu § 327q'da özel olarak rızanın geri almasının sonuçları düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu'nda çevrimiçi ürün sağlanmasına yönelik sözleşme ilişkilerinde rızanın geri alınmasının, sözleşme ilişkisini etkilemeyeceği açıkça belirtilmiş (BGB § 327q/1)³⁰⁰; bu durumda girişimciye haklı fesih yetkisi tanınarak bu hakkın kullanılmasına dair esaslar belirlenmiştir³⁰¹. Tarafların menfaat durumlarını da göz önünde bulunduran bu hükümde ilgili kişinin rızanın kapsamını daraltması yahut tamamen geri alması ya da veri koruma hukukuna dayanan bir hakkı kullanmasının işleme faaliyetine etki etmesi halinde öncelikle girişimcinin sözleşme ilişkisini sona erdirmeye imkânının gündeme gelebileceği düzenlenmiştir³⁰². Girişimcinin tüketiciye yönelik tazminat

²⁹⁹ Doktrinde rızanın geri alınmasının sonuçlarının düzenlenmesi ihtiyacına vurgu yapılmaktadır. Bu kapsamda: “Konunun yasama organı tarafından düzenlenmesi bir zorunluluk yahut mutlak bir gerekli değildir, çünkü yasanın yorumlanmasına ve konunun içtihatlarla bırakılmak suretiyle yargıya güvenilmesi de mümkündür. Ancak yasama organının sözleşme ilişkisine yönelik çerçeve koşulları-esasları tanımlaması arzu edilir görünmektedir.” Bkz. **Schmidt**, s. 144.

³⁰⁰ Hükümün rızanın geri alınmasının sonuçlarını düzenlediği, rızanın geçersizliğine ilişkin bir düzenleme getirmediği yönünde bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 1.

³⁰¹ BGB § 327q/2 uyarınca: “Tüketici, veri koruma hukuku uyarınca verdiği rızayı geri alırsa veya kişisel verilerinin işleme kapsamına itiraz ederse (veri işleme faaliyetini sınırlandırır) girişimci, kendisini dijital içeriği yahut hizmeti (sürekli yahut nihai olarak) teminle yükümlü kılan sözleşmeyi, veri işleme faaliyetinin yeni kapsamı (rızanın geçerli olduğu kısım) ve tarafların karşılıklı menfaatleri arasındaki denge dikkate alındığında kendisinden sözleşmede belirlenen sürenin sonuna kadar veya kanuni veya sözleşmeye dayalı bildirim süresinin sona ermesine kadar sürdürmesi beklenemezse herhangi bir bildirim süresine uymaksızın sözleşmeyi feshedebilir.” Doktrinde **Metzger**, bu imkânın girişimciye sunulmasını düzenlemeden önce önermiştir. Bkz. **Metzger**, Contract Law 2.0, s. 35. Bu hükmün yürürlüğe girmesinden önce aynı sonuca BGB § 314 uyarınca da ulaşılabilirdi ve veri işleme faaliyetine yönelik sınırlamaların sözleşme ilişkisini haklı sebeple sona erdirmeye imkânını girişimciye tanıyacağı yönünde ayrıca bkz.; **Specht**, JZ, s. 763; **Riehm**, s. 201; **Metzger**, Festschrift, s. 52.

³⁰² İlgili kişi veri koruma hukuku uyarınca sahip olduğu hak sadece rızanın geri alınmasından ibaret değildir (GDPR Art. 4/11). Söz konusu haklar geri almadan ibaret değildir. Bunun dışında GDPR Art. 16-18 ve Art. 21 uyarınca ilgili kişinin sahip olduğu haklar da madde kapsamında atıf yapılan imkânlardır. Bkz. **Sebastian Pech**, “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen-Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil II)”, GRUR-Prax, 2021, s. 549, çevrimiçi-BECK-ONLINE-07.11.2021; **Grüneberg**, Grüneberg, BGB § 327q, N. 1; **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 7.

talebinde bulunup bulunamayacağıysa BGB § 327q/3 uyarınca düzenlenmiştir. Buna göre:

“Girişimci, veri koruma hukuku uyarınca (tüketiciye-ilgili kişiye) tanınan hakların kullanılması yahut bu hakların kullanacağını beyan edilmesi sebebiyle girişimcinin veri işleme faaliyetinde işlemeye konu kişisel verilerin kapsamının sınırlanmasına sebep oluyorsa (bu gerekçeyle) tüketiciden tazminat talebinde bulunulamaz.”

Doktrinde hükümle tüketiciye yöneltilebilecek tüm tazminat taleplerinin önünün kapatıldığı ve bunun sebebinin ilgili kişinin veri koruma hukukundan kaynaklanan hakların kullanmak istediğinde tazminat tehdidi ile karşılaşmaması olduğu ifade edilmektedir³⁰³.

Öncelikle söz konusu hükmün sadece veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından değil aynı zamanda hem veri işlenmesine rıza gösterilen hem de para ödenen yahut sadece para ödenmekle birlikte bir edim yükümlülüğü olarak olmasa da kişisel verilerin işlenmesinin söz konusu olduğu sözleşme ilişkileri için de uygulanacağına işaret edilmelidir³⁰⁴. Alman Medeni Kanunu’nda yer alan bu hükmün verinin karşı edim olduğu hukuki ilişkiler yönünden öngördüğü esasların açıklığa kavuşturulması bu çalışma bakımından hükmün önemli olan yönüdür. Bu çerçevede tüketiciden rızanın geri alınması dolayısıyla tazminat talep edilmesinin mümkün olmayacağı sonucuna ulaşılmalıdır.

Düzenlemenin amacı ilgili kişinin veri koruma hukukuna dayanan haklarını kullanması sonucu veri işleme faaliyetinin etkilenmesi durumunda tüketiciden tazminat talep edip edilemeyeceğinin açıklığa kavuşturulmasıdır. Bu durumda

³⁰³ **Christoph Fellner**, “Neue Regelungen für Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen”, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), 2021, s. 981, N. 24, çevrimiçi, JURIS-05.11.2021. DCD’nin yürürlük tarihinden önce *Schulze*, veri koruma hukuku ve dijital içeriklerin konu edildiği sözleşme ilişkilerini incelediği eserinde geri alma hakkının kullanılmasının sonuçlarına yönelik § BGB 327q uyarınca öngörülmüş esasların geçerli olması gerektiğini savunmuştur (aynen ifa talebinin yahut ikincil taleplerin -tazminat-mümkün olmaması ve sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi imkânı). Bkz. **Schulze**, Datenschutz, s. 136-138. *Schulze*, veri koruma hukuku uyarınca öngörülmüş olan rızanın serbestçe geri alınması hakkının “*pacta sunt servanda*” ilkesine üstün olduğunu açıkça beyan etmektedir. bkz. **Schulze**, Datenschutz, s. 136; Metzger, MüKo, BGB § 327q, N. 1.

³⁰⁴ **Pech**, s. 549. *Pech*, DCD’de veri karşılığı hukuki ilişkilerde rızanın geri alınması yahut veri koruma hukukuna dayanan hakların kullanılmasının sonuçları düzenlenmediği için BGB § 327q hükmüne ilişkin yorumların “DCD’ye uygun” olma zorunluluğu bulunmadığını ifade etmektedir. Bkz. **Pech**, s. 549.

girişimciye tanınan yegâne imkân şayet söz konusu ilişki kendisi için çekilmez hale gelmişse -ki bu noktada veri karşılığı hukuki ilişkilerin çoğu bakımından bu şartın karşılanmış olacağı savunulabilecektir³⁰⁵- sözleşme ilişkisini sona erdirmektir³⁰⁶. Sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik fesih iradesinin açıklanması herhangi bir şekle tabi değildir³⁰⁷.

Tekrar vurgulanmalıdır ki sona erme sebebiyle sözleşmeyi haklı sebeple sona erdirmiş bulunan girişimcinin tüketiciden tazminat talebinde bulunması mümkün değildir³⁰⁸. Hükmün mantık silsilesi takip edildiğinde önce sona erdirmeye imkânı akabinde tazminat taleplerine yönelik düzenlemeye yer verildiği görülecektir. Tüm bunların yanında veri işleme faaliyetinin sınırlanması hiç şüphesiz veri işlemenin artık mümkün olmamasını bir diğer ifadeyle işleme faaliyetinin sona ermesini de kapsayacaktır. BGB § 327q doktrin ve içtihadındaki veri karşılığı hukuki ilişkilere dair görüş ve önerilerin aksi yönünde kaleme alınmıştır³⁰⁹. Hüküm kaleme alınırken DCD'nin yürürlük sürecinde veri koruma hukuku ve kişisel verinin alelade bir meta gibi muamele görmemesi gerektiği yönündeki görüşlerden etkilenildiği anlaşılmaktadır. Kişisel verisinden ekonomik bir menfaat elde eden kişinin durumunun alelade işleme faaliyetlerine rıza gösteren kişinin durumu ile aynı ele alınmasının işin niteliğine uygun düşüp düşmediği tartışmaya açıksa da³¹⁰ girişimcinin sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip olması adil bir çözümdür³¹¹.

³⁰⁵ Girişimcinin fesih hakkının varlığından bahsedilebilmesi için fesihteki menfaatinin tüketicinin sözleşmeyi sürdürmedeki menfaatinden daha ağır basmasını gerektiği savunulmaktadır. Bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 10.

³⁰⁶ Hükmün genel hüküm olan BGB § 314'ün yerine geçen özel hüküm olduğu ve girişimciye olağanüstü fesih imkânı tanındığı yönünde bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 2 ve N. 8. Girişimcinin fesih hakkı bakımından tüketicinin alternatif girişimcilerden aynı-benzer hizmet alabilme imkânının olup olmadığının da değerlendirilmesi gerektiği; özellikle piyasada tek el konumunda olan girişimcilerin sözleşmeyi feshedemeyeceği yönünde bkz. **A.e.**, N. 10.

³⁰⁷ **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 11. Girişimcinin geri almanın akabinde sona erdirmeye hakkını gecikmeksizin kullanmak zorunda olup olmadığı tartışmalıdır. Ayrıntısı için bkz. **A.e.**, N. 11. **Metzger**, hakkın kural olarak bir süreyle sınırlı olmadığını; girişimci sözleşmeyi feshetmekte gecikmişse, bu durumun menfaatlerin dengelenmesi bağlamında dikkate alınabileceğini savunmaktadır. Bkz. **A.e.**, N. 11.

³⁰⁸ **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 12. Avans olarak yapılan ödemeler yahut sağlanan hizmetlere ilişkin iade talebi (sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca/iyiniyetli zenginleşmenin iade borcu esaslarına göre) ileri sürülebileceği yönünde bkz. **A.e.**, N. 12.

³⁰⁹ Alman doktrininde girişimcinin tazminat talep etmesinin menfaat durumuna uygun olduğu yönünde bkz. Arbeitsgruppe-Digitaler Neustart, s. 208; **Leinemann**, s. 220.

³¹⁰ Girişimcinin tazminat taleplerinin tamamen bertaraf edilmesi, günün sonunda bu maliyetin tüketicilere (ilgili kişilere) yansıtılmasına da sebep olacaktır.

³¹¹ **Klink-Straub**, s. 3221, N. 31.

Sonuç itibarıyla kapsamı ve öngördüğü sonuçların sınırları tartışmaya açık da olsa BGB 327q uyarınca veri koruma hukukuna dayanan hakların kullanılmasının, tüketici bakımından bir tazminat yükümlülüğünün doğmasına sebep olmayacağı kabul edilmiştir³¹². Bu ihtimalde girişimciye sözleşme ilişkisini sona erdirmeye imkânı tanınmıştır. Tüketici aleyhine hükmün öngördüğü sonuçların aksinin kararlaştırılmasının mümkün olmadığına da dikkat çekilmelidir³¹³. Örneğin sözleşme kapsamında rızanın geri alınmasının sonuçlarının düzenlenmiş olması ve bir tazminat yahut cezai şart hükmüne yer verilmesi halinde bu sözleşme hükmü geçersiz olacaktır. Yine bu düzenleme, özellikle girişimcinin nihai olarak bir dijital içeriği sunma yükümlülüğünü üstlenmiş bulunduğu sözleşme ilişkileri bakımından kullanım karşılığı talep etmesine yönelik doğrudan bir hüküm içermemektedir³¹⁴. Ancak hükmün gerekçesi incelendiğinde; düzenlemenin BGB § 548 esas alınarak kaleme alındığı ve sadece tazminat taleplerini değil, aynı zamanda sözleşmeye yahut sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talepleriyle vekâletsiz iş görmeye dayanan kazanç devri taleplerini de kapsadığı ifade edilmiştir³¹⁵. Bu takdirde girişimcinin kullanım karşılığı talep edebilmesi de mümkün olmayacaktır³¹⁶.

3. (Açık) Rızanın Geri Alınması Hakkın Kötüye Kullanımı veya Dürüstlük Kuralına Aykırılık Teşkil Edebilir mi?

(Açık) rızanın geri alınmasının hakkın kötüye kullanılması yasağı ve dürüstlük kuralıyla ilişkisi ortaya konulmalıdır. Hakkın kötüye kullanılması yasağı bir hakkın hak ile korunan menfaate hizmet etmeyen şekilde kullanılmasının engellenebilmesi için öngörölmüş bir mekanizmadır (TMK m. 2/2). Bir hakkın

³¹² Bu sebeptendir ki sözleşme uyarınca sona ermenin sonucu olarak götürü bir meblağın ödenmesinin kararlaştırılması (zarardan bağımsız cezai şart talebi yahut zararın varlığı ispat ile birlikte miktarını ispat yükünü bertaraf eden hükümler) da mümkün değildir.

³¹³ **Klink-Straub**, s. 3221, N. 32.

³¹⁴ *Schulze*, kanunda yer alan tazminat kavramının geniş yorumlanması gerektiğini ve sözleşmesel (kullanım karşılığı da dahil olmak üzere) yahut kanuni olarak tüketiciden herhangi bir karşılık talep edilmesinin (dayanağı sebepsiz zenginleşme olacak iade talepleri de dahil olmak üzere) mümkün olmadığını savunmaktadır. Bkz. **Reiner Schulze**, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Handkommentar*, eds. Reiner Schulze, 11. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2021, BGB § 327q, N. 5, çevrimiçi, BECK-ONLINE-07.12.2021 ("Handkommentar").

³¹⁵ **Metzger**, *Festschrift*, s. 54.

³¹⁶ **Schulze**, *Handkommentar*, N. 5; **Metzger**, *Festschrift*, s. 58.

kullanılmasının kullanan kişiye temin edeceği menfaatle bir üçüncü kişiye vereceği zarar arasında aşırı orantısızlık varsa hakkın kötüye kullanılması yasağı devreye girecektir³¹⁷. Hakkın kötüye kullanılması yasağı bir menfaati koruyan ve bu sebeple onu bir hak olarak tanımlayan hukuk kuralının yöneldiği “sosyal ve ekonomik amacın” dışına çıkılmasıdır³¹⁸. Hakkın kötüye kullanılması hukuk doktrininde yerleşik adıyla “müsemma yasaklayıcı ve etkisiz bırakıcıdır”³¹⁹. Hakkın kötüye kullanılmasının sonucu ancak hakkını kullanan aleyhine gerçekleşir. Bu sonuç ise zarara uğrayan kişi/lerin talepleridir³²⁰.

Açık rızanın geri alınabilmesi de ilgili kişiye tanınmış bir haktır ve potansiyel olarak kötüye kullanılmasının mümkün olduğu düşünülebilecektir. Ancak geri alma hakkının karakteristik özelliklerinden biri her zaman geri alınabilir olmasıdır. Bu niteliği uyarınca ilgili kişi lehine hakkın kötüye kullanılması ihtimalini bertaraf eder. Hakkın amacının gerçekleşmesi için öngörülen her zaman geri alınabilir olma imkânı ve hakkın sınırlanması imkânının bulunmaması dikkate alındığında, ilgili kişi aleyhine bu hakkın kötüye kullanımı olarak ele alınabilecek bir durumun tanımlanabilmesi mümkün değildir.

Buna ek olarak genel çerçevede hakkın kullanımına yönelik dürüstlük kuralı uyarınca yahut normun amacına göre sınırlanma imkânının ne ölçüde söz konusu olabileceği de tartışmaya açılacak bir diğer husustur. Geri alma hakkı tanınmasının amacı ilgili kişiyi girişimci karşısında mümkün olduğunca geniş ölçüde korumaktır³²¹. Bu korumayı sağlamanın bir yolu olarak da rızanın serbestçe geri alınabilir niteliğinin her hukuki ilişki bakımından muhafaza edilmesi esası öngörülmüştür. Bu esasın amacına aykırı şekilde dar ele alınması yahut hükmün açık lafzına ve amacına aykırı olarak sınırlandırılması ancak *de lege feranda* bir öneri olabilir. Rızanın geri alınması imkânına yönelik dürüstlük kuralı esaslı girişimci

³¹⁷ Tekinay, s. 170.

³¹⁸ Tekinay, s. 170.

³¹⁹ Tekinay, s. 171.

³²⁰ Tekinay, s. 171; Dural, Sarı, s. 256 vd.

³²¹ GDPR-Dibace 42 son cümle uyarınca da açıkça ifade edildiği üzere rızanın aleyhe bir sonuç doğurmaksızın geri alınabildiği hallerde serbestçe verildiğinden bahsedilebilecektir. Art. 7/3’ün açık lafzı karşısında geri alma imkânının dürüstlük kuralıyla sınırlandırılmasının mümkün olmadığı yönünde bkz. Metzger, MüKo, BGB § 327q, N. 6.

lehine bir sonuca ulaşılabilmesi yine bu gerekçeler ile mümkün görünmemektedir³²². Dürüstlük kuralı uyarınca girişimcinin güvenin korunmasını gerektiren bir hal söz konusu değildir. Bilakis rızasını geri almak hakkının varlığına güvenebilecek kişi tüketicidir. Tüketicinin bilgilerinin geleceğini belirleme hakkı girişimcinin ifa menfaatinden üstün tutulmuştur³²³. Rızanın geri alınmasının akabinde girişimcinin sözleşme ilişkisini haklı sebeple sona erdirme imkânı gündeme gelecektir³²⁴. Girişimcinin rızanın her zaman geri alınabilir niteliğinin farkında olması, haklı sebeple sözleşmeyi sona erdirme imkânını etkilemeyecektir. Sadece geri alma olasılığının bilinmesi fesih hakkının ortadan kaldırılması için yeterli değildir³²⁵.

4. (Açık) Rızanın Kısmen Geri Alınması

Veriye dayalı iş modelleri uyarınca ilgi kişinin gerçekleştireceği faaliyetin kapsamına yönelik ilgili kişinin rızasını kısmen geri alabilmesi de mümkündür. Uygulamada veri işleme faaliyetinin kapsamına yönelik ilgili kişinin ayrı ayrı rıza beyanında bulunması gereken haller söz konusu olabilecektir. Bilindiği üzere uygulamada profillemeye, özel nitelikli kişisel verilerin işlenmesi, yurt dışına yahut üçüncü kişilere aktarım ile alelade veri işleme faaliyetlerinin birleştirildiği birçok iş modeli söz konusudur. Faaliyetlerin her biri için müstakil olarak verilebilen (açık) rızanın aynı şekilde söz konusu işleme faaliyetleri esas alınarak geri alınabilmesi de mümkün olmalıdır. Böylece ilgili işleme faaliyetine yönelik veya işlemenin kapsamına yönelik itiraz sonucu kısmen de olsa (açık) rıza geri alındıktan sonra artık geri alınan rızanın kapsamında kalan veri işleme faaliyetinin hukuki dayanağı ortadan kalkacaktır. Bu sebeple girişimcinin bu kapsamdaki veri işleme faaliyetlerine son vermesi gerekmektedir. 22.11.2021 tarihine kadar geçerli olan *WhatsApp*'in

³²² **Walker**, s. 203; **Buchner, Kühling**, DS-GVO Art. 7, N. 38-40; **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 6. GDPR Art. 7/3 uyarınca özellikle bir sözleşme ilişkisinde rızanın karşı tarafın ifa menfaati teşkil ettiği hallerde, geri alma imkânının dürüstlük kuralı uyarınca sınırlandırılıp sınırlandırılmayacağı tartışmalıdır. Sınırlandırmanın mümkün olduğu yönünde bkz. **Schulz**, DS-GVO Art. 7, N. 57. Türk hukukunda rızanın geri alınmasının dürüstlük kuralı ile sınırlandırılmayacağı yönünde bkz. **Yücedağ**, Açık Rıza, s. 194.

³²³ **Walker**, s. 203. Ayrıca bkz. DCD, Art. 8.

³²⁴ BGB § 327q/2 uyarınca girişimcinin sözleşme ilişkisini sona erdirebileceği yönünde bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 6.

³²⁵ *Walker* görüşünü kira sözleşmesine ilişkin BGB § 536b hükmü uyarınca kira konusundaki kusur ve ayıplara yönelik benzer yaklaşım ekseninde gerekçelendirmiştir. Bkz. **Walker**, s. 205.

Avrupa ülkelerinde geçerli olan gizlilik politikası uyarınca *Facebook*'a *WhatsApp* kullanıcıların verilerinin aktarılmasına rıza gösterilmesi noktasında kullanıcılarının ayrıca rızasına başvurulmuştur. Bu rızanın geri alınması halinde veri işleme faaliyetine bu yönü itibarıyla son verilmesi gerekmektedir³²⁶. Bu gibi durumlarda girişimcinin sahip olduğu hakların neler olabileceği tartışma konusu olacaktır. Alman Medeni Kanunu'nda yer alan düzenlemede bu soruna tarafların menfaat dengesine uygun bir çözüm öngörüldüğü ifade edilmelidir. Daha önce işaret edildiği üzere Alman Medeni Kanunu uyarınca çevrimiçi ürünün teminine yönelik sözleşme ilişkileri bakımından rızanın geri alınmasının sözleşme ilişkisini etkilemeyeceği açıkça düzenlenmiştir³²⁷. Açık rızanın kısmen geri alındığı ve işlemenin kapsamına yönelik sınırlamanın söz konusu olduğu hallerde girişimcinin durumu da düzenlenmiştir. Buna göre:

“...veri işleme faaliyetinin yeni kapsamı (rızanın geçerli olduğu kısım) ve tarafların karşılıklı menfaatleri arasındaki denge dikkate alındığında kendisinden sözleşmede belirlenen sürenin sonuna kadar veya kanuni veya sözleşmeye dayalı bildirim süresinin sona ermesine kadar ilişkiyi sürdürmesi beklenemezse herhangi bir bildirim süresine uymaksızın sözleşmeyi feshedebilir (BGB § 327q/2)”.

Tarafların menfaat durumlarını da göz önünde bulunduran bu hüküm uyarınca ilgili kişinin rızanın kapsamını daraltmasına sebep olan rızanın geri alınması hallerinde öncelikle girişimcinin sözleşme ilişkisini sona erdirmeye imkânının mevcut olup olmadığı, durumun koşulları ve taraflar arasındaki ilişkinin şartları esas alınarak

³²⁶ “Eğer mevcut bir kullanıcıysanız, Facebook reklam ve ürünleriyle ilgili deneyiminizin iyileştirilmesi amacıyla WhatsApp hesap bilgilerinizin Facebook’la paylaşılmamasını seçebilirsiniz. Güncellenmiş Koşullar ve Gizlilik Politikamızı kabul etmiş olan mevcut kullanıcılarımızın, Ayarlar> Hesap’a giderek seçim yapmak için ek olarak 30 günleri vardır” Bkz. Çevrimiçi, <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy?lang=en> -22.12.2021. Ancak WhatsApp İrlanda veri koruma otoritesi tarafından kendisine uygulanan para cezası sonrası Avrupa Bölgesi için geçerli gizlilik politikasını değiştirmiştir. bkz. Çevrimiçi, <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy-eea#privacy-policy-key-updates> -22.12.2021. Yeni politikada böyle bir imkân yer almamaktadır. Karar doğrultusunda veri aktarım esasları uyarlanmıştır (22.11.2021 tarihli değişiklik hariç olmak üzere WhatsApp ile Facebook arasındaki veri aktarımına ilişkin WhatsApp gizlilik politikası hakkında ayrıntılı bilgi için ayrıca bkz. **Yücedağ, Aşkoğlu, Akkanat-Öztürk**, Lexpera Blog), Başlık I. WhatsApp’ın Avrupa Bölgesi olarak uygulama alanını belirlediği politikasının uygulandığı ülkeler için ayrıca bkz. çevrimiçi, <https://faq.whatsapp.com/general/security-and-privacy/who-is-providing-your-whatsapp-services> -22.12.2021.

³²⁷ BGB § 327q/1.

belirlenecektir. Şayet taraflar arasındaki ilişkinin sona ermeyeceği sonucuna varılırsa girişimci, işleyebileceği verilerin kapsamının sınırlanmasına sebep olan bu geri almanın sonucunda tüketiciden uğradığı zararı tazmin etmesini talep edemeyecektir. Bir diğer ifadeyle bu takdirde girişimci tüketiciden tazminat talebinde bulunamayacaktır (BGB § 327q/3).

Hükmün adil bir denge kurma amacını taşıdığı ifade edilebilir. Bu kapsamda rızanın kısmen geri alınması ve bunun işleme faaliyetine etki etmesi ihtimalinde girişimcinin sözleşme ilişkini sürdürmesi gerektiği kanaatine ulaşıldığı takdirde ilgili kişiden tazminat talep edemeyecek olması makul bir çözümdür. Bunun yanında işleme faaliyetinin sınırlanmasının, girişimcinin ifa menfaatlerine olumsuz etkisinin hesap edilmesi de büyük zorluk teşkil etmektedir. Bu yönüyle sonucu olmayan yahut spekülatif tazminat taleplerine kapı aralamak yerine taraf menfaatlerine ilişkin bir denge öngörmüş bulunan bu çözüm benimsenmiştir³²⁸.

II. Kişisel Veri Karşılığı Elde Edilen Edimin Gereği Gibi İfa Edilmemesi ve İlgili Kişinin Hakları

Veri karşılığı elde edilen edim, gereği gibi ifa edilmeyebilir. Bu durumda tüketicinin sözleşmeye aykırılık esasları uyarınca birtakım haklarını kullanması gündeme gelecektir. Daha önce de ifade edildiği gibi uygulamada çok çeşitli veri karşılığı sözleşme modeli mevcuttur. Bu sebeple bu bölüm kapsamında veri karşılığı hukuki ilişkilerde edimin gereği gibi ifa edilmediği ihtimallerin tek tek incelemesi imkân dahilinde olmadığı gibi çalışmanın amacı kapsamında da değildir. Kişisel verinin karşı edimine yönelik borca aykırılık hallerinin neler olduğu yahut borca aykırılık hükümlerine başvurma şartları incelenmeyecektir. Bu bölüm kapsamında girişimciye karşı ilgili kişinin sahip olduğu hak yahut imkânlar da bir bütün olarak değerlendirmeye tabi tutulmayacaktır. Bu bölümde kişisel veri karşılığı bir sözleşme ilişkisine taraf olunması durumunda ilişkinin bu niteliğinin sözleşmeye aykırılık esaslarına etkisi üzerinde durulacaktır.

³²⁸ Doktrinde hükme ilişkin ilk değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Fellner**, s. 981, N. 24.

Kişinin ücret ödeyerek elde ettiği menfaatlerden farklı olarak bir edimi kişisel veri karşılığı elde etmesinin ilgili kişinin hakları ile bu durumun sözleşmeye etkisi değerlendirilecektir. Bir diğer ifadeyle borca aykırılığın sonuçları, karşı edimin kişisel veri olmasından nasıl etkilendiği değerlendirilecektir. Değerlendirmenin hareket noktası taraflar arasındaki ilişkinin özellikleri olacaktır. Buna ek olarak kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin “düzenlendiği” DCD ve bu düzenlemeyi iç hukuklarına aktaran üye ülke mevzuatları esas alınarak bu özelliklere ne ölçüde uygun oldukları değerlendirilecektir.

A. 2019/770 Sayılı Direktif Uyarınca Tüketicinin Hakları

1. 2019/770 Sayılı Direktif’in Amacı ve Yaptırım Sistemi

DCD’nin varlık amacı bir çevrimiçi ürünün kişisel veri karşılığı temin ediliyor olması ile para karşılığı temin edilmesinin farklı esaslara tabi olmasının engellenmesidir³²⁹. Bu sebeple özellikle kişisel verilerin çevrimiçi ürün karşılığı kullanılmasına rıza gösterilmiş olması halinde ilgili edimin para olduğu durumdan farklı esaslara -özellikle daha zayıf bir korumaya- tabi olmamalıdır. Bununla birlikte DCD’de öngörülen yaptırımların bu koruma amacıyla ne ölçüde uyumlu olduğu tartışma konusu edilebilecek niteliktedir³³⁰.

DCD uyarınca girişimcinin borcunu gereği gibi ifa etmemesine ilişkin imkânlar kararlaştırılan zamanda (*failure to supply*)³³¹ ve nitelik (*lack of conformity*)³³² yönünden gereği gibi ifa etmeme hali için ayrı maddeler halinde düzenlenmiştir³³³. DCD uyarınca sözleşmeye aykırılığın sebebinin, sahip olunan haklar üzerinde etkisi olacağı vurgulanmalıdır. Bu noktada borca aykırılığın, yaptırıma etki ettiği bir düzenleme biçiminin benimsenmiş olduğu ifade edilebilecektir. Girişimcinin dijital ürünü kararlaştırılan zamanında ifa etmemesi

³²⁹ DCD-Dibace 24.

³³⁰ **Bedir**, s. 39.

³³¹ DCD-Art. 13; Art. 15-18.

³³² DCD-Art. 14-18.

³³³ DCD kapsamında Avrupa Birliği düzeyinde ilk defa sözleşmeye uygunluk kistası-“*conformity*”, bu şekilde düzenlenmiştir (objektif-sübjektif) kullanılmıştır. Bkz. **Staudenmayer**, 2019/770 Art. 6, N. 18. Sübjektif uygunluk, sözleşme şartlarına uygunluğu ifade ederken-“*conform with the contract*”; objektif uygunluk DCD-Art. 8’de öngörülmüş dijital ürünün sözleşmeden bağımsız olarak taşınması gereken kanuni koşullara uygun olmasını ifade etmektedir. Bkz. **A.e.**, N. 20-21.

halinde tüketici, ifanın sözleşmeye uygun olarak gerçekleştirilmesini talep etme³³⁴ ve şayet bu talebi karşılıksız kalırsa sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahiptir³³⁵.

Sözleşmenin sona erdirilmesi halinde ilişkinin niteliğine göre diğer bir ifadeyle bir hizmetin sürekli sağlanmasına yahut bir ürünün nihai olarak tüketiciye sunulmasına göre tüketicinin -şayet ödemişse- ödediği bedelin tamamının yahut bir kısmının iade edilmesi esası öngörülmüştür³³⁶. Sözleşme ilişkisinin sona ermiş olması sebebiyle girişimci, dijital ürünü tüketici tarafından erişilemez hale getirebilir veya tüketicinin kullanıcı hesabını devre dışı bırakarak dijital ürünün tüketici tarafından daha fazla kullanılmasını engelleyebilir³³⁷. Bunun yanında tüketicinin de ilgili dijital üründen istifade etmeyi bırakması³³⁸, ayrıca dijital içerik ile birlikte bir taşınır eşya da tüketiciye temin edilmişse bunun da masrafları girişimciye ait olmak üzere girişimciye derhal iadesi gerekmektedir³³⁹. Sözleşmenin sona erdiği tarihe kadar gerçekleştirilen kullanım için ise tüketicinin bir ücret -kullanım karşılığı- ödemeyeceği hüküm altına alınmıştır³⁴⁰. Buna ek olarak *Dibace 73*'de tüketicinin, borcun gereği gibi ifa edilmemesi dolayısıyla (olumlu zarar) uğradığı zararın giderilmesine ilişkin ulusal hukuk düzenlemelerinin, geçerli olduğu belirtilmiştir.

³³⁴ Düzenleme onarım yahut yenisiyle değiştirme hakkından değil, "dijital içerik yahut hizmetin sözleşmeye uygun hale getirilmesinden (*digital content or digital service brought into conformity*)" bahsetmektedir (DCD-Art. 13/14). Bu kapsamda tüketicinin değişim yahut onarımı tercih etme imkânı olmadığı kabul edilmektedir. Bunun yerine hüküm, eksikliğin giderilmesinin en uygun yolunu seçmeyi girişimciye bırakmaktadır. Bu yaklaşım dijital ürünün teknik yönünden (*yazılım*) kaynaklanmaktadır. Dijital ürünün eksikliklerinin, uygunsuzluklarının giderilmesinin onarım mı yoksa değiştirme mi olduğu her ürünün niteliğine göre farklılık gösterecektir. Bu sebeple her ürün için hem onarım hem de değişim hakkının öngörülmesi işlevsiz olacağından uygun hale getirme yükümlülüğü öngörülmesi tercih edilmiştir. Bkz. **Beate Gsell**, EU Digital Law-Article-by-article Commentary, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, 2019/770 Art. 14, N. 20. Nitekim girişimcinin ürüne ilişkin daha bilgili olacağına *Dibace 59* uyarınca da dikkat çekilmiştir. Bkz. DCD-*Dibace 59*/ilk cümle.

³³⁵ DCD-Art. 13. Maddenin ikinci fıkrası ise tüketicinin gereği gibi ifayı talep etmeksizin sözleşme ilişkisini sona erdirebileceği halleri düzenlenmektedir. Bu hüküm uyarınca durumun koşulları gereği yahut beyanı uyarınca girişimcinin borcunu ifa etmeyeceğinin açık olması ya da taraflar açıkça borcun belirli bir zamanda ifa edilmesini sözleşmede kararlaştırmış yahut durumun koşullarından belirli bir zamanda ifa edilmesinin gerekliliği anlaşılıyorsa tüketici sözleşmeyi derhal sona erdirebilir. Bkz. DCD-Art. 13/2.

³³⁶ DCD-Art. 16/1.

³³⁷ DCD-Art. 16/5.

³³⁸ DCD-Art. 17/1.

³³⁹ DCD-Art. 17/2.

³⁴⁰ DCD-Art. 17/3. Bu hüküm sebebiyle sözleşme ilişkisinin -girişimcinin edimi ani edim teşkil ettiği haller için- geriye etkili sona ermesi esası benimsendiği bu sebeple söz konusu düzenlemenin yapıldığı savunulabilecektir.

İlgili gerekçe hükmü uyarınca (*Dibace 73*), girişimcinin, borcunu gereği gibi ifa etmediği hallerde tüketicinin uğradığı zararlardan sorumlu olması ilkesi, dijital ürünlerin tedarikine ilişkin sözleşmelerin önemli bir unsuru olduğu; bu sebeple tüketicinin tazminat talep imkânına sahip olması gerektiği; zararın içeriğinin olumlu zarardan oluştuğu; bu tür bir tazminat talep imkânı hali hazırda tüm üye devletlerde mevcut olduğundan, DCD, kapsamında ayrıca düzenlenmediği³⁴¹ ve bu DCD'nin, tüketicinin tazminat taleplerine halel getirmediği açıklanmıştır³⁴². Sonuç itibarıyla tüketicinin zaman bakımından gereği gibi ifa edilmeyen haller için tazminat talep etme imkânı da bulunmaktadır³⁴³.

Girişimcinin dijital ürünü sözleşme koşullarına uygun ifa etmediği³⁴⁴ hallerde tüketicinin aynen ifayı talep etme ve şayet bu talebin gerekleri yerine getirilmezse sözleşme bedelinde uygun miktarda bir indirim (bedelde indirim) yahut sözleşmeye aykırılık teşkil eden hal önemli bir eksiklik/aksaklık değilse sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahiptir³⁴⁵. Bu aykırılık hali için de yine tüketicinin tazminat talep etme imkânının saklı olduğuna dikkat çekilmelidir³⁴⁶.

İki aykırılık hali arasındaki sınırın çizilmesi bu çalışmanın konusunu oluşturmaz. Ancak bu ayrım sahip olunan haklara etki ettiği için ayrıma dair bir çerçeve çizilmesi ihtiyacı kendisini göstermektedir. Satım hukukunda da nicel saptamalar -çok az yahut çok fazla edimin ifası-, edimin niteliğindeki eksikliğin

³⁴¹ Tüketicinin (ilgili kişi) sahip olduğu imkânlar yönünden girişimci kusursuz sorumluluk esasları uyarınca sorumlu olacaktır. Ancak tazminat talebi için kusurun bir şart olup olmadığı her ülke hukuku bakımından farklı olabilecektir. *Dibace 73* uyarınca da açıklığa kavuşturulduğu üzere tazminatın şartları her üye ülkenin iç hukuku uyarınca belirlenecektir.

³⁴² DCD-Dibace 73.

³⁴³ Buna ek olarak DCD-Art 3/10 uyarınca üye devletlerin sözleşmenin sona ermesine ilişkin tazminat düzenlemeleri yapma yetkisinin bâki olduğunun ayrıca altı çizilmiştir.

³⁴⁴ DCD uyarınca sübjektif uygunluk kıstasının ağırlıklı olduğu görülmektedir. **Staudenmayer**, 2019/770 Art. 6, N. 24. Bu kapsamda girişimcinin, tüketicileri dijital içeriğin tanımı ve nitelikleri hakkında yeterince bilgilendirdiği sürece, sözleşmenin uygunluk gerekliliklerini yerine getirmiş kabul edileceği, bunun tüketicinin konumunu zayıflattığı yönünde bkz. **Bedir**, s. 40. Objektif ve sübjektif sözleşmeye uygunluk kıstasına ilişkin eleştiriler için ayrıca bkz. **Spindler**, ERCL, s. 196 vd.; **Staudenmayer**, 2019/770 Art. 6, N. 22 vd. Sözleşmenin girişimcinin borçlarını konu alan hükümlerinin kasten kapsam ve anlam yönünden belirsiz hazırlandığı yönünde bkz. **A.e.**, 2019/770 Art. 6, N. 24.

³⁴⁵ DCD-Art. 14. Tüketicinin Art. 14/5, a-e-d bentleri uyarınca tüketici derhal bedelde indirim yahut sözleşmenin sona erdirilmesi hakkını kullanabilir. Bu bentler kapsamına giren haller, tüketicinin aykırılığın giderilmesini beklemek zorunda kalmama konusunda meşru bir menfaatinin olduğu başlıca haller olarak nitelendirilmektedir. Bkz. **Gsell**, 2019/770 Art. 14, N. 44.

³⁴⁶ DCD-Dibace 73 ve Art. 3/10.

kullanım imkânını tamamen ortadan kaldırdığı haller yahut ifa taahhüt edilenden başkasının ifa edilmesi, sürekli borç ilişkileri adına gündeme gelen hizmet-içerik kesintileri, güncellemelerin yapılmamasının hangi aykırılık kapsamında değerlendirilmesi gerektiği tartışmalıdır³⁴⁷.

Güncellemelerdeki (*up-dates*) ve nicelikteki aksaklıkların Art. 14 kapsamında yer aldığı açıkça düzenlenmiştir³⁴⁸. *Dibace 51*'e göre kısa dönemli içerik-hizmet aksaklıkları da Art. 14 kapsamındadır³⁴⁹. *Aliud* ifa ve sözleşme şartlarına tamamen aykırı bir içerik-hizmet temini halinin de sözleşmeye uygunsuzluk olarak nitelendirilmesi ve Art. 14 kapsamında ele alınması gerektiği savunulmaktadır³⁵⁰. Bu kapsamda DCD-Art 13 uyarınca “ifa edilmemenin”, lafzen ele alındığı ifade edilebilir. Girişimcinin sözleşmede yer alan hiçbir koşulu taşımayan bir edimi ifa etmiş olması halinde de bir ifanın var olduğu kabul edilmektedir³⁵¹. Bu görüşün savunulmasındaki temel düşüncenin hak sahibinin sahip olduğu imkânların sözleşmeye uygun olmayan ifa hali için daha geniş olması kuvvetle muhtemeldir³⁵². Ancak sözleşme uyarınca taşınması gereken hiçbir özelliği taşımayan bir ürün için ne şekilde bedelde indirim imkânına başvurulmasının nasıl mümkün olabileceği tartışmaya açıktır³⁵³.

2. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Özel Hükümleri

DCD'nin amacı kişisel veri karşılığı dijital ürün temin eden tüketicilerle kişisel veri karşılığı temin edenlerin aynı hükümlere tabi olmasıysa da düzenlemenin özellikle yaptırım sistemi itibarıyla ücret (para) karşılığı edim esasına dayandığı tespit edilmelidir. Tüketicinin kişisel veri karşılığı edim elde ettiği hallerde, ilişkinin bu özelliğinin taraflar arasındaki sözleşmeye ne şekilde etkisi olacağı sorusu doğrudan cevaplanmamıştır. Kural koyma tekniği yönünden isabeti tartışmaya açık

³⁴⁷ Gsell, 2019/770 Art. 14, N. 12.

³⁴⁸ DCD-Art. 7/d ve 8/2, Ayrıca bkz. DCD-Dibace 44.

³⁴⁹ Dibace 51; ayrıca bkz. Gsell, 2019/770 Art. 14, N. 14.

³⁵⁰ Gsell, 2019/770 Art. 13, N. 15 ve Art. 14, N. 15.

³⁵¹ Gsell, 2019/770 Art. 14, N. 15.

³⁵² Tüketicinin uygun bir bedel indirimi de talep edebilmesini temin etmek adına bu görüşün savunulduğu düşünülmektedir.

³⁵³ DCD-Art. 14/5 uyarınca ifa edilen ile ifa edilmesi gereken dijital hizmet yahut içeriğin arasındaki değer farkı bu durumda sözleşme bedeli ile eşit olacak ve bedelde indirim de sözleşmenin sona erdirilmesi gibi sonuçlar doğurmuş olacaktır.

olmakla birlikte *Dibace 67*'de kişisel veri karşılığı sözleşmelerde, sözleşmeye uygun olmayan bir dijital ürün ifasına dair özellikli bir hüküm yer almaktadır³⁵⁴.

Dibace 67 uyarınca dijital içeriğin veya dijital hizmetin bir bedel karşılığında değil de kişisel veri karşılığı tüketiciye sağlandığı hallerde sözleşmeye aykırılığın önemsiz olduğu durumlarda da tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmeye hakkı bulunduğu işaret edilmiştir³⁵⁵. Aksi takdirde tüketicinin sözleşmeye aykırılık karşısında herhangi bir yaptırıma başvurmasının mümkün olmadığı bir hal ortaya çıkacağı ve bu durum düzenlemenin amacına aykırı olduğu ifade edilmiştir. *Dibace 67*'de kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinde bedelde indirim imkânının bulunmadığının da altı çizilmiştir³⁵⁶. Ayrıca tüketicinin hem bir ücret ödediği hem de kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterdiği hallerde tüketicinin, ücret karşılığı sözleşmeler için öngörülmüş bulunan tüm haklara sahip olduğu gibi önemsiz uygunsuzluklar-“*minor lack of conformity*” için de sözleşmeyi sona erdirebileceği ifade edilmiştir³⁵⁷.

Sözleşmeyi sona erdirmeye yönelik beyanın sonuçlarına ilişkin öngörülmüş bulunan Art. 16/2 uyarınca da sözleşmenin sona ermiş olması dolayısıyla girişimcinin GDPR uyarınca öngörülmüş yükümlülöklere uyması gerektiği düzenlenmiştir³⁵⁸. Sonuç itibarıyla tüketicinin veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden sözleşmede kararlaştırılan özellikleri taşımayan bir nevi ayıplı ürün için girişimciye karşı sadece aykırılığın giderilmesini talep edebilecek ve şayet bu talebi

³⁵⁴ Gerekçeler düzenlemenin aslı olmadığından bir hakkı bertaraf eden düzenlemenin, bizzat kendisinde yer alması umut edilirdi. Ancak üye devletlerin konuya dikkatini çekmek için hiçbir düzenleme yapılmamasındansa en azından gerekçede de olsa konuya temas edilmiş olması tercih edilecektir.

³⁵⁵ DCD-Dibace 67; Aynı yönde bkz. **Gsell**, 2019/770 Art. 14, N. 60.

³⁵⁶ DCD-Dibace 67/2. cümle.

³⁵⁷ DCD-Dibace 67/3 ve 4. cümle. Bedelde indirim hakkının niteliği gereği bir ücret karşılığı (bedel/para) sözleşmeler yönünden uygulanacağı ve kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinin niteliğine uygun düşmediği yönünde ayrıca bkz. **Dirk Staudenmayer**, “Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht-Verträge über digitale Inhalte”, NJW, 2019, s. 2499, çevrimiçi, BECK-ONLINE-24.11.2021 (“NJW”). Bedelde indirim imkânının veri karşılığı hukuki ilişkilerin de niteliğine uygun olduğu ve tüketicinin bu haktan yoksun bırakılmasının talihsiz olduğu da savunulmaktadır. Bu hakkın tanınmasının kişisel verilere dayalı olarak hızla büyüyen veriye dayalı iş modellerinin mali temelleri hakkında fikir verebileceği savunulmaktadır. Bununla birlikte en azından önemsiz ayıplar için de sözleşmeyi sona erdirmeye imkânı tanınmasının bu eksikliği telafi edici olduğu da ifade edilmiştir. Bkz. **Sattler**, CR, s. 152-153.

³⁵⁸ DCD-Art. 16/2: “In respect of personal data of the consumer, the trader shall comply with the obligations applicable under Regulation (EU) 2016/679.”

yerine getirilmezse yahut talebin yerine getirilmesi mümkün değilse sözleşmeyi sona erdirmeye imkânına sahip olacaktır. İlişkinin niteliği gereği ödenen ücrette indirim talep edebilmesi mümkün değildir. Bu kapsamda sözleşmenin sona erdirilmesine yönelik beyanıysa aynı zamanda veri işlemeye yönelik rızanın geri alındığı anlamına da gelecektir³⁵⁹.

3. 2019/770 sayılı Direktif'in Kişisel Verilere İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi

Avrupa Birliği düzenlemeleri, ilgili düzenleme ile korunması hedef tutulan menfaat grubu esas alınarak değerlendirmeye tabi tutulmalıdır. Avrupa Birliği düzenlemelerinde, korunacak kişinin hukuki durumuyla ilgili olağan rejimden ayrılan hususlar düzenlenmekle yetinilir. Ancak veri karşılığı hukuki ilişkinin olağan rejimi olmadığı için Direktif (DCD) ile ilgili göze çarpan ilk husus düzenlemenin içerdiği boşluklardır.

DCD uyarınca, Direktif'in amacıyla uyumlu olarak kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde borca aykırılığın esaslarını, tüketici yönünden ayrıca düzenlemek yerine, karşılığın parayla ödenen hukuki ilişkileri merkeze alan bir düzen öngörülmüştür. Bunun bir sonucu olarak da her üye devlet nezdinde farklı çözümlerin öngörülmesi ve farklı sonuçların ortaya çıkacak olması kaçınılmazdır. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından DCD kapsamında tüketici lehine öngörülmüş bulunan tek yaptırım sözleşmeyi sona erdirmeye imkânıdır. Bunun yanında doğrudan düzenleme kapsamında yer almasa da dolaylı olarak tazminat taleplerinin mümkün olacağına dikkat çekilmiştir. Doktrinde bu durum eleştiriye tabi tutulmuş ve tüketicinin bedelde indirime benzer şekilde belirli verilerine erişimi kısıtlama imkânı olmasının uygun olacağı savunulmuştur³⁶⁰.

Bu öneri makul ve uygulanabilir olmaktan uzaktır. Veri karşılığı hukuki ilişkilerde işleme mekanizmasının teknik olarak nasıl çalıştığı ve hangi verilerin ne şekilde değerlendirildiği tüketici tarafından bilinebilir değildir. Hangi verilerine erişimi sınırlamasının girişimci için bir önemi olduğu başka bir bilinmezdir. Bunun

³⁵⁹ **Christian Twigg-Flesner**, EU Digital Law-Article-by-article Commentary, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, Art. 16, N. 34, ("Commentary").

³⁶⁰ DCD taslak halinde iken ileri sürülen bu görüşün ayrıntısı için bkz. **Bedir**, s. 43.

dışında dijital ürünün sözleşme gereklerine uygun sağlanmadığı süre zarfında, kişisel verilerin işlenmesinin de durdurulmasını talep etme imkanının olması önerilmektedir³⁶¹. Tüketicinin haklarının aktif korunması adına alternatif olabilecek bu çözümün ise DCD kapsamında yer almadığı ifade edilmelidir. Bu yönüyle bu çözüm DCD'nin öngördüğü sistem bakımından ancak *de le ge ferenda* bir öneri olarak değerlendirilebilir³⁶².

Buna ek olarak kişisel veri karşılığı ilişkiler bakımından sona erdirmeye beyanının ilişkiye etkileri ve sonuçları da esasında düzenlenmeye muhtaç bir alandır. Kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermiş bulunan kişinin sözleşmeyi sona erdirmesi, esasında kişisel verilerinin işlenmesine yönelik rızasını da geri alması anlamına gelmektedir³⁶³. Rızanın geri alınmasıysa hüküm ve sonuçlarını kural olarak ileriye etkili doğuracaktır. Bununla birlikte bir dijital/çevrimiçi ürünü elde etmek için kişisel verilerin işlenmesine rıza gösteren taraf, bu menfaati elde edememiş olacaktır. Bunun aksine girişimci ise taraflar arasındaki ilişkide sözleşme ilişkisi sona erene kadar kişisel verileri kısmen de olsa işleyerek ilişkiden elde etmeyi umduğu menfaati elde etmiş olacaktır. Sözleşme ilişkisinin geriye etkili sona ermesi ve tasfiyesinin mümkün olmayacağı daha önce ifade edilmiştir³⁶⁴. Bu takdirde sözleşmenin zamanında ifa edilmemesiyle sözleşmeye uygun (ayıplı) ifa edilmemesi ve sözleşmede girişimcinin ediminin ani yahut sürekli olması da göz önünde bulundurularak sona erdirmeye beyanının sonuçları ele alınmalıdır.

Hiç ifa edilmeme hali, söz konusu olduğunda girişimcinin ediminin niteliğinden bağımsız olarak ilgili kişi sözleşme ilişkisini sona erdirmeye yönündeki iradesinin, iradenin açıklandığı ana kadar gerçekleştirilen işleme faaliyetlerinin hukuka uygun niteliğini de bertaraf edeceği kabul edilmelidir. Bununla birlikte gerçekleştirilen işleme faaliyetleri neticesinde girişimcinin elde ettiği menfaatlerin tamamen ilgili kişiye iadesinin öngörülmesi uygun ve uygulanabilir olmayacaktır. Veriye dayalı iş modeli uyarınca kişisel verinin tek başına değerinin ve bu veriye

³⁶¹ **Bedir**, ERCL, s. 363. Şüphesiz bu öneri DCD'yi iç hukukuna aktaracak ülkeler için yol gösterici mahiyettedir. Ancak DCD bakımından *de le ge ferenda* bir öneridir.

³⁶² Bununla birlikte DCD-Art. 22/1 uyarınca DCD'nin asgari standartları öngörülmüştür. Bu sebeple tüketici lehine olan bu teklifin üye devlet hukuklarında yer almasının DCD'nin iç hukuka aktarılmasında bir geçerlilik sorunuyla karşılaşmayacağı ifade edilmelidir.

³⁶³ **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 34.

³⁶⁴ Üçüncü Bölüm/I./A.

dayanılarak elde edilen menfaatin tam olarak tespit edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple gerçekleştirilen hukuka aykırı işleme faaliyeti için tabiri caizse bir kullanım bedelinin ilgili kişiye ödenmesi uygun düşecektir. Bunun dışında ilgili kişinin ayrıca uğradığı bir zarar varsa -özellikle manevi- bunun giderilmesi de talep edilebilecektir.

Sözleşmeye uygun bir ürün sağlanması söz konusu değilse bu takdirde girişimcinin ediminin niteliği, sona erme beyanının ilişkiye etkisi bakımından değilse de ilgili kişinin girişimciye karşı yükümlülükleri yönünden etkili olacaktır. Öncelikle girişimcinin edimi yönüyle ani edimli hukuki ilişkilerde DCD, sözleşmenin sona ermesi halinde ilgili kişinin (tüketici) ürünü iade etmesi gerektiği düzenlenmiştir. Ayrıca ilgili içeriğe erişiminin engellemesi için girişimcinin birtakım önlemler alabileceği düzenlenmiştir³⁶⁵. Ancak bu hüküm de karşılığı para ile ödenmiş bulunan ilişkiler esas alınarak kaleme alınmıştır. Hüküm bu haliyle veri karşılığı hukuki ilişkiler için doğrudan uygulanabilir olmaktan uzaktır. Bu takdirde sözleşmenin sona erdiği ana kadar kişisel verileri işleyebilecek olan girişimciye kötü ifa edilmiş edimin ilgili kişi tarafından iade edilmesi gerekecektir. Girişimcinin, sona erme beyanından sonra ilgili verilerden menfaat elde edemeyecekse de sona erme öncesinde elde ettiği menfaatlerin ne şekilde tasfiye edileceği düzenlenmemiştir. Bu durumda uygun olan ilişkinin her halükârda ileriye etkili sona erdiğini kabul etmektir.

Doktrinde ilgi kişinin bir iade borcu altında olmaksızın ilgili ürünü kullanmaya devam etmesi dahi önerilmektedir³⁶⁶. Bu durumda sözleşme ilişkisinin geriye etkili sona ermesi ve tasfiyesi esasının benimsenmesi yerine, sona erdirmeye beyanının ileri etkili olması ve rızanın geri alınmasının da ileriye etkili olması kabul edilmelidir. Bununla birlikte ürünün iade edilmemesi ve girişimcinin işlediği kişisel veriler için ürünün tüketicide kaldığının ve üründeki aksaklık dikkate alarak, ilgili

³⁶⁵ DCD-Art. 16/5.

³⁶⁶ Bu kapsamda ilgili kişinin verilerinin kolayca kopyalanabilir, takma isim haline getirilebilir (*pseudonymised*) ve üçüncü kişilere aktarılabilir olduğuna dikkat çekilmektedir. Veriler zaten üçüncü taraflara aktarılmışsa, verilerin girişimci tarafından silmesi imkânı olmayabileceği gibi bu mümkün de olmayabilir. İlgili kişinin bilgisi dışında verilerinin üçüncü kişilerce kullanılabilme ihtimali yüksek olduğu için ilgili kişinin sözleşme sona ermiş olmasına rağmen ilgili içerik yahut hizmetten yararlanması önerilmektedir. Bu görüşün ayrıntısı için bkz. **Christian Twigg-Flesner**, “Disruptive technology-disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) Law”, *European Contract Law and the Digital Single Market. The Implications of the Digital Revolution*, ed. Alberto De Franceschi, Cambridge, Intersentia, 2016, s. 41, (“Contract”); **Bedir**, ERCL, s. 364.

kişinin ürün için bir karşılık ödemesi düşünülebilecektir. İlgili kişinin ayrıca uğradığı bir zarar varsa -özellikle manevi- bunun giderilmesi de talep edilebilecektir. Şayet DCD kapsamında iade borcu öngörülmüş olması sebebiyle yine de ilgili ürünün iade edilmesi -silinmesi yahut ilgili kişinin erişimine kapatılması- esası benimsenecekse de bu takdirde yine girişimcinin üründeki aksaklık ve üründen istifade edilmesi süresi dikkate alınarak bir karşılık ödemesi uygun düşecektir.

Girişimcinin edimi de sürekli borç niteliğindeyse bu takdirde dijital üründen istifade edilmiş olunan sürenin iadesi mümkün olmayacaktır³⁶⁷. Bu takdirde sona erdirme beyanı yine ileriye etkili olacaktır. Bununla birlikte yine girişimcinin tüketiciye üründeki aksaklık ve üründen istifade edilme süresi dikkate alınarak bir karşılık ödemesi uygun düşecektir. Keza ilgili kişinin uğradığı ayrıca bir zarar varsa -özellikle manevi- bunun giderilmesi talep edilebilecektir.

Son olarak taraflar arasındaki sözleşme ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen ilgili kişinin ürünü kullanma imkânının devam etmesine yönelik görüşün somut olayın özellikleriyle uygunluğu değerlendirilmelidir. Öncelikle bu görüş uyarınca sona eren sözleşmenin yerini karşılıksız bir hukuki ilişkinin -yine bir sözleşme- alacağının ifade edilmeye çalışıldığı düşünülmektedir. Bu kapsamda ilgili kişinin verilerinin işlenmesine son verilmesine karşın, söz konusu ürünü kullanmaya devam etmesi öngörülmektedir³⁶⁸. Bu görüş tüketicinin girişimciyle arasındaki ilişkiye yönelik sona erdirme iradesi karşısında taraf iradesiyle uyumlu değildir. Bunun yanında ilgili kişinin üründen istifade ediyor olmasının karşılıksız gerçekleşiyor olması, ürüne ilişkin şikayetlerin sona erdiği anlamına gelmeyecektir. Aksine taraflardan girişimci, borcunu gereği gibi ifa etmediği için hukuki ilişki tüketici tarafından sona erdirilmiştir. Taşınması gereken özellikler taşımayan ve tüketicinin taleplerine uygun olmayan bir ürünün kullanılıyor olmasının ilgili kişinin menfaatlerine katkı sunan bir yönü yoktur. Kaldı ki bu takdirde ilgili kişinin verilerinin işlenmesinin neticelendirilmesi ve sözleşme ilişkisinin esasında devam ettiği -karşılıklı borç yükleyen hali ile- yönünde tartışmaların gündeme gelmesi de

³⁶⁷ Tüketicinin sözleşmenin sona ermesine rağmen ilgili içerikten istifade etmeye devam etmesini öngören görüş, girişimcinin ediminin niteliği yönünden bir ayırım gözetmez. Bu görüşün sürekli olarak bir içerik yahut edimin sağlanmasına yönelik ilişkiler için de geçerli olduğu savunulmaktadır. Bkz. **Twigg-Flesner**, Contract, s. 41; **Bedir**, ERCL, s. 364.

³⁶⁸ **Twigg-Flesner**, Contract, s. 41; **Bedir**, ERCL, s. 364.

söz konusu olabilecektir. Bu sebeple görüşün hem girişimcinin hem de tüketicinin menfaatlerini korumadığı ifade edilmelidir.

Sonuç itibarıyla kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde tüketici için esasen sözleşmeyi sona erdirmek dışında bir imkân öngörülmüş değildir. Ancak bu durumun tüketicinin/ilgili kişinin menfaatlerine uygunluğu tartışmaya açıktır. Tüketicinin korunmasına yönelik veri karşılığı gerçekleştirilen hukuki ilişkilerde de gereği gibi ifa edilmeme halinde bedelde yapılacak indirim oranında ilgili kişiye ödeme yapılması esası öngörülebilir. Şüphesiz bu çözüm para karşılığı sunulmayan hizmetler için -sosyal medya platformları gibi- bir çözüm değildir. Bu tür hukuki ilişkiler yönünden zarardan bağımsız bir meblağın ilgili kişiye ödenmesinin talep edilmesi imkânının tanınması diğer bir ifadeyle bir medeni hukuk cezası öngörülmesi akla gelebilecek çözümlerdendir. Ancak bu gibi bir talebin günün sonunda piyasa dengesine etkisi iyi analiz ve tespit edilmelidir. Böyle bir hükmün kaleme alınması, girişimcinin maliyet kaleminde artış meydana getireceğinden maliyetin günün sonunda tüketiciye yansıtılacağı gözden kaçırılmamalıdır.

4. Sözleşmenin Sona Ermesi ve İlgili Kişinin (Kişisel) Verilerine İlişkin Sahip Olduğu Haklar

DCD'nin amacı her ne kadar kişisel veri karşılığı sözleşmelere uygulanacak esaslarla para karşılığı ilişkilere uygulanacak esasları yeknesaklaştırmaksa da bu iki ilişkiye uygulanacak hükümlerin bir noktada farklılaşması kaçınılmazdır³⁶⁹. Bu ayrışmanın iki temel sebebi vardır: (1) kişisel veri paradan ontolojik olarak farklı olması sebebiyle her ne kadar maddi yönü bulunsun da verinin kişilik değeri niteliği³⁷⁰, (2) kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilke ve esasların sözleşme ilişkisine uygulanacak olması³⁷¹. Nitekim DCD Art. 16/2 uyarınca girişimcinin GDPR uyarınca öngörülmüş bulunan yükümlülükleri yerine getirmesi gerektiği düzenlenmiştir³⁷². GDPR uyarınca ilgili kişiye tanınmış haklar, veri işleme faaliyeti devam ettiği sürece -hatta işlemenin sona ermesinden sonra da- varlığını

³⁶⁹ Efroni, Data-Paying, s. 812.

³⁷⁰ Nitekim bu farkın ilgili kişinin (tüketicinin) sözleşme ilişkisindeki imkânlarına sirayeti ayrıca incelenmiştir (bedelde indirim). Bkz. Üçüncü Bölüm/II./A./1-3.

³⁷¹ Efroni, Data-Paying, s. 806, 812.

³⁷² Söz konusu düzenlemeler, DCD hükümlerinden üstündür. Bkz. DCD-Art. 3/8.

sürdürecektir³⁷³. Ancak veri karşılığı sözleşme ilişkisinin sona ermesi ile bağlantılı olarak özellikle (1) verilerin silinmesi ve (2) veri taşınabilirliği-“*data portability*”³⁷⁴ hükümlerinin ele alınması gerekmektedir.

a. Verilerin Silinmesi

Kişisel veri karşılığı sözleşmelerde verinin işlenmesine yönelik hukuki dayanak, ilgili kişinin (açık) rızasıdır. Sözleşme ilişkisinin sona ermesiyle (açık) rıza hukuka uygunluk sebebine dayanılma imkânı da sona ermiş olacaktır. Böylece KVKK m. 7 uyarınca işlemenin hukuki sebebi ortadan kalktığından ilgili verilerin de silinmesi gerekmektedir³⁷⁵. Girişimcinin ilgili kişinin verileri işleyerek gelir elde etme ve iş modelini finanse etme imkânı sona erecektir.

Bununla birlikte istisnai durumlarda veri işleme imkânının sözleşme ilişkisi sona ermiş olmasına rağmen devam edebileceği unutulmamalıdır (GDPR Art. 17/1/b). Akla gelen ilk ihtimal girişimcinin, kişisel verileri tüketicinin sözleşme ilişkisini sona erdirme iradesine rağmen meşru menfaat hukuka uygunluk sebebine dayanarak işlemeye devam etmesidir³⁷⁶. Örneğin ücretli bir müzik dinleme platformu, bu hizmeti, kullanıcının kişisel verilerini -özellikle kullanıcının müzik tercihlerini- toplamak ve bu bilgileri doğrudan/bir hedefe yönelik-“*targeted*” pazarlama ve reklamcılık için kullanması koşuluyla üç aylık para ödenmeyen abonelik sunmaktadır³⁷⁷. “Para ödenmeyen deneme süresinin sona ermesi üzerine, kullanıcı aylık abonelik ücreti ödemekle yükümlüdür ve reklam ve pazarlama için kişisel verilerin toplanmasını ve kullanılmasını devre dışı bırakma seçeneğine sahiptir.

³⁷³ GDPR Art. 12-23 (*Rights of the data subject*); KVKK m. 11 (İlgili kişinin hakları).

³⁷⁴ Bu imkân ilk defa GDPR Art. 20 uyarınca ilgili kişiye tanınmıştır. Bu imkân, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu uyarınca tanınmamış olsa da *de lege ferenda* gündeme gelebilecek bir imkân olması dolayısıyla konu kapsamında sınırlı olarak ele alınacaktır.

³⁷⁵ KVKK m. 7, (ayrıca m. 11/1/e) uyarınca “re’sen yahut ilgili kişinin talebi üzerine” ifadesine yer verilmiş olsa da bu haller birbirinin alternatifi değildir. Bir diğer ifadeyle ilgili kişi talep etmemiş olsa da veri sorumlusu (girişimci) hukuki dayanağı ortadan kalkan verileri silmek, yok etmek yahut anonim hale getirmekle yükümlüdür. Bkz. KVKK m. 12/1/a, **Çekin**, KVKK, s. 156.

³⁷⁶ **Efroni**, Data-Paying, s. 807.

³⁷⁷ Örnek *Efroni*’den alınmış ve bölüme uyarlanmıştır. Örneğin ilk yer aldığı eser için bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 807-808.

Kullanıcının, para ödenmeyen sürenin bitiminden önce sözleşmeyi gereği gibi ifa edilmediği gerekçesiyle feshetmesi halinde kişisel verilerin girişimci tarafından işlenmeye -saklama- devam edilip edilemeyeceği ortaya konulmalıdır. Girişimci, aynı kullanıcının aynı müzik hizmetini para ödemeksizin deneme imkânıyla tekrar temin etme teşebbüslerini önlemek için meşru menfaati bulunduğu gerekçesiyle birtakım kişisel verileri saklama hakkı olduğunu iddia edebilecektir³⁷⁸. Bu noktada tüketicinin sözleşme ilişkisini sona erdirmesinin sebebinin hizmeti gereği gibi alamaması olduğu dikkate alındığında bu örnek özelinde girişimcinin meşru menfaati bulunduğu ve verileri saklama imkânı olduğunun kabul edilmesi uygun düşmeyecektir³⁷⁹.

DCD Art. 16/2 kapsamında girişimcinin kural olarak tüketicinin dijital üründe oluşturulmuş veya sağlanmış kişisel veriler dışındaki verileri de³⁸⁰ sözleşmenin sona ermesi halinde kullanmaktan kaçınmalıdır³⁸¹. Bu maddeyle sözleşme ilişkisinin sona ermesi sonrası girişimcinin ilgili sözleşme ilişkisinden veri işleyerek kişisel nitelik arz etmese dahi gelir elde etme imkânının bertaraf edilmesi hedef tutulmuştur³⁸². Bununla birlikte kullanmaktan kaçınmak-“*refrain from using*” ifadesinin ne anlama geldiği tartışmaya açıktır³⁸³. Doktrinde bu ifadenin derhal silme, yok etme olmasa

³⁷⁸ Efroni, Data-Paying, s. 808.

³⁷⁹ Bunun aksine ilgili kişinin her zaman sahip olduğu geri alma hakkını kullanarak “ücretsiz-para ödenmeyen” üyeliği sona erdirmesi için girişimcinin veri saklamada meşru menfaati olabileceği yönünde bkz. Efroni, Data-Paying, s. 808.

³⁸⁰ DCD uyarınca diğer verilerin (“*any other data*”) neye tekabül ettiği tanımlanmamıştır. *Dibace* 69 uyarınca resim, müzik video gibi içerikler örnek olarak gösterilmişse de bir manzara resmi kişisel veri niteliğinde olmayacakken, tatilde çekilmiş bir aile resmi kişisel veridir. Bu sebeple *Dibace* 69’da yer alan örneklerin her ihtimalde yol gösterici olmadığına dikkat çekilmelidir. Ayrıca ilk bakışta kişisel veri olmadığı düşünülen verilerin dahi sonradan bu nitelikte olduğu ortaya çıkabilecektir (EDPB, Consent, s. 11; Twigg-Flesner, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 37).

³⁸¹ DCD’nin taslak halinde 16/2 hükmü, tüm verileri kapsayacak şekilde kaleme alınmışken; GDPR ile uyumun temin edilmesi gerekçesiyle kişisel veriler için bu düzenlemeye atf yapılmış kişisel olmayan veriler için ayrı hüküm (Art. 16/3-4) öngörülmüştür. Bkz. DCD-Art. 13 COM(2015) 634 final; Twigg-Flesner, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 27. Hükmün taslak halindeki bu bütünsel yaklaşımın telif hukuku, veri koruma hukuku esaslarının birbirine karşısına ve belirsizliğe sebep olacağı yönünde eleştiriler için ayrıca bkz. Sattler, Personality, s. 46 vd. Hükmün uygulama güvenliği ve daha iyi hizmetler geliştirilmek için anonimleştirmeye imkân tanımamasının sorun meydana getireceği yönünde endişeler için bkz. çevrimiçi, <https://euobserver.com/opinion/136202> -06.12.2021.

³⁸² Twigg-Flesner, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 5.

³⁸³ Twigg-Flesner, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 39.

da³⁸⁴ başkalarının söz konusu içeriğe-veriye erişimini engelleyerek, içeriği indirmesini yahut girişimcinin kendisi de dahil olmak üzere söz konusu verinin işlenmemesi sağlamak olarak anlaşılması gerektiği savunulmaktadır³⁸⁵.

Aynı maddenin 3. fıkrası uyarınca 4 bent (a-d) halinde açıklığa kavuşturulduğu şekliyle:

(1) ilgili verilerin dijital ürün dışında bir faydası bulunmuyorsa -örneğin bir oyun uygulamasına özgü oluşturulmuş avatar-³⁸⁶;

(2) ilgili ürünün kullanılmasıyla sınırlı olmak üzere tüketicinin ürünü kullanım faaliyetlerine ilişkinse -örneğin dijital ürünün kullanımına ilişkin nicel veriler³⁸⁷;

(3) girişimci tarafından diğer verilerden ayrıştırılması mümkün olmayan yahut orantısız güçlük teşkil eden nitelikte ise -Örneğin büyük veri kümelerinde toplanmış ve işlenmiş veriler diğer verilerle birleştirildikten sonra, belirli bir tüketici tarafından sağlanan belirli verilerin tespiti zordur. Artık verinin tüketici tarafından temin edildiğinin tespiti-tanımı mümkün değilse bu istisna devreye girecektir-³⁸⁸;

(4) başka kullanıcılar ile beraber oluşturulmuş olup söz konusu kullanıcılar ürünü kullanmaya devam ediyorsa girişimci ilgili kişisel veri niteliği taşımayan diğer verilerin işlenmesi imkânı için devam edecektir -örneğin telif hukukuna ilişkin hak ve iddialar saklı kalmak üzere birkaç yazarın bulut tabanlı bir hizmet kullanarak üzerinde çalıştığı bir belge-³⁸⁹.

³⁸⁴ DCD-Art. 16/4 kapsamındaki içeriği talep üzerine tüketiciye sunma yükümlülüğü, ancak söz konusu içerik (veri) tüketici tarafından sözleşmeyi feshettikten hemen sonra silinmemesi halinde yerine getirilebilecektir. Bkz. **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 39.

³⁸⁵ **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 40.

³⁸⁶ **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 42. İlgili istisna kapsamında veriyi muhafaza etme imkânına sahip girişimcinin bu veriden gelir elde etme imkânının bulunup bulunmadığı DCD'nin düzenleme sınırlarının dışındadır. Örneğin bu karakterin ücret karşılığı başka kullanıcılara satılması mümkün müdür sorusu DCD uyarınca cevaplandırılmamıştır. Bu hususun ulusal hukuklar nezdinde çözüme kavuşturulacağı yönünde bkz. **A.e.**, N. 43.

³⁸⁷ **Rolf H. Weber**, "Data Protection in the Termination of Contract", Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Sebastian Lohsse, Baden-Baden, Nomos, 2017, s. 200; **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 44.

³⁸⁸ **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 45.

³⁸⁹ **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 47.

Art. 16/3’de öngörülen istisnalar, ilk bakışta tüketicinin dijital içeriği/hizmeti kullanırken iş birliği yapmış olabileceği üçüncü taraf kullanıcıların çıkarlarını dengelemek için öngörülmüş hükümler olarak ele alınabilir niteliktedir³⁹⁰. Ancak öngörülen istisnalardan özellikle ilki kapsamında girişimcinin tüketicinin verileri üzerinden gelir elde etme imkânına açık kapı bırakılmıştır³⁹¹. Bununla birlikte şu husus kesinlik arz etmektedir ki istisnalar kapsamında yer alan haller dışında ilgili verilerin kullanılmasıyla girişimcinin veriye dayalı iş modelini finanse edebilmesi mümkün değildir³⁹².

b. Veri Taşınabilirliği (*Data Portability*)

Veri taşınabilirliği ilk defa GDPR Art. 20’de öngörülmüş bir imkândır³⁹³. Bu hak uyarınca veri işleme faaliyetinin rızaya dayandığı veya sözleşmenin kurulması veya ifası için gerekli olduğu yahut işleme faaliyeti otomatik araçlarla gerçekleştirildiği takdirde, ilgili kişi kişisel verilerini makine tarafından okunabilen ve yaygın kullanılan bir formatta-“*commonly used and machine-readable*” kendisine verilmesini ve/veya bu kişisel verilerin başka bir veri sorumlusuna aktarılmasını talep edebilecektir³⁹⁴. Bu hak çevrimiçi hizmetlerden istifade eden kişilerin, aynı alanda

³⁹⁰ Twigg-Flesner, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 48.

³⁹¹ Twigg-Flesner, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 48.

³⁹² Dibace 69 uyarınca, verilerin kullanım imkânının dijital ürünün kendisiyle ilgili olduğu hallerle sınırlı olduğunun ayrıca altı çizilmiştir. Kural olarak tüketici tarafından oluşturulan ve/veya temin edilen verilerin, kişisel veri niteliğinde olmasa da kullanılmasının yasak olduğu ifade edilmiştir. Bkz. DCD-Dibace 69.

³⁹³ Orla Lynskey, The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020, Art. 20, s. 502 (“Commentary”). Söz konusu hükmün rekabet hukukuna etkili için ayrıca bkz. Orla Lynskey, “Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability”, European Law Review, Vol. 42, Issue 6, 2017, s. 793 vd. (“ELR”). Veri taşınabilirliği hakkının, ilgili kişinin verileri üzerindeki hâkimiyet ve kontrol imkânını güçlendirdiği yönünde bkz. Ursic, s. 64.

³⁹⁴ Article 29 Working Party, bu hakkın kapsamında yer alan verilerle ilgili bir ayrım önermektedir. Buna göre gözlemlenen veriler (*observed data*) ile ilgili kişi tarafından aktif davranışlarla ve bilinçli olarak sağlanan verilerin hakkın kapsamında yer alması gerektiği ve buna karşın anlamlandırılan (sonuç olarak elde edilen) ve türetilen verilerin ise hakkın kapsamında olmaması önerilmiştir. Bkz. WP, Guidelines on the Right to Data Portability (WP 242 review 01, as last revised and adopted on 05.04.2017 (2017), s. 8. Bu takdirde bir kişinin uyku kalitesini takip eden bir uygulama için kişinin uyku saatleri hakkın kapsamında iken bu saatlerden yola çıkarak yapılan çıkarım -kişinin sağlık durumu, ideal uyku aralığı- hakkın kapsamının dışında kalacaktır. Böylece geliştirilmiş bulunan algoritmanın fikri hak sahibinin hakları da korunmuş olacaktır. Lynskey, Commentary, Art. 20, s. 503. Bununla birlikte madde metninde temin edilmiş olma (“*provided by*”) şartı arandığı için sadece ilgili kişinin aktif olarak ve bilinçli davranışlarıyla veri sorumlusuna sağladığı verilerin madde

hizmet sunan başkalarına kolayca aktarılması böylece memnun kalınmayan bir hizmet sağlayıcısına mahkûmiyetinin engellenmesi için öngörülmüştür³⁹⁵. Bu hakkın tanınmasıyla birlikte hem işletmelerin hem de bireylerin büyük veriden en üst düzeyde faydalanmalarının temin edileceğine, kişisel verilerinin kullanılmasıyla yaratılan değerden yararlanmalarına olanak sağladığına, kişisel verinin ilgili kişi çıkarlarına hizmet edecek şekilde kullanılmasını temin edeceğine -özellikle bir karşılık teşkil ettiği hukuki ilişkilerde- inanılmaktadır³⁹⁶.

Tüketici, veri karşılığı hukuki ilişkinin sona ermesi halinde girişimciye sağladığı kişisel verileri için GDPR Art. 20 uyarınca sahip olduğu hakkı kullanabilecektir³⁹⁷. DCD 16/4 uyarınca kişisel veri dışındaki verilere yönelik de tüketicinin birtakım taleplerde bulunmasına imkân tanınmıştır³⁹⁸. Buna göre *“girişimcinin, tüketicinin talebi üzerine, girişimci tarafından sağlanan dijital içeriği veya dijital hizmeti kullanırken tüketici tarafından sağlanan veya oluşturulan kişisel veriler dışındaki (“any data other than personal”) her türlü veriyi tüketicinin kullanımına sunmakla yükümlüdür. Tüketici, bu dijital içeriği (veriyi) girişimciden herhangi bir engelle karşılaşmaksızın, makul bir süre içinde ve yaygın olarak kullanılan ve makine tarafından okunabilir bir formatta ücretsiz olarak alma hakkına sahip olacaktır”*³⁹⁹.

kapsamında olması gerektiği de savunulmaktadır. Bkz. **European Commission and the Centre for Information Policy and Leadership (CIPL)**, Centre for Information Policy Leadership, ‘Comments on the Article 29 Data Protection Working Party’s “Guidelines on the Right to Data Portability” Adopted on 13.12.2016 (Published: 15.02.2017), s. 8. Bu görüş uyarınca bir dijital ürünle toplanan verilerden “gözlemlenerek” elde edilen verilerin tamamının hakkın kapsamında yer almaz. Ürünün özellikleriyle sınırlı olarak ilgili kişinin toplandığının bilincinde olduğu veriler hakkın kapsamındadır. Ayrıca bkz. **Lynskey**, Commentary, Art. 20, s. 503-504.

³⁹⁵ **WP**, Guidelines on the Right to Data Portability (WP 242 review 01, as last revised and adopted on 05.04.2017 (2017), s. 6 vd.; **Ursic**, s. 65; Hakkın kullanılmasının sonuçları için ayrıca bkz. **Lynskey**, Commentary, Art. 20, s. 505-506.

³⁹⁶ **Ursic**, s. 65.

³⁹⁷ Bu imkân rızanın sözleşmeye aykırı bir ifa bulunmaksızın geri alındığı ihtimallerde de gündeme gelebilecektir. GDPR Art. 20’nin şartları incelendiğinde hakkın kullanılması için rızanın geri alınması yeterlidir. Aynı yönde bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 825.

³⁹⁸ Hükmün kapsamında pasif olarak temin edilen verilerin yer alıp almadığı tartışması için ayrıca bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 826.

³⁹⁹ Hükmün eleştirisi için ayrıca bkz. European Law Institute (ELI), “Statement on the European Commission’s Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers”, s. 10-14, çevrimiçi https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf -17.11.2021; **Metzger vd.**, N. 29 vd.

Art. 16/3 anlamında verilerin kullanılmasına engel olmayacak hallerden ilk üçü, Art. 16/4 uyarınca ileri sürülen talepler bakımından da bir sınır olarak öngörülmüştür. Buna ek olarak DCD-Art. 16/4 ikinci cümlede de vurgu yapıldığı şekliyle söz konusu talebin makul bir süre içerisinde ileri sürülmesi gerekmektedir.⁴⁰⁰

Bu kapsamda (a) ürünün faydasız olduğu iddiasının ileri sürülebilmesi için girişimcinin bu yöndeki iddiaları tek başına yeterli değildir. Aksine tüketicinin talep ettiği veriyi/içeriği ürünün bağlamı dışında kullanmakta bir çıkarı olduğunu iddia etmesi durumunda, bu tür bir faydanın var olduğu kabul edilmelidir⁴⁰¹. (b) Tüketicinin ürünü kullanım faaliyetlerine ilişkin olmak kaydıyla reddedilme imkânıysa yalnızca girişimci tarafından toplanan veriler için yine kendisinin oluşturduğu ürünün kişiselleştirilmesiyle sınırlı ele alınmalıdır⁴⁰². Aksi takdirde her içerik yahut hizmet tüketici faaliyeti içerdiğinden bu hakkın temelde anlamsız kılınması söz konusu olacaktır⁴⁰³. (c) son olarak ölçülülük kıstasına vurgu yapılarak taraf menfaatleri arasında bir dengenin gözetilmesi gerektiğine işaret edilmiştir⁴⁰⁴. *Dibace* 71 uyarınca da tüketicinin taleplerinin reddedilebileceği hallerin tekrar edildiği görülmektedir⁴⁰⁵. Ayrıca söz konusu yükümlülüğün madde metninde yer almadığı halde⁴⁰⁶ girişimcinin, sözleşmenin sona erdirilmesi üzerine belirli içerikleri açıklamama hakkına-“*trader's right not to disclose certain content*” halel getirmeyeceğinin de altı çizilmiştir⁴⁰⁷.

⁴⁰⁰ Makul sürenin belirlenmesinde somut olayın özelliklerine bakılması gerektiği yönünde bkz. **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 54, ve 63-64.

⁴⁰¹ **Axel Metzger**, “Access to and Porting of Data under Contract Law: Consumer Protection Rules and Market-Based Principles”, Data Access, Consumer Interests and Public Welfare, ed. German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection Max Planck Institute for Innovation and Competition, Baden-Baden, Nomos, 2020, s. 291, (“Access”).

⁴⁰² **Metzger**, Access, s. 291.

⁴⁰³ **Metzger**, Access, s. 291.

⁴⁰⁴ **Metzger**, Access, s. 292.

⁴⁰⁵ *Dibace* 71, ilk cümle uyarınca “verinin içerikten ayrıca bir faydası yoksa, kullanıcının ilgili içeriği kullanım faaliyetlerine ilişkinse yahut içerikten/hizmetten verinin ayrılması mümkün değil yahut orantısız güçlük teşkil ediyorsa” tüketicinin talebi reddedilebilecektir. Bkz. DCD-*Dibace* 71.

⁴⁰⁶ Bkz. DCD-Art. 16/4.

⁴⁰⁷ Örneğin ticari sırların açıklanmaması imkânı. Böylece girişimcinin ileri sürebileceği istisnaların ulusal hukuklar nezdinde genişleyebileceği yönünde bkz. **Twigg-Flesner**, Commentary, 2019/770 Art. 16, N. 74.

Düzenlemenin, esasında tüketicilerin bu sözleşme ilişkisi esnasında -veriye dayalı iş modelleri- toplanan verilere, sözleşme sona erdikten sonra erişme hakkına sahip olup olmadığı sorusuna verilmiş bir cevaptır. İlgili düzenleme kapsamında kişisel veriler için Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğüne yapılan atıfla (DCD-Art.16/2) ve kişisel olmayan verilerle (diğer verileri/alelade veriler) ilgili olarak ise DCD-Art 16/4⁴⁰⁸ uyarınca sözleşmenin sona erdiği haller için tüketicinin toplanan verilere erişme hakkı öngörülmüştür⁴⁰⁹.

DCD hükmünün GDPR Art. 20 uyarınca öngörülmüş bulunan veri taşınabilirliği imkânını, kişisel olmayan ve aktif ve bilinçli davranışla ile sağlanmamış veriler bakımından da genişlettiği görülmektedir⁴¹⁰. Kullanıcı tarafından oluşturulan veya yüklenen herhangi bir içerik yahut veri -metinler, resimler, müzik veya video dosyaları, video oyunlarındaki dijital ürünler vb.- şayet bu teknik olarak mümkünse anonim hale getirildiği takdirde üye devlet bakımından GDPR hükümleri yerine DCD-Art. 16/4 uygulanacaktır⁴¹¹. Bununla birlikte tüketici tarafından GDPR Art. 20’den farklı olarak kişisel veri niteliğinde olmayan verilerin üçüncü kişilere aktarılması talep edilemeyecektir.

İlgili hakka başvurulabilmesi için sözleşme ilişkisinin gereği gibi ifa edilmeme sebebiyle sona ermiş olması gerekir. Bu sebeple içeriği, benzer kişilerce sunulan dijital ürünleri kullanmak isteyen tüketicilerin -müzik dinleme uygulamalarındaki çalma listeleri, yahut sosyal medya platformları üzerinden fotoğraf ve video paylaşımları-, sözleşme ilişkileri devam ederken bu madde uyarınca talep edebilmeleri mümkün değildir⁴¹². Bu sebeple doktrinde DCD’nin,

⁴⁰⁸ Kişisel verilerin tanım ve kapsamında yönelik yaklaşım sebebiyle -kavramın mümkün olduğunca geniş yorumlanması- uygulamada hükmün bir karşılığı olmayacağı yönünde bkz. **Metzger**, Access, s. 290.

⁴⁰⁹ **Metzger**, Access, s. 288.

⁴¹⁰ Her ne kadar madde lafzında “temin edilmiş yahut oluşturulmuş-*provided or created*” ifadelerine yer verilmişse de *Dibace 69* uyarınca yine kişisel verinin aktif olarak temin edildiği haller hükmün kapsamına örnek olarak gösterilmiştir. Bu durumda hakkın kullanımı için söz konusu olan tartışma verinin karşılık teşkil etmesi için mevcut olan tartışmayla paralel ele alınmalı ve ortak bir neticeye varılmalıdır. bkz. **Efroni**, Data-Paying, s. 826.

⁴¹¹ **Metzger**, Access, s. 290-291. Özellikle tüketici içeriği alana kadar anonim kalmak istiyorsa bu talebin nasıl ileri süreceği ve hükmün nasıl uygulanacağı sorusu cevaplanmış değildir. Bu gerekçe ile de doktrinde hükmün pratikte uygulanmasının pek de sık rastlanacak bir hal olmayacağı savunulmaktadır. Bkz. **A.e.**, s. 291.

⁴¹² **Metzger**, Access, s. 292.

GDPR Art. 20 ile kıyaslandığında tam teşekküllü taşınabilirlik hakkı içermediği ifade edilmektedir⁴¹³.

B. Üye Devletlerin DCD'yi İç Hukuklarına Aktardıkları Düzenlemeler Uyarınca Tüketicinin Hakları

Birlik üyesi devletlere DCD'yi iç hukuklarına aktarmak bakımından 01.07.2021, yürürlük kazanması için ise 01.01.2022 tarihine kadar süre tanınmıştır⁴¹⁴. Bu yükümlülük üye devletlerin neredeyse tamamı tarafından yerine getirilmiştir⁴¹⁵ de dijital ürün teminine dair ülke düzenlemelerinden Türk hukukuna yakınlık ve Türk hukukuyla olan ilişkileri göz önüne alınarak Alman ve Avusturya hukukunda yapılan düzenlemelerin incelemesi tercih edilmiştir.

1. Alman Hukuku Uyarınca Tüketicinin Hakları

a. BGB Değişiklikleri Uyarınca Öngörölmüş Esaslar

2019/770 sayılı Direktif'in iç hukuka aktarılması yükümlülüğünün ifası adına Alman kanun koyucusunun iradesi Alman Medeni Kanunu'nun ikinci kitabının üçüncü kısmına "2a-Dijital Ürünlere İlişkin Sözleşmeler" başlığı eklenmesi yönünde olmuştur. Tüketici sözleşmelerine ilişkin alt başlıkta yer alan BGB § 327 vd. hükümlerinde sırasıyla dijital ürün temini⁴¹⁶ esaslarıyla zaman bakımından gereği gibi ifa edilmeme halinde tüketicinin hakları düzenlenmiştir⁴¹⁷. Sözleşmenin kararlaştırılan zamanda ifa edilmemesi halinde tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmeye ve genel hükümler uyarınca tazminat talep edebileceği düzenlenmiştir (BGB § 327c). Girişimcinin temerrüdünde tüketicinin hakları ve bu haklara yönelik şartlar DCD ile içerik itibarıyla aynıdır. Farklı olan husus DCD uyarınca üye devletlerin iç hukuk düzenine bırakılmış olan tazminat talebine yönelik genel hükümlere yapılan atıftır.

⁴¹³ Efroni, Data-Paying, s. 826. Bununla birlikte üye devletlerin sözleşmenin sona ermesi halinde veri taşınabilirliği imkânını genişletme imkânı bakidir (DCD-Art. 3/10). *Dibaces* 11-12. Hükümün kişisel olmayan verilere yönelik bir imkân tanınması yönüyle tüketici işlemlerindeki tamamlayıcı rolüne de doktrinde vurgu yapıldığı görölmektedir. Bkz. Metzger, Access, s. 294.

⁴¹⁴ DCD-Art. 24/1.

⁴¹⁵ Çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/NIM/?uri=celex:32019L0770> - 25.06.2021.

⁴¹⁶ BGB § 327b.

⁴¹⁷ BGB § 327c.

Dijital ürünün sözleşmeye uygunluğu-sözleşmeye uygun ifa kavramı DCD ile uyumlu olarak düzenlenmiştir⁴¹⁸. Bu kapsamda girişimcinin edimini objektif ve sübjektif (BGB § 327e) olarak sözleşmeye uygun ifa etmesi ve bu yükümlülüğüne aykırılığın sonuçları içerik ve kapsam itibarıyla DCD ile paraleldir. Tüketicinin hakları, sözleşmeye uygun ifayı talep etme ve mümkün değilse bedelde indirim ve sözleşmeyi sona erdirmedir. DCD uyarınca öngörüldüğü gibi sözleşmeye uygun ifanın talep edilmesi birincil talep olarak düzenlenmiştir. DCD farklı ve fakat onunla uyumlu olarak tüketicinin genel hükümlere göre tazminat talep edebilme imkânının şartları gerçekleştiği ölçüde (BGB § 280/1) mümkün olduğu ayrıca hüküm altında alınmıştır (BGB § 327m/3).

b. BGB Reformunun Kişisel Veri Karşılığı İlişkiler Yönünden Değerlendirilmesi

Almanya’da 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe girmiş olan düzenleme veri karşılığı hukuki ilişkiler esas alınarak değil para karşılığı alınan içerik ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler esas alınarak oluşturulmuştur. Bu düzenlemenin kapsamı DCD’nin düzenlediği alan ile sınırlı kaleme alınmıştır. Her ne kadar BGB § 327 uyarınca ilgili ayırmda yer alan hükümlerin kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin de yer aldığı ifade edilmişse de sözleşmenin kişisel veri karşılığı kurulmuş olmasının borca aykırılık hallerine etkisi ayrıca dikkate alınarak bir düzenleme yapılması tercih edilmemiştir. Düzenlemenin bu haliyle veri karşılığı hukuki ilişkilerde borca aykırılık halinde ilgili kişinin hakları bakımından doğrudan uygulanma kabiliyeti yoktur⁴¹⁹. Girişimcinin borcunun kapsamını belirlemek yönünden yol gösterici olsa da bedelde indirim⁴²⁰ ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin kişisel verinin karşı edim olarak kararlaştırılmış olduğu hukuki ilişkilerin ayrıca değerlendirilmesi ihtiyacı kendisini gösterecektir⁴²¹.

⁴¹⁸ BGB § 327d.

⁴¹⁹ Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin borca aykırılık halindeki özellikleri için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/II./A./3.

⁴²⁰ Doktrinde düzenlemeye yönelik değerlendirmelerde veri karşılığı hukuki ilişkilerde bedelde indirim hakkının kullanılamayacağı savunulmaktadır. Bkz. **Fellner**, s. 980, N. 21; **Wendehorst**, digitale Produkte, s. 2918; **Klink-Straub**, s. 3220, N. 24; **Schulze**, Handkommentar, BGB § 327n, N. 2.

⁴²¹ Bu esaslar DCD hükümleri ekseninde değerlendirilmiştir. Bkz. Üçüncü Bölüm/II./A./3.

Düzenlemenin kişisel veri karşılığı hukuki ilişki yönüyle eksikliği esasında mehazın konuyu ele alma tarzıyla da doğrudan ilgilidir. Mehaz Direktif'in amacı kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin hukuki bir çerçeveye kavuşmasıysa da DCD taslak halinden itibaren veri koruma otoriteleri başta olmak üzere veri koruma hukuku temelinde birçok eleştiriye maruz kalmıştır⁴²². Bu sebeple DCD'nin iç hukuklara aktarılması bağlamında üye devletlerin özellikle sözleşme hukuku esasları uyarınca ilgili kişi/tüketici lehine düzenleme yapmak imkânı bulunmasına rağmen⁴²³ DCD'nin kapsamında yer alan hüküm ve esaslarla sınırlı düzenleme yapılması tercih edilmiştir⁴²⁴. Mesela Almanya'da söz konusu düzenlemenin para karşılığı hukuki ilişkilerde tüketicinin haklarını düzenlemek ile sınırlı kaldığının ifade edilmesi hatalı olmayacaktır⁴²⁵.

2. Avusturya Hukuku'nda Tüketicinin Hakları

a. VGG'nin Dijital İçerik Sağlanmasına Yönelik Sözleşmeler İçin Öngördüğü Hükümler

01.01.2022 yürürlük tarihli kanun uyarınca hem 2019/770 sayılı hem de 2019/771⁴²⁶ sayılı Direktif Avusturya iç hukukuna aktarılmıştır⁴²⁷. Bu düzenlemenin uygulama alanı veri “karşılığı (*gegen*)” sözleşme ilişkileri de kapsamına alacak şekilde belirlenmiştir⁴²⁸. Bu başlık altında çalışmanın kapsamı gereği söz konusu düzenleme 2019/770'in kanunlaştırılması boyutuyla ele alınacaktır. Bu Kanun

⁴²² Bkz. İkinci Bölüm/II./C.

⁴²³ DCD-Art. 3/10.

⁴²⁴ Bu kapsamda *Didziulis* Litvanya hukukunda DCD'nin iç hukuka aktarılmasına yönelik değerlendirmelerinde, kanun koyucuların direktifleri kopyala yapıştır yapmak suretiyle iç hukuka aktarılmasından yakınmaktadır. Bkz. **Laurynas Didziulis**, “EU Digital Content Directive and Evolution of Lithuanian Contract Law”, JIPITEC, 12/2, 2021, s. 261, çevrimiçi-HEINONLINE, 04.11.2021.

⁴²⁵ Düzenlemenin birçok hususu ucu açık bıraktığı ve eksik olduğu yönünde bkz. **Klink-Straub**, s. 3222, N. 45.

⁴²⁶ Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sale of Goods, Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-04.11.2021> (“2019/771”).

⁴²⁷ Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG- § 29), Çevrimiçi, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2021/175/20210909-18.10.2021>. VGG- 2. Abschnitt, §§ 9-15 (Dijital ürün sağlanmasına yönelik sözleşmeler) ve VGG- 3. Abschnitt, §§ 16-27 (Dijital edimin ifasına yönelik sözleşmeler) olarak düzenleme yapılmıştır.

⁴²⁸ Bkz. VGG-(§1.)/(1)/2./b.

uyarınca DCD'nin aksine dijital içerik ve hizmetin temini ifadesine yer verilmemiştir. Bunun yerine dijital edimin ifası-“*digitale Leistungen*” ifadesi tercih edilmiştir. Bu kapsamda süreklilik arz eden bir ürünün sağlanmasına ilişkin sözleşmelerin ifası ve bu sözleşmeler kapsamında girişimcinin borca aykırılığın sonuçları ayrı başlık altında düzenlenmiştir⁴²⁹. Genel hükümler kapsamında DCD'den farklı olarak dikkat çeken en önemli husus ise sözleşmeye uygun ifanın kapsamının belirlenmesine yönelik subjektif-objektif sözleşmeye uygunluk kıstasının, sözleşmede kararlaştırılan esaslar ile objektif sözleşmeye uygunluk olarak düzenlenmiş olmasıdır⁴³⁰. Ancak lafzen farklı kaleme alınmış olsa da sözleşmeye uygunluk ile subjektif uygunluk kavramları içerik yönüyle birbiriyle paralel düzenlenmiştir⁴³¹.

Bunun yanında dijital edimlerin ifasına yönelik hukuki ilişkilerde borca aykırılığın giderilmesini, bedelde indirim ve sona erdirme imkânı öngörülmüştür⁴³². Hakların kullanılmasına ilişkin DCD ile uyumlu olarak bir derecelendirme öngörülmüştür⁴³³. Dijital hizmet teminine yönelik doğrudan zikredilmese de sözleşme ilişkisinin sürekli borç doğuran niteliği göz önünde bulundurulmuştur⁴³⁴.

DCD'den farklılık arz eden bir diğer önemli nokta ise VGG uyarınca borcun zamanında ifa edilmemesinin ayrıca düzenlenmemiş olmasıdır. Bu kapsamda Avusturya Medeni Kanunu'nda yer alan genel hükümlerin uygulanması esasının

⁴²⁹ VGG- 3. Abschnitt, §§ 16-27 (Dijital edimin ifasına yönelik sözleşmeler).

⁴³⁰ Bkz. VGG-1. Abschnitt, § 5 (“*Vertraglich vereinbarte Eigenschaften*”/sözleşmede kararlaştırılmış özellikler) subjektif sözleşmeye uygunluğun Avusturya hukukundaki karşılığıdır. Tek başına sözleşmeye uygunluk kıstasları -özellikle objektif uygunluk kıstası- sebebiyle dahi bu düzenlemenin genel hükümlerden ayrı kanunlaştırılmasının isabetli olduğu/olacağı yönünde bkz. **Zöchling-Jud**, s. 224-225.

⁴³¹ Karş. DCD-Art. 7 ve VGG-1. Abschnitt, § 5. Bununla birlikte objektif uygun olmak da niteliği itibarıyla sözleşmeye uygun ifanın bir kıstası olduğu için bu tercihin teknik olarak yetersiz ve isabetsiz olduğu da savunulabilecektir.

⁴³² DCD'nin Almanca metninde “sözleşmeye uygun hale getirilmesini talep etme” (“*Anspruch auf Herstellung des vertragsgemäßen*”) ifadesine yer verilmiş olmasına rağmen VGG uyarınca (§ 20/(1)), “*der Verbraucher unter den in dieser Bestimmung genannten Voraussetzungen (entweder) die Herstellung des mangelfreien Zustands verlangen*” ayıptan ari ifa edilmesini talep imkânından bahsedilmektedir. Bu durum talebin içeriğine etki etmeyen bir farklılık olmakla birlikte söz konusu ifadenin mehaz ile uyumlu olmadığı tespit edilmelidir. DCD kapsamında “ayıp” kavramı esas alınan bir düzenleme yöntemi benimsenmemişken Avusturya hukukunda yapılan düzenlemede ayıp kavramı esas alınmıştır.

⁴³³ Öncelikli olarak iyileştirme akabinde bedelde indirim yahut sözleşmenin sona erdirilmesi hakları tanınmıştır. VGG- 3. Abschnitt, §§ 20-26.

⁴³⁴ VGG- 3. Abschnitt, § 22/3, 24, 25 ve 26.

benimsendiği ifade edilebilecektir (17. *Hauptstück- Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt*⁴³⁵). 09.09.2021 tarihli Kanun'da Avusturya Medeni Kanunu ve Tüketici Kanunu'na ilişkin de birtakım değişiklikler öngörülmüştür⁴³⁶. Avusturya hukukunda dijital ürün temin edilmesine yönelik sözleşmelerin, kanunda yer alan diğer sözleşmelerden farklı olduğu yaklaşımının benimsendiği ve ayrıca düzenlemek yolunun tercih edildiği ifade edilebilecektir. Bu sözleşme ilişkisi, VVG'de düzenlenmemiş yönleri itibarıyla genel hükümlere tabidir.

Gelinen noktada Avusturya hukukunda eşya vasfını haiz olmak için cismanilik unsurunun aranmadığı ve insan dışı olan ve kişiler tarafından kullanılan her şeyin eşya olarak tanımlandığına da tekrar dikkat çekilmesi isabetli olacaktır⁴³⁷. Bu sebeple dijital bir içerik cismani varlığı olmasa da eşya hükmünde olacağından satış sözleşmesine -taşınır satışı- ilişkin hükümler de dijital içerik temine yönelik sözleşmelere uygulanabilecektir. Keza dijital hizmet sunulmasına yönelik ilişkilere kira sözleşmesi hükümlerinin uygulanması bakımından bir hukuki engel ile karşılaşılmayacaktır⁴³⁸.

b. VGG'nin Kişisel Veri Karşılığı İlişkiler Yönünden Değerlendirilmesi

Avusturya'da 01.01.2022 tarihinde yürürlüğe giren düzenleme hazırlanırken tıpkı Alman hukukunda olduğu gibi veri karşılığı hukuki ilişkiler esas alınarak değil para karşılığı alınan içerik ve hizmetlere ilişkin sözleşmeler esas alınmıştır. Bu kapsamda DCD iç hukuka aktarılması DCD'nin düzenlediği alan ile sınırlı kalmıştır. Bu düzenlemenin kapsamında kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerin de yer aldığı ifade edilmişse de sözleşmenin kişisel veri karşılığı kurulmuş olmasının borca aykırılık hallerine etkisi göz önüne alınmamıştır⁴³⁹. Yalnızca VGG § 24/4'te, GDPR

⁴³⁵ “*Von Verträgen und Rechtsgeschäften überhaupt*/sözleşmelere ve hukuki işlemlere ilişkin genel hükümler”, (ABGB, §§ 859-937).

⁴³⁶ Bkz. Artikel 2, “*Änderung des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuchs*” (Medeni Kanun'daki Değişiklikler) ve Artikel 3, “*Änderung des Konsumentenschutzgesetzes*” (Tüketicinin Korunması Kanunu'ndaki Değişiklikler)

⁴³⁷ ABGB § 285: İnsan-kişi dışı olan ve kişiler tarafından kullanılan her şeye hukuki anlamda eşya olarak adlandırılır.

⁴³⁸ **Zöchling-Jud**, s. 222-223.

⁴³⁹ Aynı yönde bkz. **Weber, Henseler**, s. 345. Bu sebeple *Weber ve Henseler*, DCD'nin İsviçre hukuku uyarınca veri karşılığı sözleşmelerin özellik arz eden yönlerinin düzenlenmesinde esas alınabilecek yol gösterici bir düzenleme olmaktan uzak olduğunu belirtilmiştir. Bu

uyarınca ilgili kişinin sahip olduğu hakların saklı olduğu ifade edilmiştir. Bunun dışında kişisel veri olmayan verilerin, sözleşmenin sona ermesinde işlenmesine yönelik esaslar açıklığa kavuşturulmuşsa⁴⁴⁰ da bu hüküm verinin sözleşmedeki edim karakteriyle ilgili değildir. Veri koruma hukuku esaslarına uygun olmak kaydıyla kişisel verilerin işlendiği her tür sözleşme ilişkisi için bu hükümler uygulanacaktır.

Alman hukukunda olduğu gibi Avusturya hukukunda da veri karşılığı hukuki ilişkilerde borca aykırılık halinde ilgili kişinin haklarını ilişkinin bu niteliğini dikkate alarak düzenlenmemiştir⁴⁴¹. Avusturya hukukunda yapılan bu değişiklik, girişimcinin borcunun kapsamını belirlemek yönünden yol gösterici olsa da bedelde indirim ve sözleşmenin sona erdirilmesine ilişkin kişisel verinin karşı edim olması yönüyle hukuki ilişkinin ayrıca değerlendirilmesi ihtiyacı kendisini gösterecektir⁴⁴².

Alman hukuku kapsamındaki değişiklikler incelenirken de altı çizildiği üzere düzenlemenin kişisel veri karşılığı hukuki ilişki yönüyle eksikliği mehzaz teşkil eden DCD'nin dijital ürünlere ilişkin sözleşmeleri düzenleme şekliyle doğrudan ilgilidir. Sonuç itibarıyla Avusturya kanun koyucusunun ilgili kişi ile girişimci arasındaki menfaat dengesindeki konumunu belirginleştirmedeğini ifade etmek hatalı olmayacaktır.

C. Tüketicinin Haklarının Yeniden Ele Alınması İhtiyacı ve Alternatif İmkânlar

DCD kaleme alınırken satış sözleşmelerine ilişkin iyi bilinen haklar esas alınmış ve bu imkânlar dijital ürünlerin özel niteliklerine uyarlanmıştır⁴⁴³. Ancak bu yaklaşım dijital ürünlere yönelik tüketicinin bilgisizliği ve düşük meblağlar yahut özellikle kişisel veri karşılığı temin edilen ürünlere uygun düşmemektedir.

sebeple veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden mevcut borçlar hukuku kurallarının uygulanması gerektiği savunulmuştur. Bkz. A.e., s. 345.

⁴⁴⁰ VGG-3. Abschnitt, § 24/5 ve 6.

⁴⁴¹ Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde borca aykırılık esaslarındaki özellikli haller için ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/II./A./3.

⁴⁴² Bedelde indirim imkânı, niteliği itibarıyla veri karşılığı hukuki ilişkilere uygun değildir. Sona erdirmeninse verinin işlenmesi ve veri üzerinden gelir elde edilmiş olması sebebiyle ayrıca ele alınması ihtiyacına da yine DCD hükümleri ekseninde temas edilmiştir. Bkz. Üçüncü Bölüm/II./A./3.

⁴⁴³ Aynı tespit üye devletlerin düzenlemeleri için de yapılabilecek durumdadır. Bkz. Metzger, Verbraucherschutz, s. 432.

Sözleşmeye uygun olmayan ifanın varlığının ortaya konulmasının tüketici bakımından meydana getirdiği zorluklar bir yana, özellikle kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler yönünden hakların kullanım sınırlarının belirlenmesi ve hakkın sonuçlarının somut olaya uygulanması zordur⁴⁴⁴.

Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde gereği gibi ifayı talep dışında tüketiciye tanınan imkânlar, sözleşmeyi sona erdirme ve/veya tazminattır. Ancak tüketiciler, bireysel olarak taleplerini girişimciye karşı ileri sürmekten ve hatta mahkemeye taşımaktan dava masrafları ve sürecin uzun olacağı dikkate alındığında geri durmak eğilimdedirler⁴⁴⁵. Kişisel verinin değerinin tüketici tarafından tespit edilmesi zor olduğu gibi borca aykırılık halinde meydana gelen zararın ispatı zor ve dolayısıyla tazminat taleplerinin başarıya ulaşma olasılığı tüketici cephesinden belirsizdir⁴⁴⁶.

Bazı pazarlarda tüketiciler için rakip ürünlerine geçişin zor olması sebebiyle, tüketiciler tarafından sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi tercih edilmemektedir. Örneğin mesajlaşma hizmeti sunan uygulamalar bakımından tüketicinin diğer kullanıcılarla etkileşimini sürdürmek istemesi, tüketicileri bu ürüne bağımlı kılmaktadır. Bazen de dijital ortamlar diğer dijital ürünlerle kullanıma uygun olmadığı -uygulama değiştirme zorluğu- için tüketiciler ilgili ürünü kullanmaya devam etmektedir⁴⁴⁷. Nitekim yakın tarihte yaşanan *WhatsApp*-Türkiye veri koruma politikası değişikliği, günün sonunda *WhatsApp*'ın kullanıcı sayısında bir değişiklik meydana getirmemiştir⁴⁴⁸. Bu çerçevede tüketicinin korunması için (1) sözleşmeye aykırılığın tanımı ve (2) hakkın kullanılma yöntemi bakımından alternatif çözümler ortaya konulması ihtiyacı kendisini göstermektedir.

⁴⁴⁴ Metzger, Verbraucherschutz, s. 434-435.

⁴⁴⁵ Metzger, Verbraucherschutz, s. 436. “*Etkin bir genel işlem koşulu denetimi*” için topluluk davalarının büyük rolü olduğu yönünde ayrıca bkz. Baş, s. 303.

⁴⁴⁶ Metzger, Verbraucherschutz, s. 436.

⁴⁴⁷ Metzger, bu durumu sözleşmenin sona erdirilmesinin tüketiciye ekmek yerine taş vaat etmesi olarak nitelendirmektedir (“*Die Vertragsbeendigung bietet dann Steine statt Brot.*”). Bkz. Metzger, Verbraucherschutz, s. 436.

⁴⁴⁸ Kısa süreli bir düşüşün ardından 2021 yıl sonu itibariyle *WhatsApp* Türkiye’deki kullanıcı sayısını artırmıştır. Karş. Çevrimiçi, <https://webrazzi.com/2021/01/14/11-gunde-whatsapp-telegram-ve-bip-in-kullanici-sayilarinin-degisimi/> -11.06.2022; Çevrimiçi, <https://www.verint.com/blog/what-countries-are-the-biggest-whatsapp-users/> -11.06.2022.

1. Sözleşmeye Uygun İfanın Tanımı: Veri Koruma Hukuka Aykırılıklar Tek Başına Sözleşmeye Aykırı İfadır

Kişisel verilerin korunması, kişiler arası iletişim bağlamında önemli bir rol oynamaktadır⁴⁴⁹. Veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından veri koruma hukukunun sözleşme üzerindeki etkisi detaylı olarak incelenmiştir⁴⁵⁰. Bu çerçevede gerek sonradan sözleşmede yapılan değişiklikler çerçevesinde gerek sözleşmede yer almamasına rağmen *de facto* gerçekleştirilen ve veri koruma hukuka aykırı veri işleme faaliyetleri, DCD uyarınca en azından objektif gerekliliklerin yerine getirilmediği anlamına gelmektedir -objektif sözleşmeye uygun olmayan ifa-⁴⁵¹. Girişimcinin veri koruma hukukunun asgari kıstaslarının ötesine geçen belirli veri koruma önlemleri vaat etmesi halinde, vaat edilen önlemler alınmazsa dijital ürün için sübjektif gerekliliklerin yerine getirilmemiş olduğu sonucuna varılmalıdır -sübjektif sözleşmeye uygun olmayan ifa-⁴⁵². Örneğin, ilgilinin ürün için hazırlanan reklamlar uyarınca uçtan uca şifreleme veya azaltılmış meta veri depolama vaadi, ürünün veri güvenliği için sübjektif gerekliliklerin kapsamını genişletecektir⁴⁵³.

Bu önerilere ek olarak hukuki teknik bilgi şirketleri yoluyla özellikle tüketicilerin verilerinin değerlerinin ölçülmesi ve üründeki teknik aksaklıkların tespit edilmesi de DCD uyarınca tüketici haklarının etkin korunmasına yönelik öneriler arasında yer almaktadır⁴⁵⁴.

⁴⁴⁹ Günümüzde bu durumun en azından söylem düzeyini görünürde de olsa aştığı ifade edilebilecektir. Bu ihtiyacı karşılamak maksadıyla Almanya’da uygulamaların veri politikaları incelenip, veri koruma nitelikleri esas alınarak sınıflandırılmış ve tüketicinin değerlendirmesine sunulmuştur. Bkz. Çevrimiçi, <https://www.test.de/Messenger-Apps-im-Vergleich-4884453-0/> -11.06.2022.

⁴⁵⁰ Bkz. İkinci Bölüm/III ve IV; Üçüncü Bölüm/I.

⁴⁵¹ Metzger, Verbraucherschutz, s. 437.

⁴⁵² Metzger, Verbraucherschutz, s. 437.

⁴⁵³ Bkz. WhatsApp Gizlilik İlkesi, “Topladığımız Bilgiler” çevrimiçi, <https://www.whatsapp.com/legal/privacy-policy/?lang=en#:~:text=We%20offer%20end%2Dto%2Dend,communicate%20with%20you%20on%20WhatsApp> -11.06.2021.

⁴⁵⁴ Bkz. Metzger, Verbraucherschutz, s. 441 vd.

2. Gereği Gibi İfa Etmemeye Karşı Alternatif Çözümler

Tüketiciler bireysel olarak ürün ayıpları için yasal yollara başvurmakta çekimserlerdir⁴⁵⁵. Buna ek olarak tek başına bir tüketicinin talebi, girişimcinin gereği gibi ifaya zorlama gücüne sahip olmaktan uzaktır⁴⁵⁶. Tüketicilerin bireysel başvuruları yerine kolektif hareket edilmesi önerilmektedir⁴⁵⁷. Kolektif hareketten maksat sadece tüketici derneklerinin üyelerinin hakları için devreye girmesi değildir⁴⁵⁸. Buna ek olarak rakip girişimcilerin de haksız rekabet hükümleri ekseninde harekete geçmesi tavsiye edilmektedir. Piyasadaki aktörlerin menfaatine olacak şekilde piyasa davranışlarını-iş şartları düzenlemeyi amaçlayan bir kanun hükmünü ihlal eden herhangi bir kişi aynı zamanda haksız rekabet hükümlerini de ihlal etmiş olacaktır⁴⁵⁹. İş şartlarının tespit edilmesi uygulamada kararlarıyla şekillenmekteyse de bir kuralın iş şartı -piyasa için bir davranış kuralı- olarak sınıflandırma için bunun hükmün tek ve hatta birincil amaç olması gerekmez⁴⁶⁰. Aksine kuralın en azından piyasadaki aktörlerin menfaatine olacak şekilde piyasa davranışını düzenlemeyi amaçlaması yeterlidir ki bu da normun yorumu yoluyla belirlenecektir⁴⁶¹.

Halihazırda tüketicinin korunmasına ilişkin mevzuat piyasa davranış kuralı olarak değerlendirilmektedir. Nitekim Alman Federal Mahkemesi, özellikle BGB §§ 474 vd. hükümlerinin -tüketici satışı- ihlal edilmesini, UWG § 3a anlamında bir

⁴⁵⁵ “Muhtemelen sadece aktivist kişiler yahut başvuruyu siyasi bir proje olarak değerlendiren kişiler” taleplerini girişimcilere karşı ileri sürecektir. Bkz. **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 437.

⁴⁵⁶ **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 437.

⁴⁵⁷ **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 438; **Baş**, s. 303.

⁴⁵⁸ Tüketici derneklerinin topluluk davası açması (özellikle tedbir talepli) da alternatif çözümler arasında sayılmaktadır. Nitekim Alman hukukunda dijital ürünlerin sağlanmasına yönelik sözleşmeler için de tüketici derneklerinin bu tür tüketici sözleşmelerine ilişkin hükümlerin ihlal edilmesinin tüketici dernekleri tarafından ihtiyati tedbir talebi açıkça düzenlenmiştir. Bkz. “Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen”, Art. 3 uyarınca yapılan değişiklik uyarınca UKlaG § 2/2/1c. Yine Türk hukuku uyarınca HMK m. 113 kapsamında derneklerin üyeleri için harekete geçmesi de önerilebilecektir.

⁴⁵⁹ TTK m. 55/1/e: “İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.” Ayrıca bkz. UWG § 3a. Yine TTK m. 55/1/f/1 uyarınca: “Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde” ayrılmak başlıca haksız rekabet hallerine örnek olarak sayılmıştır.

⁴⁶⁰ **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 439.

⁴⁶¹ **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 439.

hukuka aykırılık olarak değerlendirmektedir⁴⁶². Tüm bunlara tüketici mevzuatı uyarınca öngörülen bilgilendirme yükümlülükleri ve genel işlem koşulları da piyasa davranış kurallarıdır⁴⁶³. Özellikle Avrupa kökenli tüketici koruma kuralları söz konusu olduğunda, bu kurallara aykırılık halinde, Haksız Ticari Uygulamalar Direktif'i anlamında bir hukuka aykırılık söz konusu olacaktır⁴⁶⁴. Bu çerçevede, Alman hukukunda mahkemelerin BGB § 327-327s'yi de piyasa davranış kuralları olarak sınıflandırması beklenmektedir⁴⁶⁵. Böylece piyasadaki diğer girişimcilerin de dahli ile tüketicilerin daha etkin korunacağı savunulmaktadır. Şüphesiz haksız rekabete dayalı taleplerin ilerisi sürülmesinde tek hak sahibi diğer girişimciler değildir (TTK m. 56).

Tüketici dernekleriye hem HMK m. 113 uyarınca hem de haksız rekabet hükümlerine dayanarak üyelerinin menfaatlerini korumaya yönelik taleplerde bulunabilecektir⁴⁶⁶. Bununla birlikte derneklerin üyeleri adına ikame edebileceği davaların kapsamı ve etkilerinin genişletilmesi, Avrupa Birliği'nin önemli gündem maddelerindendir. Tüketicinin korunmasına dair kolektif hukuki çareler, 2020 sonunda kabul edilen Toplu Davalar Direktifi⁴⁶⁷ ile önemli ölçüde genişletilmiştir. Direktif'in iç hukuklara aktarılması için üye devletlere 2022 yılı sonuna kadar süre tanınmıştır⁴⁶⁸. Direktif'in iç hukuklara aktarılmasının ardından Direktif-Ek (*Annex*) I hükmünde yer alan Birlik hukuku hükümlerinin girişimciler tarafından ihlal

⁴⁶² Karar için bkz. BGH, Urteil vom 31.03.2010-I ZR 34/08 (OLG Düsseldorf) Gewährleistungsausschluss im Internet, GRUR 2010, s. 1117-1120, çevrimiçi, BECK-ONLINE-11.06.2022. Dijital ürünlere ilişkin hükümlerin, tedarik şekli ve ürünlerde ayıp bulunmamasının yanı sıra tüketici tarafından talep ve çözüm yollarının ileri sürülmesine ilişkin olarak girişimciyi dijital ürün pazarlarındaki kapsamlı davranış kurallarına uymakla yükümlü kıldığı yönünde bkz. **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 439.

⁴⁶³ Bkz. TTK m. 55/1/f/2; Karş. **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 439. Alman hukukunda tüketicinin korunmasına ilişkin kuralın Avrupa kökenli (Birlik müktesebatı içerisinde yer alan kurallar) olmasının piyasa davranış kuralı olarak sayılması için yeterli olduğu yönünde bkz. **A.e.**, s. 439, özl. dn. 37.

⁴⁶⁴ Direktif için bkz. çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32005L0029&from=DE> -25.06.2022.

⁴⁶⁵ **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 439 vd.

⁴⁶⁶ Alman hukuku yönünden aynı taleplerin ileri sürülmesinin mümkündür. Dayanak hükümler ve başvurunun esasları için ayrıca bkz. **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 439-440.

⁴⁶⁷ "Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament And Of The Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC", çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/> -11.06.2022.

⁴⁶⁸ 2020/1828, Art. 24/1.

edilmesine karşı AB genelinde toplu davalar açılabilmesi mümkün hale gelecektir⁴⁶⁹. Bu çerçevede atıf yapılan kurallar arasında 2019/770 sayılı Direktif (DCD) de yer almaktadır (*Annex I/par. 65*). Böylelikle tüketici dernekleri tespit ve tedbir hükümlerinin yanı sıra tüketiciler lehine eda hükmü edilebilir kararlar da almaya yetkili kılınacaktır⁴⁷⁰. 2020/1828 sayılı Direktif m. 9/6 uyarınca üye devletler: “*bir hukuki çarenin-“redress measure”⁴⁷¹ tüketicilere ayrı bir dava açmaya gerek kalmadan söz konusu hukuki çare uyarınca sağlanan çözümlerden yararlanma hakkı vermesini sağlamalıdır.*” Böylece topluluk davalarının karakteristik özelliği olan emsal tespit davası ve akabinde açılacak eda davası olmak üzere taleplerin iki ayrı davada ileri sürülmesi zorunluluğu ve bunun getirdiği zorluklar aşılmıştır⁴⁷². Direktif hükümlerinin üye devletlerde nasıl uygulanacağı ve tüketiciye temin edeceği avantajların neler olduğu henüz belli değildir. Ancak Türk hukukunda tüketicinin haklarını etkinleştirmek adına yol gösterici olabilecek önemli çözüm önerilerinin başında DCD’nin uyumlaştırılması olduğundan kuşku duyulmamalıdır. Sonuç itibarıyla tüketiciler haklarının gereklerine uygun davranılmasını temin etmek konusunda yalnız bırakılmamalıdır⁴⁷³.

D. Türk Hukukunda Durum ve Çözüm Önerileri

Türk hukukunda kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerini doğrudan ele alan ve ilgili kişinin veri karşılığı elde ettiği edimin gereği gibi ifa edilmemesini düzenleyen bir düzenleme yoktur. Bununla birlikte 2019-2023 yılı Kalkınma Planı (On Birinci Kalkınma Planı) uyarınca çevrimiçi hizmetlerde tüketicinin korunmasıyla ilgili mevzuatın gözden geçirilmesi öngörülmüştür. Ayrıca uygulamaların iyileştirileceği hususuna yer verilmiştir⁴⁷⁴. Bu iyileştirmelere örnek olarak DCD’nin katkısının ortaya konulması gerekmektedir. Bir diğer ifadeyle DCD

⁴⁶⁹ 2020/1828, Art. 2/1.

⁴⁷⁰ 2020/1828, Art. 7-9; Ayrıca bkz. **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 441.

⁴⁷¹ Hukuki çare ise (“redress measure”) aynı Direktif’in 3. Maddesi uyarınca (Art. 3/10): “*bir girişimcinin ilgili tüketicilere tazminat, onarım, değiştirme, fiyat indirimi, sözleşmenin sona ermesi veya ödenen bedelin iadesi gibi uygun ve Birlik hukuku veya ulusal hukuk kapsamında mevcut olan çözümleri sağlamasını gerektiren bir çaredir.*”

⁴⁷² **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 441.

⁴⁷³ **Metzger**, Verbraucherschutz, s. 442.

⁴⁷⁴ **Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı**, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), N. 521.1, s. 128.

yönelik eleştiri ve öneriler Türk hukukunun potansiyel sorunlarını bertaraf etmek bakımından önemlidir. DCD özellikle Art. 3/1/2. cümle kişisel verilere ilişkin sözleşme hukuku esaslarının geliştirilmesi adına temeli inşa etmekle birlikte, binanın daha sonraki planlama ve uygulamasını doktrin ve uygulamanın ellerine bırakmaktadır⁴⁷⁵. Bu başlık altında çalışma boyunca ortaya konulmuş sorunlara çözüm önerisi olduğu düşünülen görüş ve düzenlemeler dikkate alınarak bir hukuki çerçeve çizilmeye çalışılacaktır. Bu kapsamda:

(1) Veri koruma hukukunun, rızanın sözleşme ilişkisinde karşı edim olarak nitelendirilmesi önünde engel olmadığı hususunda tereddüt edilmemelidir⁴⁷⁶. Hali hazırda veri karşılığı sözleşmelerin akıbetini belirlemek ve bu hukuki ilişki için uygun çözümler geliştirmek, başta yargı ve doktrinin görevidir⁴⁷⁷. Bu görevin ifasında şüphesiz en güçlü araç mevcut borçlar hukuku hükümleri olacaktır⁴⁷⁸.

(2) Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerine yönelik düzenleme ihtiyacının yanında düzenlemenin ihtiyaçları karşılama imkânının teknolojik gelişmeler karşısında yetersiz kalma tehlikesine de dikkat çekilmelidir⁴⁷⁹. Doktrinde veri borçlar

⁴⁷⁵ **Metzger**, Festschrift, s. 59. Bir piyasa modelinin sınırlarının ne olduğu ve hangi yasal politika hedeflerine ulaşmak için hangi düzenleyici müdahalelerin uygun olduğu, yalnızca sözleşme uygulamasına bakılarak belirlenemez. Piyasalardaki güç ilişkilerini, her durumda mevcut olan bilgileri ve aynı zamanda ilgili kişilerin temel haklarını dikkate alan daha geniş bir bakış açısı gerektirmektedir. Bkz. **A.e.**, s. 60. DCD uyarınca karmaşık bir konu zaman baskısı altında ele alındığı yönünde ayrıca DCD'nin üye devletlerin kendi yasama girişimlerini engellemek gibi bir hukuk politikası amacına da hizmet ettiği yönünde bkz. **Sattler**, CR, s. 153. DCD'nin dijital ürünlerin konu edildiği sözleşmenin hukuki niteliği, rızanın geri alınmasının sözleşme ilişkisine etkisi ve sonuçları, zamanaşımı gibi önemli soruları ulusal düzenlemelere bıraktığından önemli açıklar içerdiği yönünde bkz. **Walker**, s. 137.

⁴⁷⁶ Alman hukukundaki reform önerisi ve DCD'nin iç hukuka aktarılmasından önce de doktrinde aynı görüş savunulmuştur. Bkz. **Leinemann**, s. 189.

⁴⁷⁷ Bu kapsamda Alman ve İsviçre hukukundaki içtihatlar ve yerleşik yargı uygulaması yol gösterici olabilecektir. **Leinemann**, veriye dayanan iş modelinin yansıması olan sözleşmelerin, ortak bir temele dayandığını ve homojen bir görünüme sahip olduğunu savunmakta ve sebeple hukuki ilişkinin düzenlenmesinde hukuk tekniği açısından bir engel bulunmadığını ifade etmektedir -Bu görüş DCD'nin iç hukuka aktarılmasından önce savunulmuştur-. Bkz. **Leinemann**, s. 190. Alman hukukunda DCD iç hukukun bir parçası haline getirilmişse de birçok noktada asli görevin yargıya düştüğü ve mahkemelerin Avrupa Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün uygulanacağı uyumsuzluklarla daha çok karşılaşacağı yönünde bkz. **Klink-Straub**, s. 3222, N. 46.

⁴⁷⁸ **Weber, Henseler**, s. 345. **Weber ve Henseler**, mevcut borçlar hukuku hükümlerinin veri karşılığı sözleşme ilişkilerine yönelik düzenleme ihtiyacını önemli ölçüde azaltmış olsa da hukuki belirlilik adına bu sözleşmelere özel hükümler ihdas edilmesinin makul olduğu kanaatindedir. **A.e.**, s. 345.

⁴⁷⁹ **Leinemann**, s. 190.

hukukunun ayrıca oluşturulması gerektiğini savunanlar olduğu gibi⁴⁸⁰, bu tür hukuki ilişkilerin yeteri kadar tanınmadığını ve düzenleme yapmanın erken bir adım olduğunu da ileri sürenler vardır⁴⁸¹. Bununla birlikte kanun koyucuların düzenleme yapma eğiliminde olduğu ifade edilmelidir⁴⁸². Bu kapsamda özellikle Avrupa Birliği düzeyinde ortak bir düzenlemenin bulunmaması, veri koruma hukuku esasları aynı olmasına rağmen, veri karşılığı hukuki ilişkilere uygulanacak esasların farklılaşması söz konusu olabilecektir⁴⁸³. Bu da birlik düzeyinde hem girişimci hem de ilgili kişi aleyhine sonuçların gündeme gelmesine yol açabilir⁴⁸⁴.

(3) Kişisel veri karşılığı sözleşmelerin düzenlenmemesi günün sonunda ilgili kişinin haklarını kullanmakta ve mahremiyetine duyduğu göstermelik/sözde özen karşısında girişimcilerin kendi menfaatlerini ön planda tutarak kaleme aldığı sözleşme hükümlerinin uygulanması anlamına gelmektedir⁴⁸⁵. Veriye dayalı iş modelleri kapsamında veri koruma esasları ve ilgili kişinin hakları göz ardı edilerek kişisel verileri mümkün olan en geniş ölçüde işlenmesine dayanmaktadır. Kullanıcıların kişisel verilerinin işlenmesindeki menfaatleri, yalnızca yasal olarak öngörülen asgari standartla ilgili olarak dikkate alınmaktadır. Özellikle kullanıcı dostu veri koruma kuralları veya standartları için piyasada bir rekabet yoktur; çünkü kullanıcıların talepleri piyasayı buna yönlendirmemektedir⁴⁸⁶. Veri işleme faaliyeti açısından müstakil veri (tek başına) anlam taşımamakta; diğerlerinin verileriyle

⁴⁸⁰ **Specht**, Vertragsfreiheit, s. 10 vd.; **Bijok**, s. 364-365.

⁴⁸¹ **Weizenbaum Institut**, “Statement on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content COM(2015) 634 (Digital Content Directive)”, s. 7, çevrimiçi, https://www.weizenbaum-institut.de/media/News/Statement/Statement_Weizenbaum-RG4-Statement-on-DCD-March2018.pdf-05.11.2021; Bu görüş için ayrıca bkz. **Leinemann**, s. 190 vd.

⁴⁸² DCD bu eğilimin bir sonucudur.

⁴⁸³ **Leinemann** da bu sebeple ortak bir düzenleme ihtiyacının varlığına dikkat çekmektedir. Bkz. **Leinemann**, s. 191 ve 211.

⁴⁸⁴ Aynı yönde bkz. **Loos**, s. 237, N. 24.

⁴⁸⁵ *Privacy paradoks* için ayrıca bkz. **Mario Martini**, Beck’sher Kompakt Kommentare-Datenschutz-Grundverordnung-Bundesdatenschutzgesetz, eds. Boris P. Paal, Daniel A. Pauly, 3. Auflage, 2021, DS-GVO Art. 25, N. 12, çevrimiçi, BECK-ONLINE-05.11.2021. Devletin bu durumu önlemek noktasında yasama organı vesilesiyle düzenleme yapmasının koruma yükümlülükleri kapsamında yer alıp almadığı hususu dahi tartışılmaktadır -sözleşme ilişkisinin düzenlenmesinin bu koruma yükümlülüğünün kapsamında olup olmadığı-. Bkz. **Leinemann**, s. 191.

⁴⁸⁶ **Boris P. Paal, Moritz Hennemann**, “Big Data As An Asset-Daten und Kartellrecht”, ABIDA-ASSESSING BIG DATA-Projektlaufzeit 01.03.2015-28.02.2019, s. 28, çevrimiçi, https://www.abida.de/sites/default/files/Gutachten_ABIDA_Big_Data_as_an_Asset.pdf - 05.11.2021.

birleştirildiğinde bir değer haline gelmektedir. Girişimciler bu özellikli durumu kullanmakta; tüketiciler “hep birlikte” hareket edemediklerinden pazarlık gücüne sahip olamamaktadır.

(4) İlgili kişiyi, kişisel verilerin iş modelinde bir karşılık olduğu ve bu sebeple birtakım haklara sahip olduğu noktasında duyarlı hale getiren –adeta onu uyaran- bir düzenlemenin, kişinin bilgilerinin geleceğini belirleme hakkının varlık amacına ve ilgili kişinin haklarına olumlu yönde bir etkisi olacağı muhakkaktır⁴⁸⁷. Dolayısıyla açık rızanın bir sözleşmesel karşılık teşkil ettiği hususunda düzenleme yapılması, ilgili kişinin farkındalığını artıracaktır⁴⁸⁸. Yapılacak düzenlemeyle ilgili olarak öncelikle ifade edilmesi gereken husus kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde, ilgili kişinin haklarının ediminin niteliğinden etkileneceğinin göz ardı edilmemesi gerektiğidir. Kişisel veri karşılığı sözleşmeye taraf olan ilgili kişinin para ile söz konusu edimden istifade eden kişiden ediminin niteliği gereği farklı bir konumda olduğu atlanmamalıdır⁴⁸⁹.

(6) Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkileri düzenlemek bakımından ilk adım olan DCD’nin amacı, kişisel veri karşılığı hizmet yahut içerik alan tüketiciyle para karşılığı alanın korunma ihtiyacı yönünden farklı bir durumda olmadığıdır. DCD ilk taslak halinden yürürlüğe giren son haline kadar tüm metinlerde ortak kabul, tüketicinin herhangi bir miktarda para ödememesi, ancak buna rağmen kişisel verilerinin işlenmesine rıza gösterilmesi halinde korunması gerektiğidir⁴⁹⁰. Ancak bu koruma ilişkilerin aynı hükümlere tabi olunması ile gerçekleştirilemez-mutlak birlik esası-. Kişisel verinin niteliği ile paranın niteliği bunun önündeki engeldir. Aksine bu iki ilişki türünün aynı hükümlere tabi tutması ulaşılmak istenen amaca aykırı sonuçların doğmasına sebep olacaktır.

(7) Tüketicinin haklarına yönelik mevcut düzenlemeler, para karşılığı alınan hizmet, ürün yahut içerik esaslıdır. Ancak bu yaklaşım, kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından yetersiz kaldığı gibi anlamsız sonuçları da beraberinde

⁴⁸⁷ Metzger, AcP, s. 865; Leinemann, s. 193.

⁴⁸⁸ Leinemann, s. 193. *Leinemann*, DCD’nin taslak metninde açıkça karşılık olarak kişisel veriden bahsediliyor olmasının oldukça önemli bir dönüm noktası olduğunu ifade etmektedir. *Leinemann*’a göre böylece verilerin, özellikle kişisel verilerin ekonomik değerine vurgu yapılmış ve bu durum yasal olarak tanınmış olacaklardır. Bkz. *A.e.*, s. 200.

⁴⁸⁹ Leinemann, s. 215.

⁴⁹⁰ Leinemann, s. 210.

getirmektedir. Bu kapsamda gereği gibi ifa etmeme halinde bedelde indirimin niteliği itibarıyla kişisel veri karşılığı sözleşmelerde ilgili kişinin sahip olabileceği bir hak olmadığı tespit edilmelidir. Taraflar arasındaki ilişkinin içeriği ve veri işleme faaliyetinden girişimcinin gelir elde etmiş olacağı dikkate alınarak bu hakka ikame ve sona erdirme hakkına da alternatif çözümlere, DCD hükümleri incelenirken değinilmiştir. Tekrara düşmemek adına hem sona erme hakkına alternatifler hem de sona ermenin sonuçları bakımından bu kısma atıf yapılmakla yetinilecektir⁴⁹¹.

(8) Çevrimiçi ürünlere yönelik tüketici beklentilerini konu alan deneysel çalışma uyarınca, bu ürünü ücret/bedel karşılığı elde eden tüketici ile veri karşılığı ücretsiz temin eden tüketicinin üründen beklentisi arasında dikkate değer bir fark yoktur. Öyle ki buna tüketicinin sahip olacağı hukuki koruma mekanizmaları da dahildir⁴⁹². Bu çalışma uyarınca özellikle tüketici beklentisinin güncellemeler vasıtasıyla gerçekleştirilecek onarım olduğu ortaya konulmuştur⁴⁹³. Bu çalışmaya dayanılarak iki tüketici grubunun aynı hukuki esaslar çerçevesinde korunmasının mümkün ve uygun olduğu -tüketici beklentileri de esas alındığında- savunulmuştur⁴⁹⁴. Bununla birlikte çalışmanın sadece tüketicinin hakları yönünden bir değerlendirme içerdiğine ve ilgili hukuki ilişkilerin niteliğinin göz ardı edildiğine dikkat çekilmelidir. Tüketicinin sahip olması gereken imkânlar bakımından faydalı bir çalışmaysa da bu çalışma uyarınca kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde ilgili kişinin edimine yönelik özel düzenleme ihtiyacına temas edilmediğine ayrıca dikkat çekilmelidir.

(9) Sonuç itibarıyla girişimcinin kişisel verilerin, ticari amaçlarla işlenmesine veri koruma hukuku uyarınca rıza verilmesinin sinallagmatik bir asli edim

⁴⁹¹ Bkz. Üçüncü Bölüm/II./A./3.

⁴⁹² **Madalena Narciso**, “Consumer Expectations in Digital Content Contracts-An Empirical Study”, Tilburg Private Law Working Paper Series, No. 01/2017, s. 20, çevrimiçi, SSRN-30.11.2021. Çalışma kapsamında Tilburg Üniversitesi’ndeki “*Menza’da*” (yemekhane-kafeterya) 18-38 yaş arası farklı bölümlerde ve eğitim düzeyinde eğitim gören veya mezun 40 kişiye üniversitenin lisans eğitimin ilk senesinde üniversitenin işleyişi, dersler ve sınavlar hakkın bilgiler içeren bir uygulamayı mail adreslerini vererek yahut 4.99 Euro karşılığı indirme hayali deneyimlerine yönelik kalite beklentileri ve karşılaştıkları uygulama hatalarında sahip olmayı bekledikleri hukuki imkânlarla yönelik beklentileri ücret ödeyenler ve ödemeyenlerden olmak üzere iki ayrı grup oluşturup sorulmuştur. Bkz. **Narciso**, s. 6 vd.

⁴⁹³ **Narciso**, s. 20.

⁴⁹⁴ **Narciso**, s. 20-21.

yükümlülüğü olduğu ve açık rızanın ifa teşkil ettiği açıkça düzenlenmelidir⁴⁹⁵. Böylece karşılıklı borç yüklen bir ilişkinin var olduğuna dair tereddütler giderilmiş olacaktır. Bu noktada kişisel veri karşılığı hukuki ilişkinin veri işleme faaliyeti sebebiyle sürekli borç doğuran karakteri göz ardı edilmemelidir. Kişisel veri karşılığı olmanın hem edimin kendisi için hem de karşı edime yönelik borca aykırılıklara etkisi sebebiyle özel hükümleri olmalıdır⁴⁹⁶.

III. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Sona Ermesinde Özellikli Haller

Bir önceki bölüm kapsamında açık rızanın geri alınmasının sonucu olarak taraflar arasındaki hukuki ilişkinin sona ermesi incelemeye tabi tutulmuştur. Buna ek olarak girişimcinin borcunu sözleşmeye uygun ifa etmemesinin bir sonucu olarak da sözleşme ilişkisinin sona erebileceği halleri -olağanüstü fesih- de incelenmiştir⁴⁹⁷. Burada kişisel verilerin işlenmesinin süreklilik arz eden niteliği sebebiyle taraflar arasındaki ilişkinin olağan sona erme rejimine yönelik sınırlar belirlenmeye gayret edilecektir. Girişimcinin ediminin niteliği de göz önünde bulundurularak öncelikle taraf iradesine dayanan sona erme ihtimali mercek altına alınacaktır. Akabinde ölümün kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerine etkisi ayrıca değerlendirilecektir. Ölümün etkisi, çalışmanın kapsam itibarıyla sınırlarıyla da uyumlu olarak veri karşılığı sözleşme ilişkisinin akıbetinin incelemesine yöneliktir. Bu durumun bir sonucu olarak örneğin sosyal medya hesabının kendisinin bizzatıhi terekede yer alan

⁴⁹⁵ Alman Medeni Kanunu uyarınca yapılan değişiklikten önce Alman doktrininde bu görüşü savunan yazarlar için bkz. **Leinemann**, s. 220. *Leinemann*, düzenlemenin genel hükümler kısmında yer alması gerektiği kanaatindedir. Bkz. **A.e.**, s. 220.

⁴⁹⁶ Söz konusu düzenlemenin veri koruma hukukunda Avrupa düzeyinde değişikliğe yakın zamanda açık olmadığı dikkate alınarak mümkün olduğunda veri koruma hukuku esasları göz önünde bulundurularak yapılması gerektiği yönünde ayrıca bkz. Arbeitsgruppe-Digitaler Neustart, s. 208; **Leinemann**, s. 220.

⁴⁹⁷ İkinci bölüm tezin kapsamın da uygun olarak kişisel veri karşılığı hukuki ilişkiler bakımından özellikli olağanüstü fesih-sona erme hallerine hasredilmiştir. Bölümde yer alan haller dışında da gerek girişimci gerekse tüketicinin sözleşme ilişkisini haklı sebeple sona erdirmeye imkânı çeşitli gerekçelerle mevcudiyetini koruyacaktır. Alman hukuku yönünden ayrıca bkz. **Metzger**, MüKo, BGB § 327q, N. 13 -Sözleşme ilişkisinin sürdürülmesi kendisinden çeşitli nedenlerle beklenemeyen taraf, BGB § 314 hükmüne dayanarak sözleşme ilişkisini sona erdirebilir-.

bir değer olup olmadığı sorusu bu çalışmanın ve dolayısıyla bu bölümün konusunu oluşturmamaktadır.

A. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerin Olağan Feshi

1. Olağan Fesih Kavramı

Sözleşme ilişkisini iradi olarak sona erdirmek arzusunda olan taraf çoğu zaman girişimci değil ilgili kişi olacaktır. Veriye dayalı iş modeli, süreklilik arz eder nitelikte veri işlenmesi esasına dayanmaktadır. Sürekli borç ilişkileri, sona erme sebeplerini işlemin niteliğinde yer almaması nedeniyle çeşitli defalar zikredildiği üzere bu tür sözleşmelerin sona erme esasları diğer ilişkilere nazaran özelliğidir⁴⁹⁸. Tarafların sürekli borç ilişkisinin ne zaman sona ereceğini açıkça yahut zımnen kararlaştırmaları mümkündür -belirli süreli sözleşme-⁴⁹⁹. Bununla birlikte taraflar, sözleşmenin ne zaman sona ereceğini düzenlememiş olabilir -belirsiz süreli-⁵⁰⁰. Veri karşılığı hukuki ilişkilerde bir sözleşme süresi öngörülmüş olabileceği gibi, uygulamada yaygın olan sona erme zamanına yönelik bir hükmün yer almamasıdır. Bir diğer ifadeyle sözleşme ilişkileri genelde belirsiz sürelidir.

Tüketicinin kişisel verilerinin işlenmesine rıza göstermesinin herhangi bir zaman sınırlamasının söz konusu olmadığı, bu nedenle rızanın herhangi bir son kullanma tarihi olmadığı ifade edilebilecektir⁵⁰¹. Rızanın koşullarını girişimcilerin belirlediği dikkate alındığında sürenin, girişimci aleyhine öngörülmesi bir ihtimal olmaktan uzaktır⁵⁰². Taraflar arasındaki sözleşmenin bir süre içermiyor olması ilgili kişinin rızasını geri alma hakkı üzerinde etkili olmadığı gibi bir süre belirlenmesi de veri işleme faaliyetine yönelik rızasını geri alma hakkını etkilemeyecektir. Bununla

⁴⁹⁸ Bir sürekli borç ilişkisinin kurulmasıyla hedef tutulan bu borç ilişkisinin bir süre boyunca istikrarlı şekilde devam etmesidir. Bkz. **Gauch**, s. 18.

⁴⁹⁹ **Gauch**, s. 19 vd.; **Saibe Oktay**, “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, İÜHFM, Cilt: 55, Sayı: 3, Yıl: 1997, s. 210. (“Sona Erme”).

⁵⁰⁰ Sonsuz süreli sözleşmelerin sözleşmenin sona erme düzeni içermesi yönüyle belirli süreli olarak isimlendirilmesi gerekmektedir. Bkz. **Gauch**, s. 20, 21; **Seliçi**, s. 137 vd; **Oktay**, Sona Erme, s. 213. Bu nitelendirmenin bir sonucu olarak sözleşme taraflarından birinin yaşamı boyu sürmesi hedeflenen sözleşmelerin -belirli süreli sözleşme-, ancak olağanüstü fesih suretiyle sona erdirilebileceği ifade edilmektedir. Bkz. **Karabağ Bulut**, s. 234. Bu tür ilişkilerin süre yönünden TMK m. 23/2 denetimine tabi tutulacağı yönünde ayrıca bkz. **Karabağ Bulut**, s. 236.

⁵⁰¹ **Schulz**, DSGVO, Art. 7, N. 58; **Walker**, s. 193.

⁵⁰² **Walker**, s. 193-194.

birlikte ilgili kişinin özellikle nihai olarak bir menfaat elde ettiği hallerde, sözleşme ilişkisini sona erdirmesinin tazminat tartışmalarına yol açmadığı ihtimali belirlenmelidir. Ayrıca bu kişinin kullanım karşılığı tazminat ödemesinin gerekmediği ihtimalinin üzerinde de durulmalıdır.

Bilindiği üzere olağan fesih, tarafların fesih hakkını kullanmak için herhangi bir sebebe ihtiyaç duymadıkları hali ifade eder⁵⁰³. Taraflar ve kanun koyucu özellikle belirsiz süreli hukuki ilişkiler bakımından fesih-ihbar sürelerine uyularak ilgili hukuki ilişkinin bir sebep gösterilmesine gerek olmaksızın sona erdirilmesine yönelik düzenlemeler öngörmektedir⁵⁰⁴. Ayrıca tarafların, sözleşme ilişkisinin asgari süresinin belirlenmesi ve bu sürenin sonunda yine fesih-ihbar sürelerine uyulmak kaydıyla ilişkinin sona erdirilmesi imkânını öngörmeleri de mümkün ve yaygındır. Bu kapsamda bir sözleşme ilişkisinin olağan feshine dair kanunda herhangi bir düzenleme bulunmadığı takdirde⁵⁰⁵ sözleşmede yer alan boşluğun olağan fesih imkânıyla doldurulması gerektiği kabul edilmektedir⁵⁰⁶.

2. Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelerde Olağan Fesih İmkânı ve Asgari Sözleşme Süresi

Veri işleme faaliyetinin mümkün olduğunca süreklilik arz etmesi arzusunda olan girişimci, prensipte sözleşmenin süresine yönelik bir sınırlama yapmak iradesine olmayacaktır. Bununla birlikte kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde süreklilik arz eden edimin ileriye etkili olarak ifasının talep edilmesi her zaman

⁵⁰³ **Gauch**, s. 39; **Seliçi**, s. 132; Ör. TBK m. 328-330.

⁵⁰⁴ Bu ihtimalde feshin amacı, “*sorunsuz bir şekilde ifa edilen bir borç ilişkisinin süresini sınırlamak*”, olduğu için bu suretle sözleşmenin sona erdirilmesi olağan fesih olarak adlandırılır. Bkz. **Gauch**, s. 39; **Seliçi**, s. 132; **Oktay**, Sona Erme, s. 231. Olağanüstü fesih sürekli borç ilişkisinin sona ermesinin etkisi yönüyle olağan fesihten farklı değilse de amaç yönüyle olağan fesihten ayrılmaktadır. Olağanüstü fesih, ifasına başlanmış bir sözleşmenin, öngörülemeyen ve sonradan ifa sürecini engelleyen birtakım hallerin ortaya çıkması dolayısıyla taraflardan birinin hukuki ilişkiyi sona erdirmek yönündeki irade açıklamasıdır. Bkz. **Gauch**, s. 63 vd.; **Seliçi**, s. 156 vd.; **Karabağ Bulut**, s. 235. Olağanüstü fesih (haklı sebeple fahis) imkânının özel hükümler vasıtasıyla tüm sürekli borç ilişkileri için kıyasen (ilke kıyas) genişletilebileceği yönünde bkz. **Gauch**, s. 173 vd. Bu durumun hukukun genel ilkelerinin kıyası suretiyle kural koyma haline örnek teşkil ettiği yönünde ayrıca bkz. **Gökhan Antalya**, Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt I: Hukuk Teorisi, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019, s. 529.

⁵⁰⁵ Bu durum sözleşmede hiç düzenlenmemiş olabileceği gibi sadece olağan fesih imkânı düzenlenmemiş olabilir. bkz. **Seliçi**, s. 112.

⁵⁰⁶ **Seliçi**, s. 112, 132; **Oktay**, Sona Erme, s. 216; **Karabağ Bulut**, s. 235.

mümkündür. İlgili kişinin her zaman veri işleme faaliyetini ve sözleşme ilişkisini sona erdirmeye imkânı bulunmaktadır. Bu sebeple veri karşılığı hukuki ilişkilerde ilgili kişinin kişisel verinin işlenmesine yönelik rıza için asgari süre taahhüdünde bulunması mümkün ve bağlayıcı değildir. Bununla birlikte bu tür bir hüküm, ilgili kişinin veri karşılığı elde ettiği menfaatin ne kadar süreli bir veri işleme faaliyetinin gerçekleştirilmesi sonrası karşılığının elde edilmiş olacağının belirlenmesi bakımından yol gösterici olabilecektir. Dolayısıyla söz konusu asgari bağlılık gösterilmesi gereken süreyi belirleyen hüküm, ilgili kişinin rızasını geri alınmasının sonuçlarına etki edecektir. İlgili kişinin, rızasını geri almasına engel olmamakla birlikte, bu süre bir kullanım karşılığı yahut bir tazminat ödemesine gerek olmaksızın bu sürenin sonunda sözleşme ilişkisini sona erdirebileceği ifade edilebilecektir⁵⁰⁷.

Buna ek olarak taraflar asgari süre⁵⁰⁸ yahut sözleşme ilişkisi bakımından herhangi bir süre belirlememişlerse girişimcinin ediminin niteliği esas alınarak fesih-ihtar sürelerinin belirlenmesi ve bu sürelerle riayet edilmesi halinde ilgili kişi yönünden herhangi bir olumsuz sonucu olmaksızın⁵⁰⁹ sözleşme ilişkisi sona erdirilebilir⁵¹⁰.

B. Ölümün Kişisel Veri Karşılığı Sözleşmelere Etkisi

Ölüm olayıyla birlikte hak süjesi ortadan kalkacaktır. Her hukuk düzeninde hak süjesinin hayatta iken sahibi olduğu hem özel hukuk alanındaki hem de kamu hukuku alanındaki haklar, borçlar ve hukukî statülerin sahibinin ortadan kalmasının bu statülere, haklara ve borçlara etkisi belirlenmiştir⁵¹¹. Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkileri için de Türk hukukundaki genel ilke ve esaslar dikkate alınarak bir sonuca ulaşılması mümkündür. Bu kapsamda öncelikle kanuni düzenin ortaya

⁵⁰⁷ Söz konusu sürenin makul olup olmadığı ise her somut olayın özelliği dikkate alınarak değerlendirilecektir.

⁵⁰⁸ Herhangi bir sözleşme ilişkisi bakımından belirlenen asgari sürenin kişilik hakkına aykırılık sebebiyle geçersiz olabileceği yönündeki değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Karabağ Bulut**, s. 229 vd.

⁵⁰⁹ Kullanım karşılığı ve/veya sair zarar giderim yükümlülüğü bakımından ayrıca bkz. Üçüncü Bölüm/1./2.

⁵¹⁰ Abonelik esasına dayanan sözleşmeler bakımından -gazete üyeliği-, abonelik için süre öngörülmesi mümkün ve geçerlidir. Ancak bu süre zarfında da ilgili kişi, rızasını geri alabilir.

⁵¹¹ **Akkanat**, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 1. Zira ölüm, insanın tarafı yahut bir şekilde dahil olduğu hukukî ilişkilerinin, o anda bulundukları haliyle kesilmesine sebep olan hukuki olaydır. Bkz. **A.e.**, s. 1.

konulması ve akabinde özellikle sosyal medya platformlarının kullanım koşulları uyarınca öngörülmüş hükümlerin değerlendirilmesi isabetli olacaktır.

Bu değerlendirmelere geçmeden önce kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde ilgili kişinin ölümünün bu başlık kapsamında ele alınacağı ifade edilmelidir. Veriye dayalı iş modelinde girişimci süreklilik arz eden ticari faaliyeti yürüten taraf çoğu zaman bir tüzel kişi olacaktır. Girişimcinin gerçek kişi olması ihtimali bu başlık kapsamında ayrıca incelenmeyecektir. Bunun sebebi söz konusu ihtimalde ölümün sözleşme ilişkisine etkisinin ayrıca değerlendirmeyi gerektirir bir yönünün bulunmamasıdır.

1. Ölümün Borçlar Hukuku Sözleşmelerine Etkisine İlişkin Genel Esaslar

Türk Medeni Kanunu uyarınca ölüm, gerçek kişinin hak ehliyetinin -kişiliğin- sona ermesine yol açan bir sebeptir (TMK m. 28/1). Ayrıca hak sahibinin ölümle ortadan kalkmış olması sebebiyle ortaya çıkması söz konusu olan hukuki soru ve sorunlara ilişkin çeşitli kurallar öngörülmüştür⁵¹². Bu çerçevede ölüm, ölen kişinin mirasının geçiş sebebidir. Mirasın geçişine-intikaline ilişkin kurallar iki önemli esastan hareket edilerek düzenlenmiştir. Birinci esas temellerini Roma Hukukunda bulan “*küllî halefiyet*” ilkesi; diğer esas ise temellerini Cermen Hukukunda bulan “*kanun gereği kazanma (ipso iure)*” ilkesidir (TMK m. 599)⁵¹³. Buna göre ölen kişinin (*mirasbırakanın*) sahibi bulunduğu haklar ve borçlar, kural olarak yeni hak sahiplerine geçerek varlıklarını devam ettirirler.

Miras yoluyla intikali mümkün bütün hukukî statüler bir bütün olarak tek olayla -ölüm- ve kendiliğinden mirasçılara geçer. Mirasbırakanın terekesinde yer alan her bir hakkın devri için kanun tarafından aranmakta olan şekil kuralları, mirasın kazanılması hali için geçerli değildir. Miras yoluyla intikal, özellikle taşınmaz

⁵¹² Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 1.

⁵¹³ Bu ilke uyarınca bir kimsenin ölümü halinde onun malvarlığını oluşturan haklar ve borçlar kural olarak yok olmaz ya da çeşitli parçalara ayrılmaz. Aksine söz konusu malvarlığı değerlerinin tamamı bir bütün olarak yeni hukuk öznese/öznelerine (*mirasçı(lar)*) geçer. Bkz. Necip Kocayusufpaşaoğlu, Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1987, s. 46 (“Miras”); Mustafa Dural, Turgut Öz, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 20, N. 6 (“Miras”); Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 2.

üzerindeki haklar için tapuda işlem yapılmasına ve menkuller için zilyetliğin devrine, menkul rehni için teslime vb. gerek kalmaksızın kazanılması neticesini doğurur⁵¹⁴.

Mirasbırakanın ölümüyle birlikte mirasçılara intikal eden tereke, kural olarak mirasbırakanın malvarlığına eşittir⁵¹⁵. Bununla birlikte ölümle mirasçılara, intikal eden sadece devri ve intikali mümkün özel hukuk ilişkileridir. Bunun dışında ölenin şahsına bağlı olan haklar ölümle birlikte sona erecektir. Bu sebeple malvarlığı ve tereke kavramları eş kapsamlı değildir⁵¹⁶. Mirasbırakanın malvarlığında yer almasına rağmen, terekede yer alamayan hukukî ilişkiler, borçlar ve haklar mevcut olabileceği gibi bunun aksine mirasbırakanın malvarlığında bulunmayıp sadece terekesinde yer alan haklar, borçlar yahut hukuki ilişkiler de söz konusu olabilir⁵¹⁷.

TMK m. 599 gereği, mirasbırakana ait borçlar da kural olarak mirasçılara intikal eder⁵¹⁸. Ancak mirasbırakanın tüm borçlarının terekede yer alması söz konusu değildir. Borcun niteliği gereği mirasbırakanın şahsı önem taşıyor, bir diğer ifadeyle borcun münhasıran ve mutlak suretle mirasbırakan tarafından yerine getirilmesi zorunluysa mirasbırakanın bu tür borcu/borçları, terekeye dahil değildir ve mirasçılara intikal etmeyecektir⁵¹⁹. Borç ilişkisinin mirasçılara intikal edip etmeyeceği, borç ilişkisiyle giderilmesi hedef tutulan ihtiyacın giderilmesi için gerçekleştirilmesi zorunlu borçlu hareketinin “*belirli bir borçlunun şahsına bağlanıp bağlanmadığı veya başka bir şahıs tarafından da yerine getirilmesi imkânının bulunup bulunmadığı*” tahlil ve takdir edilerek belirlenecektir⁵²⁰.

Mirasbırakanın kural olarak kişilik hakkı kapsamında yer alan kişilik değerleri miras yoluyla mirasçılara intikal etmeyecektir⁵²¹. Bu değerler üzerindeki

⁵¹⁴ Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 45.

⁵¹⁵ Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 77.

⁵¹⁶ Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 77.

⁵¹⁷ Kocayusufpaşaoğlu, Miras, s. 31; Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 77.

⁵¹⁸ “Dolayısıyla “tereke (=miras)” kavramının zorunlu içeriğinden birisini de mirasbırakana ait borçlar teşkil eder.” (Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 78).

⁵¹⁹ Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 138; Lena Kunz, J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht-Einleitung zum Erbrecht; §§ 1922-1966, eds. Lena Kunz, Tanja Mešina, Gerald Otte, Olaf Werner, Berlin, Sellier De Gruyter, Neubearbeitung 2017, BGB § 1922, N. 470.

⁵²⁰ Akkanat, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 138; Kunz, BGB § 1922, N. 472.

⁵²¹ FSEK m. 19 uyarınca eser sahibinin manevi hakları mirasçılara bu özel kanun hükmü uyarınca intikal edecektir.

hak sahipliği nitelikleri gereği ölenin kişiliğiyle kaimdir⁵²². Kişisel veriler de bir kişilik değeridir. Ancak ölümün kişisel verilerin bu niteliği üzerinde de farklı bir etkisi söz konusudur. Ölen kişinin verileri, ölümle birlikte veri koruma hukukunun koruma alanı kapsamından çıkmaktadır⁵²³. Bu sebeple ölüm kişisel verinin tabi olduğu koruma rejimini ve dahası verinin bu niteliğini -kişisel veri- ortadan kaldırmaktadır⁵²⁴.

Kişisel verilerin konu edildiği sözleşme ilişkileri bakımından ölümle birlikte ilgili kişinin açık rıza gösterme imkânının da sona erdiği ve bu sebeple ölümün taraflar arasındaki hukuki ilişkiyi sona erdirdiği kabul edilmelidir⁵²⁵. Bu sonuç kişisel verinin şahıs varlığı hakkı olmasının tabii bir sonucudur. Ölümle birlikte ölen ilgili kişiye ait veriler, kişisel veri niteliğini kaybedeceği gibi bu kişi yerine kişisel veri sağlanması borcunu ifa edebilecek bir mirasçı da mevcut olamayacaktır. İlgili kişinin edimi sadece kendisi tarafından ifa edilebilecek ve hayatta olmasını gerekli kılar niteliktedir. Bir kişinin kullanım alışkanlıkları başta olmak üzere kişisel verileri ancak o kişi hayatta ise işlenip veriye dayalı sözleşme ilişkisinin amacının gerçekleşmesini sağlayabilecektir.

⁵²² İnsanlık onuru, ölünün şeref ve haysiyeti gibi kişilik değerlerinin farklı gerekçe ve esaslarla da olsa varlığını bir suretle devam ettirdiği ve himaye göreceği kabul edilmektedir. Sonuç itibarıyla ölüm kişinin hak ehliyetinin, dolayısıyla kişilik hakkının sona ermesine sebep olsa da kişiliğe ilişkin korumanın da bütünüyle ortadan kalkması söz konusu olmayacaktır. bkz. **Piera Beretta**, Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, eds. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018, Art. 31 N. 40. Kişiliğin ölüm sonrasında da korunmasını sağlayacak birtakım haklar ortadan kalmayacaksa da bu hakkın kendisinin -kişilik hakkı- mirasçılara intikal ettiği ve dolayısıyla terekede yer aldığı sonucuna ulaşamaz. Bu yönde bkz. **Akkanat**, Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, s. 85-85.

⁵²³ *Dibace* 27 uyarınca da ölen kişinin verilerinin korunmasına yönelik ayrı koruma esasları öngörülebileceği ifade edilerek ölümün kişisel veriler üzerindeki etkisini ortaya koymaktadır. Ölmüş kişilerin verileri GDPR Art. 4/1 uyarınca kişisel veri değildir. bkz. **Bygrave/Tosoni**, Art. 4(1), s. 112. Bununla birlikte Danimarka hukuku uyarınca 10 yıl süreyle ölen kişinin verileri aynı korumadan istifade ettiği gibi İtalyan hukuku uyarınca da ölen kişinin verileri için sınırlı bir koruma imkânı öngörülmüştür. Bkz. **Bygrave/Tosoni**, Art. 4(1), s. 112.

⁵²⁴ **Çekin**, KVKK, s. 44. Bir ölüye ait olmakla birlikte söz konusu verinin hayatta olan bir kişiyle ilişkili olması halinde veri, kişisel veri niteliğini muhafaza edecektir. Bkz. **Bygrave/Tosoni**, Art. 4(1), s. 112; örneğin ölen kişinin genetik hastalıkları hakkındaki veriler, sadece bu kişiyle ait değildir. Aynı zamanda kişinin alt ve üst soyunun da kişisel verisidir. Bu kişi çevresi bakımından genetik veriler kişisel veri niteliğini koruyacaktır. Bkz. **Kühling**, DS-GVO, Art. 4/1, N. 7. Ayrıca bkz. Kişisel Sağlık Verileri Hakkında Yönetmelik, m. 11/2.

⁵²⁵ **Büchler**, İsviçre hukuku uyarınca kişilik değerlerinin konu edildiği sözleşme ilişkilerini incelediği eserinde ilgili kişinin ölümüyle bu ilişkinin de sona ereceğini savunmaktadır. bkz. **Büchler**, Festschrift, s. 188.

Ayrıca vurgulanmak gerekir ki mirasçılara, ölen kişinin hesabına erişim imkânının sunulmasıyla veri karşılığı hukuki ilişkinin devam etmesi farklıdır. Ölümle birlikte mirasçıların malvarlığına bir değer ve intikali mümkün bir değer olarak ilgili sosyal medya hesabının da geçmesi mirasbırakanla sosyal medya platformu arasındaki sözleşme ilişkisinin devam ettiği anlamına gelmez. Bu ilişkinin niteliği gereği artık mirasbırakanın borcunun ifası mümkün değildir. Mirasbırakan yerine onun kişisel verilerini hiç kimse açık rıza göstererek işleme faaliyetinin konusu haline getiremez⁵²⁶. Mirasbırakanın ölümüyle verilerinin bu niteliği sona erdiği gibi veri bu niteliğini muhafaza etseydi dahi açık rıza beyanında bulunma imkânı sona ermiştir. Bu takdirde borcun ifasının imkânsızlaştığı kabul edilmelidir.

Hesaba erişim imkânının tanınması ve bu imkânın esaslarının belirlenmesiyle sona ermiş ilişkinin art etkisi olarak ele alınabilecektir. Sonuç itibarıyla örnekteki sosyal medya hesabının (*Facebook* hesabı) kendisinin ekonomik değerinin ve terekenin bir unsuru olduğunun kabul edilmesiyle kullanım sözleşmesinin durumu ve terekedeki yeri ayrı ele alınmak durumundadır. Özellikle sosyal medya platformlarında yaygın olan ölümün bu hukuki ilişkiye hesaba erişim imkânı yönüyle etkisini düzenleyen sözleşme hükümlerine de temas edilmesi gerekmektedir.

2. Sosyal Medya Kullanım Sözleşmelerinde Kullanıcının Ölümünü Konu Alan Hükümler

Sosyal medya platformları, kullanıcının ölümünden sonra ilgili hesabın akıbetine yönelik yaşanan uyuşmazlıklar sebebiyle⁵²⁷ platform kullanıcı

⁵²⁶ İlgili kişinin ölümü sonrası kullanıcı sözleşmesinin şahsa bağlı karakteri gereği mirasçılar tarafından kullanılmasının mümkün olmadığı bir diğer ifadeyle ilişkinin dolaylı olarak ifade edilmişse de sona erdiği yönünde ayrıca bkz. **Antonia Kutscher**, *Der digitale Nachlass*, Göttingen, V&R unipress, 2015, 93; **Mario Martini**, Thomas Kienle, “Facebook, die Lebenden und die Toten”, *JuristenZeitung (JZ)*, Vol. 74, Heft, 5, 2019, s. 235. **Bijok**, s. 390

⁵²⁷ Savaşta vefat eden asker oğullarının *Yahoo* uzantılı mail hesabına erişmek isteyen ailenin talebinin reddine yönelik şirket uygulamasının uyuşmazlık konusu olduğu karar için bkz. *Order to Produce Information, In re Estate of Ellsworth, No. 2005-296,651-DE (Mich. Prob. Ct. Mar. 4, 2005)*. Uyuşmazlıkla ilgili mahkeme (Michigan, Oakland) *Yahoo* aleyhine ve aile lehine hesaba erişim imkânı verilmesi yönünde emir içeren hüküm tesis etmiştir. Karara ilişkin değerlendirmeler için ayrıca bkz. **Rebecca G. Cummings**, “The Case Against Access to Decedents’ E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy”, *Minnesota Journal of Law, Science & Technology*, 15/2, 2014, s. 898 vd., çevrimiçi-<https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/163821/Cummings.pdf> -07.11.2021. Kızlarının ölümü sonrası Facebook hesabına erişmek isteyen ailenin talebini reddeden *Facebook*, Alman Federal Mahkemesi tarafından sosyal medya hesabına erişim imkânının

sözleşmelerinde kullanıcıya ölümünden sonra hesabın durumunu belirleme imkânını sunan hükümlere yer vermeye başlamıştır⁵²⁸. Örneğin “Facebook Hizmet Koşulları” başlığını taşıyan metin uyarınca:

“Anıtlaştırılması⁵²⁹ halinde hesabınızı yönetecek bir kişi (hesap vârisi olarak anılacaktır) belirleyebilirsiniz. Hesabınız anıtlaştırıldıktan sonra, hesabınızdaki bilgilerin açıklanması sadece hesap vârisiniz tarafından ya da vefat ettiğinizde veya iş göremez duruma geldiğinizde içeriklerinizin açıklanmasını istediğinizi açıkça beyan eden geçerli bir

tarafar arasındaki sözleşme ilişkisinin terekede yer alan bir değeri olarak mirasçılara intikal ettiği gerekçesiyle erişim izni verilmesi gerektiği yönünde karar verilmiştir. BGH, Urteil vom 12.7.2018 – III ZR 183/17, NJW, 2018, 3178, çevrimiçi-BECK-ONLINE-07.11.2021. Alman Federal Mahkemesinin kararının hukuk tekniği ve taraf iradesine uygunluğu tartışma konusu edilebilecekse de bu tartışma, çalışma kapsamının dışında kalmaktadır. Karara ilişkin değeriendirmeler için ayrıca bkz. **Dieter Leipold**, Münchener Kommentar zum BGB-Band 11, 8. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2020, BGB § 1922 Gesamtrechtsnachfolge, N. 32 vd., çevrimiçi, BECK-ONLINE-07.11.2021.

⁵²⁸ Bu hükümlerin, tarafların ortak menfaatlerine hizmet etmediği ve geçerlilik sorunuyla karşılaşacağı yönünde -özellikle genel işlem koşulu niteliğinde olması ve sadece girişimcinin menfaatleri esaslı düzenlenmiş olması sebebiyle- bkz. **Mark-Oliver Mackenrodt**, “Personal Data After the Death of the Data Subject-Exploring Possible Features of a Holistic Approach”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, s. 283-285. **Mackenrodt**, bu hükümlerin haksız şartlara ilişkin denetime takılacağı kanaatindedir. Bkz. **Mackenrodt**, s. 284. Özellikle mirasçılarının hesaba erişimi için katı kuralların öngörülmesi halinde bu hükümlerin geçersiz olacağı İrlanda mahkemeleri nezdinde kabul edilmiştir. Bkz. **Knut Werner Lange, Marian Holtwiesche**, “Das digitale Erbe-eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme”, Nomos-Erbrecht (ErbR), 2016, s. 489, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021; **Karin Raude**, “Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis”, Rheinsche Notar-Zeitschrift (RNotZ), 2017, s. 23, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021. Berlin Bölge Mahkemesi de *Facebook* hesabının ölümle kapatılmasının hesap sahibinin hesabının kaderini tayin imkânını elinden aldığı yönünde karar vermiştir. Bu kapsamda hesabın ölümle silineceğine yönelik hükümlerin hem haksız şart olduğu hem de BGB § 1922’nin temel felsefesiyle çeliştiği ifade edilmiştir. Bkz. LG Berlin, 17.12.2015-20 O 172/15, GRUR-RS, 2015, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021. Bu çalışma hesabın kendisinin akıbetini doğrudan konu almadığı için söz konusu düzenlemelerin geçerliliğine yönelik tartışmalara sadece değeriilmekle yetinilmiştir.

⁵²⁹ “Anıtlaştırma” ve “anıtlaştırılmış hesaplar ise: “bir kişi vefat ettikten sonra kişinin arkadaşlarının ve ailesinin bir araya gelip anılarını paylaşmalarını sağlayan bir yerdir. Anıtlaştırılmış hesapların temel özellikleri şunlardır: Kişinin profilinde adının yanında Anısına ifadesi yer alır. Hesabın gizlilik ayarlarına bağlı olarak, kişinin arkadaşları anıtlaştırılmış zaman tüneline anılarını paylaşabilir. Kişinin paylaştığı içerikler (ör. fotoğraflar, gönderiler) Facebook’ta kalır ve paylaşıldıkları hedef kitle bunları Facebook’ta görebilir. Anıtlaştırılmış bir hesaba hiç kimse giriş yapamaz. Bir hesap vârisi olmayan anıtlaştırılmış hesaplarda değerişiklik yapılamaz.” Çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -06.11.2021.

*vasiyet veya benzer bir belgede belirttiğiniz kişi tarafından talep edilebilir.” (5. Diğer/5.)*⁵³⁰

Bu noktada “hesap vârisi” kavramı da yine hüküm ve koşullar kapsamında açıklanmıştır. Buna göre: “*Hesap vârisi, hesabınızın anıtlştırılması durumunda hesabınızı yönetmesi için seçtiğiniz kişidir. Hesabınızın anıtlştırıldıktan sonra yönetilebilmesi için bir hesap vârisi belirlemenizi önemle tavsiye ederiz. Bir hesap vârisi anıtlştırılmış hesap adına arkadaşlık isteklerini kabul edebilir, saygı amaçlı bir gönderiyi başa tutturabilir ve profil resmini ve kapak fotoğrafını değiştirebilir. Anıtlştırılmış hesapta saygı amaçlı gönderiler için bir alan varsa hesap vârisi saygı amaçlı gönderileri kimlerin görebileceğine ve kimlerin paylaşabileceğine karar verebilir.*”⁵³¹

Bu hükümlerde tanınmış olan imkânlar haricinde kullanıcı, ölümünden sonra hesabının kalıcı olarak silinmesini önceden tercih ve talep edebilir. Bu takdirde Facebook tarafından ölümün öğrenilmesiyle birlikte ilgili kişiye ait hesapta yer alan “*tüm mesaj, fotoğraf, gönderi, yorum, ifade ve bilgiler, Facebook'tan derhal ve kalıcı olarak*” kaldırılacaktır⁵³².

Hükümlerden anlaşılacağı üzere ölüm sonrası kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinin bu niteliğinden ileri gelen birtakım özellikli sonuçlar söz konusu olacaktır. Bununla birlikte taraflar arasındaki veri karşılığı hukuki ilişkinin kullanıcının ölümüyle sona erdiği hususunda tereddüde mahal yoktur⁵³³. Bu ilişkinin sona ermesinin, ilişkinin niteliği gereği birtakım özellikli sonuçları sözleşme hükümleriyle düzenlenmiştir. Sosyal medya hesabının bizatihi kendisine yönelik erişim imkânının esasları ortaya konulmuş ve veri karşılığı ilişkinin tasfiye esasları bu hükümlerle belirlenmiştir. Söz konusu düzenlemeler, kişisel veri karşılığı hukuki ilişki sonucu hesabın ve bu hesapta yer alan (mevcut) verilerin kendisinin, kullanıcın ölümüyle sona eren sözleşme ilişkisinin ardından akıbetini belirlemeye yöneliktir⁵³⁴.

⁵³⁰ Çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -06.11.2021.

⁵³¹ Çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -06.11.2021.

⁵³² Çevrimiçi, <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -06.11.2021.

⁵³³ **Mackenrodt**, s. 284. *Mackenrodt*, ölüm sonrası kullanım konusu şeylerin sözleşme ilişkisinin sona ermesi dolayısıyla iadesinden bahsetmekte, böylece sözleşmenin ölümle sona erdiğini dolaylı olarak ifade etmektedir.

⁵³⁴ **Mackenrodt**, s. 282.

Alman Federal Mahkemesi mirasçılarının, mirasbırakanın cari hesap niteliğindeki banka hesaplarına erişim imkânına yönelik bir uyuşmazlık kapsamında, mirasçılarının hesapta alacak olarak kaydedilmiş meblağa (“paraya”) erişimi ile mirasçılar tarafından cari hesabı sözleşmesinin devam ettirilmesi imkânı arasında bir ayırım yapmıştır⁵³⁵. Bu kapsamda başka bir kararındaysa mirasçılık sıfatının her halde ve doğrudan cari hesap sözleşmesinin tarafı olunması anlamına gelmediği ifade edilmiştir⁵³⁶. Bunun yanında mirasçılardan birinin cari hesabı kendisinin kullanması halinde ise -işlemleri kendi hesabı gibi yapmayı sürdürmesi- hesap ile bağlantılı bulunan hak ve yükümlülüklerin terekeye değil, nihai olarak mirasçının kendisine ait olacağını kabul etmiştir⁵³⁷. Bu kapsamda cari hesap ilişkisindeki taraf vasfının, her halde miras yoluyla intikal etmeyeceği kabul edilmektedir⁵³⁸.

Bu çerçevede sosyal medya hesabının kendisiyle hesap içeriği arasında mirasçılara intikal bu sebeple de terekede yer alma imkânı yönünden mutlak suretle bir ayırım gözetilmesi gerektiği atlanmamalıdır⁵³⁹. Bir diğer ifadeyle mirasbırakana ait sosyal medya hesabıyla ilgili olarak bir yandan hesaba ve oradaki kişisel verilere

⁵³⁵ BGH, Urteil vom 28.02.1989-XI ZR 91/88 (Hamm), NJW, 1989, s. 1601, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021. Söz konusu kararda Mahkeme, cari hesapta mirasbırakan tarafından gerçekleştirilen işlemler yönünden bilgi alma hakkının da mirasçılara intikal ettiğine karar vermiştir. Bunun sebebi olarak mirasçılarının bu hakkın intikal etmesinde menfaatleri olması gösterilmiştir. Bir diğer ifadeyle kararda cari hesap ilişkisinin tarafı olmalarını değil, cari hesap ilişkisinden elde edilecek alacak ve borçların durumunu değerlendirmiştir. Bu kapsamda mirasçılar tarafından erişilmek istenen bilgilerin banka tarafından ticari sır olduğu gerekçesiyle reddedilemeyeceğine karar vermiştir. bkz. NJW, 1989, s. 1601-1602; bu tartışma için ayrıca bkz. **Tamara Große-Boymann**, Beck’rche Kurz Kommentar-Band 65-Erbrecht, eds. Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019, BGB § 1922 Gesamtrechtsnachfolge, N. 77-78, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021.

⁵³⁶ BGH, Urteil vom 18.01.2000-XI ZR 160/99 (Düsseldorf), NJW, 2000, s. 1258, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021. Kararın dijital miras ekseninde değerlendirmesi için ayrıca bkz. **Stephanie Herzog**, “Der digitale Nachlass-ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem”, NJW, 2013, s. 3749, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021; **Stefan Gloser**, “„Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I”, MittBayNot, 2016, s. 14, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021; **Peter Bräutigam**, Beck’rche Kurz Kommentar-Band 65-Erbrecht, eds. Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019, Anhang. Digitaler Nachlass, N. 4-5, çevrimiçi, BECK-ONLINE-19.11.2021 (“Anhang. Digitaler Nachlass”).

⁵³⁷ **Bräutigam**, Anhang. Digitaler Nachlass, N. 5.

⁵³⁸ **Bräutigam**, sosyal medya veya e-mail hesaplar bakımından sözleşme ilişkisinin mirasçılara intikal etmeyeceğinin -ilişkinin niteliği ve hükümleri dikkate alındığında- rahatça savunulabileceğini ifade etmektedir. bkz. **Bräutigam**, Anhang. Digitaler Nachlass, N. 5.

⁵³⁹ **Bräutigam**, Anhang. Digitaler Nachlass, N. 5.

erişimle diğer yandan sözleşmenin devamı arasında ayırım yapılması gerekmektedir⁵⁴⁰. Sonuç itibarıyla sözleşme ilişkisi kullanıcının ölümüyle sona erecektir⁵⁴¹. Sözleşmede yer alan ölüme ilişkin hükümlerse içeriğe erişime yönelik olduğu için bu çalışmanın inceleme alanı dışında kalmaktadır.



⁵⁴⁰ **Mackenrodt**, s. 290; **Bräutigam**, Anhang. Digitaler Nachlass, N. 5.

⁵⁴¹ Doktrinde *Bräutigam*, taraflar arasındaki ilişkinin kişi esaslı niteliğinin tartışmaya açık olduğuna dikkat çekmektedir. Bkz. **Bräutigam**, Anhang. Digitaler Nachlass, N. 5. Ancak veriye dayalı iş modellerinin hemen hep kişiselleştirmiş bir kullanım deneyimi sağlamak üzere tasarlanmıştır. Buna ek olarak özellikle *Facebook* kullanım koşulları incelendiğinde, kişinin gerçek ismiyle kayıt olduğu tek hesabı olması gerektiği yönünde bir borcun kullanıcı için öngörülmüş olduğu gözden kaçırılmamalıdır. Bu takdirde söz konusu ilişkinin kişi esaslı olmadığı ifade edilmesi, taraf iradesine aykırıdır. Kişi çevresi itibarıyla en geniş kitleye ulaşmak hedefi uyarınca herkesle sözleşme yapmak iradesiyle bu ilişkinin kişi esaslı olması birbirinden ayrılmalıdır.

SONUÇ

Bu çalışma kapsamında ulaşılan sonuçlar aşağıda maddeler halinde sıralanmıştır:

1. Bu çalışma veriye dayalı iş modellerinde kişisel verilerin konumunun, borçlar hukuku yönüyle incelenmesine ilişkindir. Hem ilgili kişi hem de veriye dayalı iş modelinin sahibi, bir temel hak koruması altındadır. Bu sebeple ilgili kişiyle girişimcinin anayasal koruma altında olan menfaatleri arasında bir denge kurulması gerekmektedir. İlgili kişi, kişisel verilerinin korunmasını talep ederken anayasal bir hakkın koruması altındadır. Ancak hakkını kullanması bir diğer ifadeyle kişisel verilerinin işlenmesi de bizatihi anayasal korumanın sınırları içerisindedir. Bu kapsamda kişisel verilerine yönelik -dışa vurma yahut açıklamama- karar verme imkânı, durumun -açıklama yahut açıklamama- artılarını ve eksilerini kişisel bir bakış açısıyla değerlendirmek mutlak suretle hak sahibine aittir.
2. İnceleme konusu iş modelinde ilgili kişinin muhatabı özel hukuk kişileridir. Anayasada öngörülen temel haklara ilişkin kuralların tamamı bir objektif değerler bütünüdür. Bu sebeple tüm hukuki ilişkilere doğrudan yahut dolaylı olarak sirayet edecektir. Medeni hukuk anlamında kişilik hakkının korunması hem manevi hem de maddi menfaatlere yönelik bir koruma şemsiyesi sunmaktadır. Kişilik hakkının manevi/ideal boyutunu oluşturan değerler üzerinde tasarruflarda bulunulamaz. AY m. 17 başta olmak üzere anayasal koruma altında olan ve bir kişilik değeri teşkil eden kişisel veriler üzerinde de anayasal sınırlara riayet edilerek geniş anlamıyla tasarrufta bulunulmasının mümkündür -hakkın özüne dokunma yasağı-. Bu tasarrufların malvarlığına yaptıkları etki bakımından hukuki nitelikleriye tartışmalıdır.
3. Kişisel veriler, iktisadi anlamıyla mal olarak nitelendirilebilir. Bu çerçevede kişisel veriler, yalnızca yararlılık ölçütünü karşılamakla kalmaz, aynı zamanda hak sahibinden ayrılabilir niteliktedir. Kişisel verileri işleme hakkı, rıza yoluyla fiili olarak devredilebilir. Rıza gösterilen kişi, kendi için-adına (yararına) hak sahibine verilen yetkileri kullanabilir. Böylece kişisel veriler hukuki işlemlere konu olabilir. Veri koruma hukukunun amacı kişisel veriye iktisadi bir değer tanımak değilse de hak sahibine tanınan alan ihlal edilmişse, zarar gören tarafın

Türk Medeni Kanun uyarınca uğradığı zararın giderilmesini talep etmesi mümkündür. Bu sebeple de kişisel verinin aynı zamanda mali değeri yönüyle de korunduğu savunulabilir. Bu kapsamda ilgili kişinin veri temelli ekonomide en azından borçlandırıcı işlemlerle kişisel verileriyle bir aktör olarak yer alabilir.

4. Türk Borçlar Hukuku uyarınca sözleşme özgürlüğü çerçevesinde ifanın konusu geniş ele alınmalıdır. Özel olarak ifanın konusu ve genel olarak sözleşmeden doğan yükümlülüğün varlığı yahut yokluğu, hukuken bağlanma iradesinin var olup olmadığı esas alınarak belirlenmelidir. Kişisel veri karşılığı sözleşmenin kurulabilmesi için veri işleme faaliyetinin bir hukuka uygunluk sebebine dayanması gerekir ki bu hukuka uygunluk sebebi ilgili kişinin açık rızasıdır. Bu sebeple (açık) rıza beyanının, ifanın konusunu oluşturup oluşturamayacağı değerlendirilmiştir. Böylece bu ilişkinin karşılıklı borç yükleyen bir hukuki ilişki olarak nitelendirilmesinin mümkün olup olmadığı irdelenmiştir. Edimler arasında karşılıklılık ilişkisinin bulunması karşılıklı borç yükleyen sözleşmelerin karakteristik özelliğidir. Bu ilişkilerde sözleşme taraflarının ifa yükümlülükleri arasında bir bağ bulunur. Bu bağ sinallagma, nedensellik veya koşul ilişkisi olabilir. Edimler arasında yalnızca olgusal yahut ekonomik bir bağlantı bulunması yeterli değildir. Türk Medeni ve Borçlar Kanunu uyarınca açıkça zikredilmiş olmasa da sözleşme taraflarının hukuki durumu dikkate alındığında, karşı edimin bir miktar paranın ödenmesinden ibaret değildir. Maddi yahut maddi olmayan ekonomik değerler de karşı edim olabilir. Çalışmada örnek olarak yer verilmiş *Facebook*'un kullanım koşulları uyarınca bir sosyal ağın kullanılması, ilgili ağ sitesine kayıt olunması sinallagmatik bir karşılıklı borç ilişkisidir. Bu ilişkide edim, sosyal ağ platformunun sürekli kullanımına hazır bulundurulmasıyken karşı edim olarak veri koruma yasası uyarınca rıza beyanında bulunma ve kişisel verilerin hukuka uygun işlenmesini temin etmektir -ve devamında süreklilik arz eden veri işleme faaliyetine katlanmak-. Bu tanım kişisel veri karşılığı bir ürün sunulmasının öngörüldüğü tüm hukuki ilişkiler için genelleştirilebilir.
5. Rıza beyanının hukuki niteliği tartışmalıdır. Nihai olarak hangi hukuki nitelendirmeye öncelik verilmesi gerektiği, bu çalışmanın amacının dışındadır.

Bununla birlikte veri koruma hukuk esasları uyarınca her zaman geri alınabilir rızanın, bir hukuki işlem olarak, hukuki işlem benzeri fiil yahut maddi fiil olarak nitelendirilmesi, önemli pratik farklılıklara yol açmaktadır. Çalışmada Kişisel Verilerin Koruması Kanunu kapsamındaki rızanın bir maddi fiil veya bir tasarruf işlemi olarak nitelendirilmesinin isabetli olmayacağı kanaatine ulaşılmıştır. Rıza beyanının tek taraflı bir hukuki işlem olduğu tespit edilmiştir. Şüphesiz kanun koyucuların tercihleri ve yaşanan gelişmeler gelecekte bu sonucun sorgulanması ve belki de değişmesi ihtiyacını gündeme getirebilir.

6. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkinin kurulmuş kabul edilebilmesi için sadece kişisel verinin karşı tarafa sağlanması bir diğer ifadeyle veri işlemeye rıza gösterilmesi yeterli değildir. Kişisel veriler karşılığı bir ilişkinin varlığından bahsedilebilmesi için bir ürünün para ödenmeksizin veya indirimli sağlanması aranacaktır. Kişisel verilerin işlenmesine rıza gösterilmesi karşılığında bir video-müzik dosyasının, bir bilgisayar programı yahut yazılımın veya bir bilgisayar oyununun indirilmesi; çevrimiçi bir programın veya bir platformun kullanılması veya bir üründe üyelere özel indirim imkânlarının sunulması teklif edildiğinde kişisel veri karşılığı bir hukuki ilişkinin varlığından bahsedilebilecektir. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilere yönelik söz konusu tanımın çevrimiçi ürünlere dair sözleşmeleri düzenleyen pozitif hukuk metinleri ekseninde benimsendiği tespit edilmiştir.
7. Kişisel verinin karşılık teşkil etmesinin aracı, veri koruma hukuku uyarınca bir irade beyanı açıklanmasıdır (açık rıza). Açık rızanın hukuki niteliği tartışmalıysa da bir irade beyanıdır. Bu irade beyanı tek taraflı bir hukuki işlem olarak nitelendirilmelidir. Açık rıza, ancak açık bir irade olmalıdır. Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisinin kurulmasına yönelik öneri yahut kabul beyanının ise açık bir irade beyanı vasfını taşıması gerekmez.
8. Kişisel verilerin elde edilme yönteminin (aktif yahut pasif) ilişkinin veri karşılığı niteliğine etki etmez. Bunun yanında ilişkinin veri karşılığı kurulmuş olması, sözleşmenin isimlendirilmesine etki edecek bir karakteristik edim olarak ele alınmamaktaysa da taraflar arasında sürekli borç ilişkisi niteliğinde bir ilişkinin meydana geleceği atlanmamalıdır. Kişisel verilerin konu edildiği hukuki ilişkiler,

aynı içeriğin, hizmetin yahut ürünün para ödenerek temin edildiği hukuki ilişkilere nazaran farklı, atipiktir. Para karşılığı kurulmuş hukuki ilişkiler için öngörülmüş esasların kişisel verilere doğrudan uygulanamaz.

9. Kişisel verilerin karşı edim olarak taahhüt edildiği hukuki ilişki ekseninde veri işlemeye açık rıza gösterme taahhüdünün veri koruma hukuku ve özellikle bağlanma yasağı karşısındaki geçerliliği de çalışmada incelenmiştir. Türk hukuku bakımından ne Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ne sair mevzuat hükümlerinde doğrudan bir bağlanma yasağı öngörülmüştür. Ancak rızanın özgür iradeyle verilmiş olması kıstası ekseninde bağlanma yasağı, Türk veri koruma hukukunda da mevcuttur. Türk veri koruma otoritesi nezdinde bağlanma yasağının, rızanın geçerliliği bağlamında karşılık bulduğu tespit edilmiştir.
10. GDPR Art. 7/4 uyarınca düzenlenmiş bulunan bağlanma yasağı, rızanın özgür iradeye dayanma özelliğini korumaya yönelikse de GDPR Art. 7/4 uyarınca mutlak bir bağlanma yasağı öngörülmemiştir. Bağlanma yasağına aykırılık bir hizmet, ürün yahut içeriğin sağlanması da dahil olmak üzere bir sözleşmenin yerine getirilmesinin, sözleşmenin yerine getirilmesi için gerekli olmayan kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızaya bağlanmasını ifade eder. Rızanın özgür iradeye dayanıp dayanmadığı sorusuna her somut olayın özellikleri dikkate alınarak cevaplanmalıdır. Bu durum kişisel veri karşılığı ilişkiler bakımından da geçerlidir. Bu sebeple tekel yahut hâkim durumda olan girişimcinin sadece bu niteliği sebebiyle bu yasağa aykırı davrandığı kabul edilemez.
11. Veri karşılığı sözleşmeler için (açık) rıza dışında bir hukuka uygunluk sebebinin dayanak teşkil edip edemeyeceği tartışmalıdır. Bu çerçevede sözleşmenin kurulması yahut ifası için gerekli olma ve girişimcinin meşru menfaati hukuka uygunluk sebepleri mercek altına alınmıştır. Kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkilerinde sözleşmenin kurulması yahut ifası için gerekli/zorunlu oldukları için değil ikame bir değer sağlama aracı olarak işleme faaliyeti gerçekleştirilmektedir. Objektif olarak belirlenecek zorunluluk kıstası veri karşılığı sözleşme ilişkilerinde istisnaen söz konusu olacaktır. Kişisel verilerin işlenmesi, girişimcinin meşru menfaati olarak nitelendirilebilecekse de bu hukuka uygunluk sebebi, veriye dayalı iş modelleri kapsamında rıza hukuka uygunluk sebebinin

alternatifi olamaz. Meşru menfaat, işleme faaliyeti ve ilgili kişinin temel hakları arasında bir dengenin gözetilmesini gerekli kılmaktadır. Veriye dayalı iş modelleri adına girişimcinin meşru menfaatinin ağır bastığının kabul edilmesiyle hali hazırda mümkün değildir.

12. Kişisel verilerin işlenmesine yönelik açık rıza beyanında bulunan taahhüdü açık rıza beyanı ayrı hukuki ilişkilerdir. Bu sebeple her ikisi bakımından da geçersizlik hallerinin taraflar arasındaki ilişkiye etkisi ayrıca incelenmiştir. Açık rıza taahhüdünün geçerli olabilmesi için rızanın özelliklerine uygun şekilde tasarlanmış olması gerekmektedir. İnceleme kapsamında taahhüdün genel işlem koşulu niteliğinde de atlanmamıştır. Taahhüdün kapsamına ilişkin haksız şart ve genel işlem koşulu esasları içerik denetimi boyutuyla da devreye gireceği tespit edilmiştir.
13. Açık rıza beyanının kendisinin geçersizliğinin sebebi, çoğu zaman taahhüdün hukuka aykırı olmasıdır. Ancak açık rıza beyanın yalnız kendisine yönelik geçersizlik, taahhüdün varlığına sirayet etmeyeceği için kişinin açık rıza beyanında bulunma borcu varlığını korur. Bu takdirde açık rızanın geçersiz olduğu süre için gerçekleştirilmiş bulunan işleme faaliyetleriye hukuka aykırıdır. Rızanın geriye etkili olarak verilemez.
14. İsviçre Federal Mahkeme kararlarıyla da ortaya konulduğu şekliyle kişilik değerleri, sözleşme ilişkilerine konu edilebilir. Alman Federal Mahkemesinin yaklaşımıyla paralel olarak İsviçre uygulamasında da Kişilik değerlerinin sözleşme ilişkilerine konu edilmesi yönünden sınır, kişilik değerinin hakkın çekirdek alanında yer alıyor olmasıdır. Bu alana dahil olmayan kişilik değerlerinin konu edildiği sözleşme ilişkilerindeki taahhütler bağlayıcıdır. Kişisel veriler, kişiliğin çekirdek alanında yer alan kişilik değerleri değildir.
15. Kişisel verilerin işlenmesine yönelik rızanın her zaman geri alınabilir niteliği sözleşme ilişkisi kapsamında karşılık olduğu taahhüdün bağlayıcı niteliğini etkilemez. Sözleşmesel taahhüde dayanan rıza da her zaman geri alınabilir. Aksi savunulsa da isabetli olan rızanın geri alınabilir niteliğinin sözleşmesel taahhütler yoluyla sınırlanmayacağını kabul edilmesidir. Bununla birlikte doktrinde

rızasını geri alan ilgili kişinin tazminat sorumluluğu tartışma konusu edildiği tespit edilmiştir.

16. Rızanın geri alınması, taraflar arasındaki sözleşme ilişkisinin sona ermesine sebep olmaz. Bununla birlikte girişimci rızanın geri alınması sebebiyle sözleşme ilişkisini kendi ediminin niteliğinden bağımsız olarak veri işleme faaliyeti sürekli borç ilişkisi meydana getirdiği için ileriye etkili sona erdirebilir. Sona ermenin bir diğer sonucuysa ilgili kişinin tazminat ödemesiye de tazminatın kapsamının belirlenmesi çeşitli zorluklar arz edeceği gibi rızanın geri alınması halinde bir tazminat ödeme yükümlülüğünün gündeme gelmesi rızanın özgür iradeye dayanan niteliğine aykırıdır.
17. İsviçre Federal Mahkemesi içtihatları, doğrudan veri koruma hukuku uyarınca verilen rızanın geri alınabilir niteliğiyle ilgili değildir. Bununla birlikte kişilik değerlerinin konu edildiği hukuki ilişkilerde rızanın geri alınmasına yönelik bir teorik çerçeve oluşturulmasının imkân verir niteliktedir. Şüphesiz konu özelinde yerleşik bir içtihat olmadığı ve doktrinde mesele veri koruma hukuku ekseninde ele alındığı için sözleşmesel ilişkilerde rızanın geri alınmasına ilişkin bir hukuki belirsizlik söz konusudur. Bu nedenle doktrinde kanun koyucunun konuyu ele alması, kişisel verilerin sözleşme ilişkilerinde bağlayıcı bir taahhüdün konusunu oluşturduğu sözleşme ilişkilerinde rızanın geri alınmasının sonuçlarının ayrıca düzenlenmesi ihtiyacına işaret edildiği tespit edilmiştir. Bu çerçevede ilgili kişilerin, sözleşmesel bir yükümlülük altına girmiş oldukları göz ardı edilerek açık rızanın her zaman geri alınabileceğinin kabul edilmesi, ilgili kişilerin sözleşmeye bağlı olarak borçlu oldukları ifalarından muaf olmaları ve aynı zamanda girişimciden menfaat elde etmeleri anlamına geldiği; bu durumun adil olmadığı ileri sürülmüştür. Bu adaletsizliğin girişimciye, ilgili kişiden talep tazminat hakkı tanınarak giderilmesinin önerildiği tespit edilmiştir. Böylece taraflar arasındaki menfaat dengesi sarsılmamış olacağı ifade edilmiştir. Doktrinde sözleşmede cezai şart kararlaştırılmasının da önerildiği görülmüşse de bu ihtimalde rızanın geri alınması imkânının ölçüsüz sınırladığı ve bir adım gerisinde rızanın özgür iradeye dayanan niteliğinin muhafaza edilmesi mümkün olmadığı kanaatine varılmıştır. Buna ek olarak tazminat talebiyle karşı karşıya

kalmanın, rızanın özgür iradeye dayanması gerekliliğiyle bağdaşmadığı izah edilmiştir.

18. DCD, kişisel veri karşılığı sözleşme ilişkisini hukuki bir zemine taşıyan düzenlemelerin en başında yer alır. Bu sebeple veri karşılığı sunulan hizmet yahut içeriğin ifasındaki aksaklıklara yönelik (borca aykırılık) *de lege lata* öngörülmüş bulunan esasların incelenmesini yol gösterici olması için DCD'nin borca aykırılık esasları incelenmiştir. Bu çerçevede kişisel veri karşılığı sözleşmelerin bu niteliğinin göz önünde bulundurulup bulundurulmadığı ve bulundurulduysa kişisel verinin karşı edim olmasının borca aykırılık esaslarına etkisi tespit edilmeye çalışılmıştır.
19. DCD uyarınca para yahut veri ile ürün elde edilmesi esas alınarak yaptırım sisteminin öngörülmediği ve bunun DCD'yi iç hukuklarına aktaran ülke düzenlemelerine de sirayet ettiği tespit edilmiştir. DCD'nin para karşılığı sözleşme ilişkilerini esas alan yaptırımın düzeninin, doğrudan kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilere uygulanması mümkün değildir. Bu sebeple DCD ve DCD'yi iç hukukuna aktarmış üye ülkelerin kanuni düzenlerinde kişisel veri karşılığı sözleşmelerde borca aykırılığa uygulanacak hükümlerin mevcut olduğu bir yanılgıdan ibarettir. Sonuç itibarıyla DCD bu haliyle -aynen alınması- Türk hukukuna aktarılacak olduğunda aynı tespit Türk hukuku bakımından da geçerli olacağı ifade edilmiştir.
20. Kişisel veri karşılığı hukuki ilişkilerde veri işleme faaliyetinin süreklilik arz eden niteliği gereği sürekli borç ilişkisidir. Bu sebeple olağanüstü fesih -haklı sebeple fesih- imkânının yanında olağan fesih -sebeple göstermeksizin) ilişkiyi sona erdirmeye imkânı da ilgili kişinin varlığını korur. Tarafların sözleşme ilişkisine -işleme faaliyetine- yönelik bir asgari süre belirlemeleri, ilgili kişinin geri alma hakkı ve dolayısıyla sözleşmeyi bu süreden önce sona erdirmesinin önünde bir engel değildir. Ancak bu hükmün, girişimcinin söz konusu ilişkidir elde etmeyi hedeflediği menfaati elde edeceği en erken süre olarak değerlendirilmesi ve bu tarihten sonra gerçekleştirilen sona ermenin ilgili kişi adına olumsuz sonuçların gündeme gelmeyeceği şekline ele alınması mümkündür. Yine taraflar arasındaki

sözleşmenin niteliği ve edim dengesi esas alınarak bir ihbar suretiyle sona erdirmenin esasları teorik olarak belirlenebilir.

21. İlgili kişinin ölümü ile birlikte verilerin kişisel niteliği kural olarak sona erecek ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu'nun uygulama alanı kapsamından çıkar. Bu sebeple veri karşılığı kurulan hukuki ilişkinin ifası imkansızlaşacaktır. Veri karşılığı hukuki ilişki ilgili kişinin ölümüyle ileriye etkili olarak sona erer. Bununla birlikte kişinin özellikle sosyal medya hesaplarında olduğu gibi veri karşılığı aldığı ürünün kendisinin mirasçılara intikal edip etmeyeceğiye bu çalışmanın kapsamı dışında kalır. Nitekim sosyal medya hesaplarına ilişkin verilen kararlar sonrası çevrimiçi ürünlerin kullanım koşullarına eklenen hükümler, taraflar arasındaki ilişkinin ölümle sona ermesinin akabinde tasfiyenin esaslarını belirlemeye yöneliktir.

KAYNAKÇA

- 2015/0287(COD)-Dibace 14,** COM(2015) 634-final, 2015/0287(COD), 09.12.2015.
- Akad, Mehmet:** Teori ve Uygulama Açısından 1961 Anayasasının 10. Maddesi, İstanbul, İÜHF Yayınları, 1984.
- Akıllıoğlu, Tekin:** İnsan Hakları Kavram Kaynaklar ve Koruma Sistemleri, 3. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2019.
- Akipek, Jale/Akıntürk, Turgut/Ateş-Karaman, Derya:** Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku Cilt 1, 16. Baskı, İstanbul, Beta Yayınevi, 2021.
- Akkanat-Öztürk, Elif Beyza:** “2019/770 sayılı Dijital İçerik ve Dijital Hizmetlerin Sağlanmasına Yönelik Direktif (DCD) Uyarınca ‘Karşı Edim’ Olarak Kişisel Veriler”, I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi Tam ve Özet Metinler Bildiri Kitapçığı, Ankara, KVKK Yayınları No:37, 2022, ss. 271-286.
- Akkanat-Öztürk, Elif Beyza:** “Karar İncelemesi: Alman Federal Mahkemesinin (BGH) 14.10.1986 Tarihli “NENA” Kararı”, <https://hukukbulteni.khas.edu.tr/bulten/79> -21.06.2022.
- Akkanat, Halil:** “Teslim Borcu Doğuran Bazı Sözleşmelerde (Satım, Eser) Nitelendirme Sorunu”, Prof. Dr. Türkân Rado'nun Anısına Armağan, ed. Abuzer Kendigelen, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, s. 1-18 (“Satım-Eser”).
- Akkanat, Halil:** Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2004.
- Aksoy Dursun, Sanem:** Eşya Kavramı, İstanbul, XII Levha Yayıncılık, 2012.
- Aksoy, Hüseyin Can:** “The Right to Personality and Its Different Manifestations As the Core of Personal Data”, Ankara Law Review, Vol. 5 No. 2, 2008, ss. 235-249.
- Akyürek, Güçlü:** Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları, Çeşitli Hukuk Dallarında Özel Hayatın Gizliliğinin Korunması, 2. Bası, Seçkin, İstanbul 2015.
- Albers, Marion/Veit, Raoul-Darius:** BeckOK Datenschutzrecht, eds. Stefan Brink, Heinrich Amadeus Wolff, 37. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 01.05.2021.
- Albrecht, Jan Philipp/ Jotzo, Florian:** Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, Teil 3.
- Alman Federal Meclisi** (Deutscher Bundestag-BT), Drucksache: 17/13951.
- Altıntaş, Murat Hakan:** Tüketici Davranışları: Müşteri Tatmininden Müşteri Değerine, İstanbul, Alfa Yayınları, 2000.
- Amstutz, Marc:** “Vertragskollisionen-Fragmente für eine Lehre von der Vertragsverbindung”, Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts-Festschrift für Heinz Rey, eds. Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann,

- Roger Zäch, Dieter Zobl, Schulthess, Zürich, Schulthess, 2003, ss. 161-176.
- Amstutz, Marc/Morin Ariane:** Basler Kommentar-Obligationenrecht I-Art. 1-529 OR, eds. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020 ("BSK-OR-I").
- Anderson, Chris:** Free-The Future of Radical Price, London, Random House Business Books, 2009.
- Antalya, Gökhan:** Hukuk Teorisi ve Hukuk Metodolojisi, Cilt I: Hukuk Teorisi, İstanbul, Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Arnold, Andrew B.:** A Pocket Guide to the US Constitution, Georgetown University Press, 2th Edition, Washington DC, 2018.
- Arslan, Zühtü:** "Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlanması: Anayasa'nın 13. Maddesi Üzerine Düşünceler", Anayasa Yargısı, Cilt 19, 2002, ss. 139-155.
- Aşıkoğlu, Şehriban İpek:** Avrupa birliği ve Türk Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması ve Büyük Veri, İstanbul 2018.
- Aşıkoğlu, Şehriban İpek/Uzun, Fatih Burak:** "Kişisel Verilerin Yurtdışına Aktarımının Açık Rızaya Dayandırılmasının Yarattığı Sorunlar ve Çözüm Önerileri", Prof. Dr. Türkan Rado'nun Anısına Armağan, ed. Abuzer Kendigelen, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 921-968.
- Atamer, Yeşim M.:** "6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Çerçevesinde Fiyat Denetimi", Yeni Tüketici Hukuku Konferansı (Makaleler-Tartışmalar), ed. Murat İnceoğlu, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015, ss.7-41 ("Konferans").
- Atamer, Yeşim M.:** "Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f.1, (f) ile Karşılaştırmalı Olarak", Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları ve Sempozyumu, Ankara, Bankacılık Enstitüsü Yayınları, 2012, ss. 9-73. ("TKHK").
- Atamer, Yeşim M./Sanlı, Kerem Cem:** "Kredi Kartı Faizleri ve Yıllık Ücretleri Örneğinde Fiyat Denetimi ve Sınırları", Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi (BATİDER), Aralık, Cilt: 26, Yıl: 2010, ss. 17-60.
- Ateş, Derya:** Borçlu Temerrüdünde Aynen İfa, İstanbul, Beta Basım Yayın Dağıtım A.Ş., 2021.
- Atlan, Hülya:** Manevi Zararın Tazmin Yolları, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2015.
- Aydın, Ramazan:** Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar (TKHK m. 5), ERÜHFD, C. 11, S. 1, 2016, ss. 83-123.
- Aydıncık, Şirin:** Fikir Haklara İlişkin Lisans Sözleşmeleri, İstanbul, Arıkan Yayıncılık, 2006.
- Ayiter, Nûşin:** Hukukta Fikir ve San'at Ürünleri, 2. Bası, Ankara, Sevinç Matbaası, 1981.

- Ayşe Havutçu**, “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 2, Nisan, 2011, ss. 29-46, çevrimiçi, <https://www.izmirbarosu.org.tr/Yayin/13/sayi-2011-2-20.08.2022>.
- Bachmann, Gregor**: Münchener Kommentar zum BGB, Münchener Kommentar zum BGB-Band 2, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2019.
- Baeriswyl, Bruno**: Datenschutzgesetz (Stämpflis Handkommentar-SHK), eds. Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli, Dominika Blonski, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2021.
- Bakos, Yannis/Marotta-Wurgler, Florencia/Trossen, David R.**: “Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard-Form Contracts”, The Journal of Legal Studies , Volume 43, No. 1, January 2014, ss. 1-35.
- Bartow, Ann**: “Our Data, Ourselves: Privacy, Propertization, and Gender”, University of San Francisco Law Review, Summer 2000, ss. 633-695.
- Baş, Ece**: “6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, ss. 276-306.
- Battal, Ahmet**: “Anayasa Mahkemesinin Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Konusundaki Yaklaşımları”, Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I-11 Mayıs 2001, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, ss. 43-88.
- Bauermeister, Tabea**: “Die „Bezahlung“ mit personenbezogenen Daten bei Verträgen über digitale Produkte”, AcP 222. Band, Heft 3, 2022, ss. 372-400.
- Beale, Hugh G.**: Chitty on Contracts, Volume 1, 32. Edition, London, Sweet & Maxwell 2017.
- Becker, Maxmillan**: “Ein Recht auf datenerhebungsfreie Produkte”, JZ, 2017, ss. 170-181.
- Bedir, Cemre**: “Contract Law in the Age of Big Data”, European Review of Contract Law (ERCL), 16/3, 2020, ss. 347-365.
- Bedir, Cemre**: Data As Counter-Performance: Yet Another Point Where Digital Content Contracts And The GDPR Conflict, Leiden University Advanced LL.M. in European & International Business Law Thesis, 2017/2018.
- Ben-Shahar, Omri**: “Data Pollution”, Journal of Legal Analysis, Volume 11, 2019, ss. 104-159.
- Ben-Shahar, Omri/Chilton Adam**: “Simplification of Privacy Disclosures: An Experimental Test”, University of Chicago Coase-Sandor Institute for Law & Economics Research Paper No. 737, ss. 1-45.
- Beretta, Piera**., Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, Ed. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.

- Berger, Christian:** “Verkehrsfähigkeit „Digitaler Güter“-Zur Dogmatik der Verkehrsfähigkeit von Rechten” Zeitschrift für geistiges Eigentum (ZGE), Heft 2, 2016, ss. 191 (“ZGE”).
- Berger, Christian:** Rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen, Tübingen, Mohr Siebeck, 1998 (“Verfügungsbeschränkungen”).
- Bethge, Herbert:** Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland/Handbuch des Staatsrechts, Band IX: Allgemeine Grundrechtslehren, eds. Josef Isensee, Paul Kirchhof, Herbert Bethge, 3. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Heidelberg, C.F. Müller Verlag, 2011.
- Bibas, Stephanos:** “A Contractual Approach to Data Privacy”, Harvard Journal of Law & Public Policy, 1994, ss. 591-611.
- Bijok, Alexander:** Kommerzialisierungsfester Datenschutz, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- Birnhack, Micheal:** “S-M-L-XL DATA: Big Data as a New Informational Privacy Paradigm”, Big Data and Privacy Making Ends Meet, Stanford Law School, The Center for Internet and Society, 2013.
- Boerding, Andreas/ Culik, Nicolai/ Doepke, Christian/ Hoeren, Thomas/ Juelicher, Tim/ Roettgen, Charlotte/ Schoenfeld, Max V.:** “Data Ownership-A Property Rights Approach from a European Perspective” Journal of Civil Law Studies, Vol. 11, No: 2, Article 5, 2018, ss. 323-369.
- Borgesius, Frederik J. Zuiderveen:** “Personal data processing for behavioural targeting: which legal basis?”, International Data Privacy Law, Volume 5, No. 3, 2015, ss. 163–176.
- Braun, Cihan Avci:** “Kişisel Verilerin İşlenmesinde Rıza”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: XV, Sayı: 1, Yıl: 2018, ss. 13-34.
- Bräutigam, Peter:** “Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten”, MMR 2012, ss. 635-641.
- Bräutigam, Peter:** Beck’sche Kurz Kommentar-Band 65-Erbrecht, ed. Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019, Anhang. Digitaler Nachlass (“Anhang. Digitaler Nachlass”).
- Brönneke, Tobias/Schmidt, Fabian:** “Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen nach Umsetzung der Verbraucherrechtlinie”, Verbraucher und Recht (VuR), 2014, ss. 3-9.
- Buchner, Benedikt:** “Die Einwilligung im Datenschutzrecht-vom Rechtfertigungsgrund zum Kommerzialisierungsinstrument”, DuD, 2010, ss. 39-43.
- Buchner, Benedikt:** “Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung unter der DS-GVO”, DuD, 2016, ss. 155-161 (“DuD 2016”).

- Buchner, Benedikt:** Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006.
- Buchner, Benedikt/Petri, Thomas:** Datenschutzgrundverordnung-DS-GVO/BDSG, ed. Jürgen Kühling, Benedikt Buchner, 3. Auflage, München, C.H.Beck Verlag, 2020.
- Budin-Ljøsne, Isabelle/Teare, Harriet J. A. Kaye, Jane/Beck, Stephan/Bentzen, Heidi Beate/Caenazzo, Luciana/Collett, Clive/D'Abramo, Flavio/Felzmann, Heike/Finlay, Teresa/Javaid, Muhammad Kassim/Jones, Erica/Katić, Višnja/Simpson, Amy/Mascalzoni, Deborah:** "Dynamic Consent: a potential solution to some of the challenges of modern biomedical research", BMC Medical Ethics, Vol. 18, Issue 4, 2017, ss. 1-10.
- Bull, Hans Peter:** "Persönlichkeitsschutz im Internet: Reformeifer mit neuen Ansätzen", NVwZ 2011, ss. 257-263.
- Busche, Jan:** Münchener Kommentar zum BGB-Band 1, Münchener Kommentar zum BGB, Ed. Jürgen Franz Sack, 9. Auflage, 2021.
- Büchler, Andrea:** "Die Kommerzialisierung von Persönlichkeitsgütern-Zur Dialektik von Ich und Mein", AcP, Heft 2-3, 2006, ss. 300-351 ("AcP").
- Büchler, Andrea:** "Persönlichkeitsgüter als Vertragsgegenstand?-Von der Macht des Faktischen und der dogmatischen Ordnung", Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts- Festschrift für Heinz Rey, eds. Heinrich Honsell, Wolfgang Portmann, Roger Zäch, Dieter Zobl, Zürich, Schulthess, 2003, ss. 177-195. ("Festschrift")
- Bygrave, Lee A./Tosoni, Luca:** The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, Ed. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020.
- Carvalho, Jorge Morais:** "Sale of Goods and Supply of Digital Content and Digital Services-Overview of Directives 2019/770 and 2019/771", EuCML, 2019, ss. 194-201.
- Cavanillas, Jose Maria/Curry, Edward/Wahlster, Wolfgang:** New Horizons for a Data-Driven Economy: A Roadmap for Usage and Exploitation of Big Data in Europe, Open Access, Springer, 2016.
- Chiusi, Tiziana:** J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 516-534 (Schenkungsrecht), Redactor: J. Sebastian Herrler, Berlin, Sellier De Gruyter, 2021.
- Chrobak, Lennart:** "Proprietary Rights in Digital Data? Normative Perspectives and Principles of Civil Law", Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, ss. 253–272.

- Clarke, Alison/Kohler, Paul:** Property Law Commentary and Materials, Cambridge, Cambridge University Press, 2005.
- COM (2011) 635:** Proposal for a REGULATION OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on a Common European Sales Law, çevrimiçi, https://eur-lex.europa.eu/procedure/EN/2011_284- 24.11.2021.
- COM/2017/010 final - 2017/03 (COD),** çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/de/ALL/?uri=CELEX%3A52017PC0010> - 24.06.2022.
- Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés,** No. 2013-420, 03.01.2014, Çevrimiçi, <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?id=CNILTEXT000028450267> -23.10.2021.
- Council,** 'Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (First reading)-General approach', 9901/17 ADD 1, 2015/0287 (COD), 01.06.2017, ("DCD-Council").
- Cummings, Rebecca G.:** "The Case Against Access to Decedents' E-mail: Password Protection as an Exercise of the Right to Destroy", Minnesota Journal of Law, Science & Technology, 15/2, 2014, s. 898 vd., çevrimiçi- <https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/163821/Cummings.pdf> -07.11.2021.
- Çabri, Sezer:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, 2. Bası, Ankara, Adalet Yayınevi, 2021.
- Çekin, Mesut Serdar:** "6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun'un Big Data (Büyük Veri) ve İrade Serbestisi Açısından Değerlendirilmesi", İÜHFM, Cilt 74, Sayı 2, 2016, ss. 629-644 ("Big Data").
- Çekin, Mesut Serdar:** Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kanun Çerçevesinde Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Çelikel, Serdar:** "Kişisel Verilerin İşlenmesinde, Açık Rıza Hukuka Uygunluk Nedeninin, 95/46 Sayılı Direktif ve GDPR'la Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi", Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi-Yıl 9, Sayı 17, Haziran 2021, ss. 161-190.
- Dammann, Ulrich:** "Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung", ZD, 2016, ss. 307-315
- Dasch, Norbert:** Die Einwilligung zum Eingriff in das Recht am eigenen Bild, München, C.H. Beck Verlag, 1990.
- Demirsatan, Barış:** Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Sözleşmenin Haksız Olarak Sona Erdirilmesi, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021.

- Dernburg, Heinrich:** Obligationenrecht: Pandekten Band 2, 7. Auflage, Berlin, H. W. Müller Verlag, 1903.
- Determann, Lothar:** Kişisel Verilerin Korunması Uygulama Kılavuzu-Şirketlerin Uluslararası Mevzuata Uyum, Çev. Av. Hilal Temel, 2. Bası, İstanbul On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Deutscher Bundestag,** Drucksache 19/27653, 17.03.2021, “Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen”.
- Deutsches Institut für Vertrauen und Sicherheit im Internet (DIVSI),** ‘Daten-Ware Und Währung’ (2014).
- Develioğlu, Hüseyin Murat:** 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, 2017.
- Di Fabio, Udo:** Grundgesetz-Kommentar, Ed. Theodor Maunz, Günter Dürig, Werkstand: 94, 2021.
- Di Fabio, Udo:** Grundrechtsgeltung in digitalen Systemen: Selbstbestimmung und Wettbewerb im Netz, München, C.H. Beck, 2016.
- Didziulis, Laurynas:** “EU Digital Content Directive and Evolution of Lithuanian Contract Law”, JIPITEC, 12/2, 2021, ss. 26-270.
- Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Sale of Goods, Amending Regulation (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, and repealing Directive 1999/44/EC, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-04.11.2021> (“2019/771”).
- Directive (EU) 2020/1828 of the European Parliament And Of The Council of 25 November 2020 on representative actions for the protection of the collective interests of consumers and repealing Directive 2009/22/EC”, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/-11.06.2022>.
- 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, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31995L0046&from=EN> - 01.11.2021.
- Doğancı, Doğa Ekrem:** Genel İşlem Koşullarında Saydamlık Denetimi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Dörr, Bianka S.:** Kurzkommentar ZGB-Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Ed. Andrea Büchler, Dominique Jakob, 2. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan:** Kişiler Hukuku, 22. Baskı, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.

- Dural, Mustafa/Öz Turgut:** Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 17. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi 2021 (“Miras”).
- Dural, Mustafa/Sarı, Suat:** Türk Özel Hukuku Cilt 1-Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, 16. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- EC:** “Building a European Data Economy”, COM, 2017, 9 final 10.01.2017.
- ECHR:** Guide to the Case-Law of the of the European Court of Human Rights, 31.08.2022.
- ECLI:EU:C:1976:188**, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/> -12.06.2022.
- EDPB**, “Guidelines 2/2019 on the Processing of Personal Data under Article 6(1)(b) GDPR in the Context of the Provision of Online Services to Data Subjects” Version 2.0, 09.10.2019, N. 27, çevrimiçi, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_en.pdf -22.10.2021 (“Contract”).
- EDPB**, Guidelines 05/2020 Consent Under Regulation 2016/679, Version 1.1, Adopted on 4 May 2020, s. 6, çevrimiçi, https://edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf -19.11.2021 (“Consent”).
- EDPS**, “Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content”, 2017, N. 60, çevrimiçi, https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_en.pdf -21.10.2021.
- EDPS**, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 14.03.2017, (Opinion-EDPS).
- Efroni, Zohar:** “Gaps And Opportunities: The Rudimentary Protection For “Data-Paying Consumers” Under New EU Consumer Protection Law”, Common Market Law Review, Vol. 57, No. 3, June 2020, ss. 799-830 (“Data-Paying”).
- Efroni, Zohar:** “Location Data as Contractual Counter-Performance: A Consumer Perspective on Recent EU Legislation”, Smart Urban Mobility-Law Regulation and Policy, eds. Michèle Finck, Matthias Lamping, Valentina Moscon, Heiko Richter (MPI Studies on Intellectual Property and Competition Law, Volume 29), Berlin, Springer-Verlag, 2020, ss. 257-283 (“Location”).
- Egger, August:** Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, 1. Band, Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1-10, Das Personenrecht Art. 11-89, 2. Auflage, Zürich, Schulthess Verlag, 1930.
- Emmerich, Volker:** Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Sacker, 8. Auflage, 2019.
- Engeler, Malte:** “Das überschätzte Kopplungsverbot”, ZD, 2018, ss. 55-62.

- Eren, Fikret:** “İsimsiz Sözleşmelere İlişkin Bazı Sorunlar”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, eds. Derya Ateş, Alper Bulur, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2008, s. 85-111 (“İsimsiz”).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 26. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2021. (“Genel”).
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 6. Bası, Ankara, Yetkin Yayınları, 2018. (“Özel”).
- EU, 2018/1807,** Art. 1, (Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union).
- European Commision,** “Communication Rom the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A comprehensive Approach on Personal Data Protection in The European Union”, COM (2010) 609 final, Brüksel, 04.11.2010.
- European Commission and the Centre for Information Policy and Leadership (CIPL),** Centre for Information Policy Leadership, ‘Comments on the Article 29 Data Protection Working Party’s “Guidelines on the Right to Data Portability” Adopted on 13.12.2016 (Published: 15.02.2017).
- European Law Institute (ELI),** “Statement on the European Commission’s Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers”, s. 10-14, çevrimiçi https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf -17.11.2021;
- European Parliament Report** on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content (COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD))’, A8-0375/2017, 27.11.2017, (“DCD-EuP”).
- European University Institute (EUI) Florence,** European Private Law Forum Deutsches Notarinstitut (DNotI) Würzburg, Real Property Law and Procedure in the European Union-General Report-Final Version, 2005.
- Fankhauser, Roland:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, eds. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018 (“BSK-ZGB-I”).
- Faust, Florian:** “Digitale Wirtschaft-Analoges Recht-Braucht das BGB ein Update?”, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016-Band I Gutachten Teil A, München, C.H. Beck Verlag, 2017.
- Fellner, Christoph:** “Neue Regelungen für Verträge über digitale Inhalte und Dienstleistungen”, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR), 2021, ss. 976-982.

- Fezer, Karl-Heinz:** “Dateneigentum-Theorie des immaterialgüterrechtlichen Eigentums an verhaltensgenerierten Personendaten der Nutzer als Datenproduzenten”, MMR, 2017, s. 3-5.
- Fischer, Michael:** Die Unentgeltlichkeit im Zivilrecht, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2002.
- Flume, Werner:** Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2-Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin-Heidelberg-New York, Springer Verlag, 1992.
- Forkel, Hans:** “Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung”, GRUR, 1988, ss. 491-501.
- Forkel, Hans:** “Lizenzen an Persönlichkeitsrechten durch gebundene Rechtsübertragung”, GRUR, 1998, ss. 489-493.
- François, Jean/Kombe, Akandji:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler, Belçika, Avrupa Konseyi Yayınları, 2008.
- Frenzel, Eike Michael:** Beck’sher Kompakt Kommentare-Datenschutz-Grundverordnung-Bundesdatenschutzgesetz eds. Boris P. Paal, Daniel A. Pauly, 3. Auflage, 2021.
- Fricke, Michael:** Praxiskommentar Urheberrecht (UrhR), eds. Artur-Axel Wandtke, Winfried Bullinger, 5. Auflage, München, C. H. Beck Verlag, 2019.
- Friedman, David Adam:** “Free Offers: A New Look”, New Mexico Law Review, Volume 38, Issue 1, Winter 2008, ss. 49-94.
- Friedman, Milton:** There’s No Such Thing as a Free Lunch, Open Court Publishing Company, 1975.
- Funke, Michael:** Dogmatik und Voraussetzungen der datenschutzrechtlichen Einwilligung im Zivilrecht, Nomos, Baden-Baden, 2017.
- Furrer, Andreas/Müller-Chen, Markus/Çetiner, Bilgehan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022.
- Fuster, Gloria González:** The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Law, Governance and Technology Series 16, Springer, 2014.
- Gaitanides, Charlotte:** Europaisches Unionsrecht, eds. Hans Groeben, Jürgen Schwarze, Armin Hatje, 7. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2015.
- Gauch, Peter:** System der Beendigung von Dauerverträgen, Freiburg (Schweiz), Universitätsverlag Freiburg Schweiz, 1968.
- Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg /Emmenegger, Susan:**
- Gebicka, Aleksandra/Heinemann, Andreas:** “Social Media & Competition Law”, World Competition-Law and Economics Review, Vol. 37, Issue 2, 2014, ss. 149-172.
- Gehrlein, Markus:** Beck'scher Online Kommentar BGB, ed. Heinz Georg Bamberger, 59. Edition, 01.08.2021.

- Gemalmaz, H. Burak:** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı, 2. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayın A.Ş., 2017.
- Gersdorf, Hubertus:** Informations- und Medienrecht, Beck'sche Online-Kommentar, eds. Hubertus Gersdorf, Boris P. Paal, 32th Edition 01.05.2021
- Gierschmann, Siyble:** "Was "bringt" deutschen Unternehmen die DS-GVO?", ZD, 2016, ss. 51-55.
- Giliker Paula:** "Adopting a Smart Approach to EU Legislation: Why Has It Proven So Difficult to Introduce a Directive on Contracts for the Supply of Digital Content?", EU Internet Law In The Digital Era: Regulation And Enforcement, eds. Tatiana Synodinou, Philippe Jougleux, Christiana Markou, Thalia Prastitou, Springer, 2020, ss. 299-320.
- Gill-Pedro, Eduardo:** "Freedom to conduct business in EU law: Freedom from interference or freedom from domination?" European Journal of Legal Studies Vol. 9, No. 2, Year 2017, ss. 103-134.
- Golland, Alexander:** "Das Kopplungsverbot in der Datenschutz-Grundverordnung-Anwendungsbereich, ökonomische Auswirkungen auf Web 2.0-Dienste und Lösungsvorschlag", MMR, 2018, s. 130-135.
- Gottwald, Peter:** Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Sacker, 8. Auflage, 2019.
- Gören, Zafer:** "Temel Hakların Özel Hukuk Düzenine Etkisi-Temel Hakların Yatay (Üçüncü Kişilere) Etkisi", Özel Hukuk ve Anayasa Mahkemesi Kararları Sempozyumu I-11 Mayıs 2001, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2004, ss. 3-33.
- Gören, Zafer:** "Türk-Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması", Anayasa Yargısı, Cilt 9, Ankara, Anayasa Mahkemesi Yayınları, 1992, ss. 165-184.
- Götting, Horst-Peter:** Handbuch des Persönlichkeitsrechts, eds. Christian Schertz, Horst-Peter Götting, Walter Seitz, 2. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019.
- Götting, Horst-Peter:** Persönlichkeitsrechte als Vermögensrechte, Tübingen, Mohr Siebeck, 1995. ("Persönlichkeitsrechte");
- Gröschler, Peter:** Soergel BGB-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch-Band 5/1a-Schuldrecht §§ 311, 311a-c, 313, 314, 13 Auflage, Stuttgart, Verlag W. Kohlhammer, 2014.
- Große-Boymann, Tamara:** Beck'sche Kurz Kommentar-Band 65-Erbrecht, eds. Wolfgang Burandt, Dieter Rojahn, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2019.
- Grüneberg, Christian:** Grüneberg Bürgerliches Gesetzbuch, Beck'sche Kurz-Kommentare, München, 81. Auflage, 2022 ("Grüneberg").
- Grüneberg, Christian:** Palandt Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebensetzen, Beck'sche Kurz-Kommentare, München, 80. Auflage, 2021 ("Palandt").
- Gsell, Beate** EU Digital Law-Article-by-article Commentary, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020.

- Guhl, Theo/Koller, Alfred:** Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich, Schulthess, 2000.
- Guido, Calabresi/Melamed, A. Douglas:** “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”, Harvard Law Review, Vol. 85, No. 6, April, 1972, ss. 1089-1128.
- Hacker, Philipp:** “Carmen Langhanke: Daten als Leistung, Tübingen: Mohr Siebeck 2018”, AcP, Volume 220, 2020, s. 444-452, çevrimiçi-Mohr Siebeck-27.11.2021, (“AcP”).
- Hacker, Philipp:** “Daten als Gegenleistung: Rechtsgeschäfte im Spannungsfeld von DS-GVO”, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2019, ss. 148-197(“ZfPW”);
- Hacker, Philipp:** “Lessons from IP Markets for Data Markets: On Moral Rights, Property Rules, and Resale Royalties”, Intellectual Property Quarterly, Issue 7, 2018, ss. 45-67 (“IP”).
- Hacker, Philipp:** “Personal Data, Exploitative Contracts, and Algorithmic Fairness: Autonomous Vehicles Meet the Internet of Things”, International Data Privacy Law, Volume 7, Issue 4, November 2017, ss. 266-286 (“IoT”).
- Hacker, Philipp:** “Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive”, Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, ss. 47-76.
- Hacker, Philipp:** Datenprivatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020 (“Datenprivatrecht”);
- Hacker, Philipp/Petkova, Bilyana:** “Reining in the Big Promise of Big Data: Transparency, Inequality, and New Regulatory Frontiers”, Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property, Vol. 15, Issue 1, 2017, ss. 1-42.
- Hahn, Hugo J./Häde, Ulrich:** Währungsrecht, München, C.H. Beck Verlag, 2010.
- Han, Işık Aslı:** “Kişisel Verilerin İşlenmesi Bağlamında Hukuka Uygunluk Sebebi Olarak Veri Sahibinin Rızası”, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2019/1, ss. 417-459 (“Rıza”).
- Han, Işık Aslı:** “Veri Sahibinin Kişisel Veri Üzerindeki Hakkının Hukuki Niteliği Işığında Kişisel Verinin Ticarileşmesi”, Genç Hukukçu Araştırmacılar Sempozyumu/11-12 Ekim 2019, eds. Uğur Orhan, M. Emir Göka, Ece Göztepe, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 509-544 (“Hukuki Nitelik”).
- Handbook on European data protection law 2018 edition:** European Union Agency for Fundamental Rights and Council of Europe, 2018.
- Härting, Niko:** “„Dateneigentum“-Schutz durch Immaterialgüterrecht?”, CR, 2016, ss. 646-649.

- Hasan, Samiul/Zhan, Xianyuan/Ukkusuri, Satish V.:** “Understanding Urban Human Activity and Mobility Patterns Using Large-scale Location-based Data from Online Social Media”.
- Hatemi, Hüseyin:** Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Havutçu, Ayşe:** Tam İki Tarafa Borç Yükleyen Sözleşmelerde Temerrüt ve Müspet Zararın Tazmini, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 60, 1995.
- Hay, Peter:** Law of the United States, 2. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 2005.
- Helberger, Natali/Borgesius, Frederik Zuiderveen/Agustin, Reyna:** “The Perfect Match? A Closer Look at the Relationship Between EU Consumer Law and Data Protection Law”, Consumer Market Law Review (CML), Volume 54, Issue 5, 2017, ss. 1427 – 1465.
- Helberger, Natali/Loos, Marco B. M/ Guibault, Lucie/Mak, Chantal/Pessers, Lodewijk:** “Digital Content Contracts for Consumers”, Journal of Consumer Policy, Volume 36, March 2013, ss. 37-57.
- Heller, Maximilian:** Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, eds. Andreas Leupold, Andreas Wiebe, Silke Glossner, 4. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2021, Teil 6.4 Daten als Zahlungsmittel.
- Helvacı, Serap:** Gerçek Kişiler, 8. Baskı, İstanbul, Legal Yayınevi, 2017.
- Henssler, Martin:** Münchener Kommentar zum BGB, Münchener Kommentar zum BGB-Band 6, eds. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2020.
- Hepburn, Samantha J.:** Principles of Property Law, 2. Edition, Sdney, Cavendish Publishing Pty Limited, 2001.
- Herzog, Stephanie:** “Der digitale Nachlass-ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem”, NJW, 2013, ss. 3745-3751.
- Hilty, Retro M.:** Lizenzvertragsrecht, Bern, Stämpfli Verlag, 2001.
- Hofmann, Franz:** Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf, Tübingen, Mohr Siebeck, 2017.
- Hoofnagle, Chris Jay/Whittington, Jan:** “Free: Accounting for the Costs of the Internet’s Most Popular Price”, UCLA Law Review, Volume 606, 2014, ss. 606-670. https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Lehrstuehle/Specht/Specht_Datenschuldrecht4.pdf -22.10.2021 (“Vertragsfreiheit”).
- Huguenin, Claire/Purtschert, Tina:** Handkommentar zum Schweizer Privatrecht (CHK): Vertragsverhältnisse Teil 1: Innominatkontrakte, Kauf, Tausch, Schenkung, Miete, Leihe Art. 184-318 OR, Markus Müller-Chen, Claire Huguenin, Auflage 3, Zürich, Schulthess Juristische Medien AG, 2016.

- Huguenin, Claire/Reitze, Christophe Peter:** Basler Kommentar Zivilgesetzbuch I, eds. Thomas Geiser, Christiana Fountoulakis, 6. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2018 (“BSK-ZGB-I”).
- Jöns, Johanna:** Daten als Handelsware, Baden-Baden, Nomos, 2019.
- Kama Işık, Sezen:** Avrupa Veri Koruma Hukukuna Anayasal Bir Bakış, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Kanadoğlu, O. Korkut:** Türk ve Alman Anayasa Yargısında Anayasal Değerlerin Çatışması ve Uyumlaştırılması, İstanbul, Beta Basım Yayın A.Ş., 2004.
- Kang, Jerry:** “Informational Privacy in Cyberspace Transactions”, Stanford Law Review, Volume 50, 1998, s. 1193-1294
- Karabağ Bulut, Nil:** Medeni Kanunun 23. Maddesi Kapsamında Kişilik Hakkının Sözleşme Özgürlüğüne Etkisi, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2014.
- Kelleher, John D. /Tierney, Brendan:** Veri Bilimi, çev. Onur Öztürk, İstanbul Can Sanat Yayınları A.Ş., 2019.
- Kerber, Wolfgang:** “Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection”, GRUR, 2016, s. 641-648.
- Kilian, Wolfgang:** “Personenbezogene Daten als schuldrechtliche Gegenleistung”, Dateneigentum und Datenhandel, Herausgegeben von der Stiftung Datenschutz, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2019, ss. 191-208.
- Kindl, Johann:** “Verträge über digitale Inhalte-Vertragsnatur und geschuldete Leistung”, Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen, eds. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell, Beate Gsell, Baden-Baden, Nomos, 2018, ss. 63-84.
- Klar, Manuel/Kühling, Jürgen:** Datenschutz-Grundverordnung-BDSG Kommentar, eds. Jürgen Kühling, Benedikt Buchner, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2020.
- Klein, Florian:** Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, Frankfurt am Main, Peter Lang Verlag, 2017.
- Klein, Urs Albrecht/Datta, Amit:** “Vertragsstrukturen beim Erwerb kostenloser Apps”, CR, 2016, ss. 587-590.
- Klink-Straub, Judith:** “Do ut des data-Bezahlen mit Daten im digitalen Vertragsrecht”, NJW, 2021, ss. 3217-3222.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm Birinci Cilt Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitapevi, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip:** Miras Hukuku, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1987 (“Miras”).
- Koch, Ida Elisabeth:** “The Justiciability of Indivisible Rights”, Nordic Journal of International Law, Vol. 72, No. 1, 2003, ss. 3-29.

- Koch, Jens:** Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage 2019.
- Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches,** Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Erste Lesung, Berlin, De Gruyter, 2018 (eBook), 1888 (Handcover).
- Kosta, Eleni:** The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020.
- Kotschy, Waltraut:** The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020.
- Körber, Torsten:** “Konzeptionelle Erfassung digitaler Plattformen und adäquate Regulierungsstrategien”, ZUM, 2017, ss. 93-101.
- Krause, Peter:** “Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Privatrecht-Teil 1”, JZ 1984, ss. 656-663.
- Kreutz, Oliver:** “Der Webseitenutzungsvertrag-Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft?”, ZUM, 2018, ss. 162-168.
- Krohm, Niclas/Müller-Peltzer, Philipp:** “Auswirkungen des Kopplungsverbots auf die Praxistauglichkeit der Einwilligung”, ZD, 2017, ss. 551-556.
- Kun, Eyüp:** “Inherent Role of the Freedom to Conduct a Business under GDPR: The Tailored Liability of Search Engines”, 18.08.2020, çevrimiçi, SSRN-18.12.2021.
- Kuntalp, Erden:** Karışık Muhtevalı Akit (Karma Sözleşme), 2. Bası, Ankara, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırmaları Enstitüsü, 2013.
- Kunz, Lena:** J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 5, Erbrecht-Einleitung zum Erbrecht; §§ 1922-1966, eds. Lena Kunz, Tanja Mešina, Gerald Otte, Olaf Werner, Berlin, Sellier De Gruyter, Neubearbeitung 2017.
- Kurşat, Zekeriya:** “Eser ve Vekâlet Sözleşmelerinin Nitelendirilmesi Sorunu ve Nitelendirmenin Hükmü”, İÜHFM, C. 67, S.: 1-2, 2009, ss. 143-166.
- Kutscher, Antonia:** Der Digitale Nachlass, Göttingen, V&R unipress (Verlag), 2015.
- Kutscher, Antonia:** Der digitale Nachlass, Göttingen, V&R unipress, 2015.
- Küçükyalçın, Arzu:** “Karşılaştırmalı Hukukta Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması”, AÜHFD, Cilt 53, S. 4, Yıl: 2004, ss. 101-124.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt:** Datenschutzgrundverordnung-BDSG, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2020.
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario:** “Die Datenschutz-Grundverordnung: Revolution oder Evolution im europäischen und deutschen Datenschutzrecht?”, EuZW, 2016, ss. 448-454.

- Kühnl, Christina:** Persönlichkeitsschutz 2.0: Profilbildung und-nutzung durch Soziale Netzwerke am Beispiel von Facebook im Rechtsvergleich zwischen Deutschland und den USA, Köln, De Gruyter, 2016.
- Küzeci, Elif:** “İstatistikî Birimler ve Bilgilerin Geleceğini Belirleme Hakkı”, İnsan Hakları Yıllığı, Cilt 32, 2014, ss. 53-75.
- Küzeci, Elif:** Kişisel Verilerin Korunması, 4. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Lange, Knut Werner/Holtwiesche, Marian:** “Das digitale Erbe-eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme”, Nomos-Erbrecht (ErbR), 2016, s. 48-492.
- Langhanke, Carmen:** Daten als Leistung, Tübingen, Mohn Siebeck, 2018.
- Laudon, Kenneth C.:** “Markets and Privacy”, 39 Communications of the ACM 9, 1996, ss. 92-104.
- Leinemann, Franziska:** Personenbezogene Daten als Entgelt, Berlin, Peter Lang, 2020.
- Leipold, Dieter.:** Münchener Kommentar zum BGB-Band 11, 8. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2020.
- Lessig, Lawrence:** “Privacy as Property”, Social Research, 69/1, 2002, ss. 247-269.
- Lievens, Eva/Verdoodt, Valerie:** “Looking for needles in a haystack: Key issues affecting children’s rights in the General Data Protection Regulation”, Computer Law & Security Review, Volume 34, Issue 2, 2018, ss. 269-278.
- Litman, Jessica:** “Information Privacy/Information Property”, Stanford Law Review, Vol. 52, No: 5, May 2000, ss. 1283-1313.
- Lohsse, Sebastian/Schulze, Reiner/Staudenmayer, Dirk:** Data as Counter-Performance–Contract Law 2.0?, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- Loos, Marco B. M.:** “The (Proposed) Transposition of the Digital Content Directive in the Netherlands”, JIPITEC, 12/2, 2021, ss. 229-240.
- López, Santiago Ramírez:** “Informing Consent: Giving Control Back to the Data Subject from a Behavioral Economics Perspective”, JIPITEC, 2018, ss. 35-50.
- Louisa Specht,** “Bezahlen mit Daten”, Ordnung der Wissenschaft, Heft 2, 2017, s. 121-128 (“ODW”).
- Lynskey, Orla:** “Aligning Data Protection Rights with Competition Law Remedies? The GDPR Right to Data Portability”, European Law Review, Vol. 42, Issue 6, 2017, ss. 793-814 (“ELR”).
- Lynskey, Orla:** The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020 (“Commentary”).
- M. Bedi Kaya,** “Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Korunması Arasında Denge”, Güncel Gelişmeler Işığında Kişisel Verilerin Korunması Hukuku-

- Marmara Hukuk Bilimsel Toplantılar Serisi-I (17 Nisan 2019-Haydarpaşa), Ed. Leyla Keser Berber, Ali Cem Bilgili, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020, ss. 33-68.
- M. Scheb II, John/Sharma, Hermant:** An Introduction to the American Legal System, 5. Edition, New York, Wolters Kluwer, 2020.
- Mačėnaitė, Milda:** “Protecting Children Online: Combining the Rationale and Rules of Personal Data Protection Law and Consumer Protection Law”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, ss. 331–375.
- Mackenrodt, Mark-Oliver:** “Personal Data After the Death of the Data Subject-Exploring Possible Features of a Holistic Approach”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, ss. 273-302.
- Mak, Vanessa:** “The New Proposal for Harmonized Rules on Certain Aspects Concerning Contracts for The Supply of Digital Content”, Directorate General For Internal Policy Department C: Citizens’ Rights and Constitutional Affairs, Legal Affairs, January 2016.
- Mansel, Heinz-Peter:** Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, ed. Rolf Stürner, 18. Auflage, 2021.
- Martinek, Michael:** Moderne Vertragstypen Band I, Leasing und Factoring, München, C. H. Beck Verlag, 1991.
- Martini, Mario:** Beck’sher Kompakt Kommentare-Datenschutz-Grundverordnung-Bundesdatenschutzgesetz, ed. Boris P. Paal, Daniel A. Pauly, 3. Auflage, 2021.
- Martini, Mario/Kienle, Thomas:** “Facebook, die Lebenden und die Toten”, JZ, 2019, ss. 235-241.
- McKinnan, Catriona:** “Rights: their basis and limits”, Political Concepts, Ed. Andrew Mason, Richard Bellamy, Manchester, Manchester University Press, 2003.
- Menger, Carl:** Grundsätze der Volkswirtschaftslehre, Wien, Wilhelm Braumüller Verlag, 1871.
- Merrill, Thomas W./Smith, Henry E.:** Property Law, New York, Oxford University Press, 2010.
- Metzger, Axel:** “A Market Model for Personal Data: State of Play under the New Directive on Digital Content and Digital Services”, Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, ss. 25-46. (“Contract Law 2.0”).

- Metzger, Axel:** “Access to and Porting of Data under Contract Law: Consumer Protection Rules and Market-Based Principles”, *Data Access, Consumer Interests and Public Welfare*, ed. German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection Max Planck Institute for Innovation and Competition, Baden-Baden, Nomos, 2020, ss. 287-317.
- Metzger, Axel:** “Data as counter-performance: What rights and duties do parties have?”, *JIPITEC*, Issue 8, 2017, ss. 2-8.
- Metzger, Axel:** “Daten als Vertragsleistung des Verbrauchers in der Grauzone zwischen DSGVO und BGB”, *Selbstverantwortete Freiheit und Rechts-Festschrift für Franz Jürgen Säcker zum 80. Geburtstag*, München, C.H. Beck Verlag, 2021, s. 49-60 (“Festschrift”).
- Metzger, Axel:** “Dienst gegen Daten: Ein synallagmatischer Vertrag”, *AcP*, 2016, ss. 817-865 (“AcP”).
- Metzger, Axel:** “Verbraucherschutz bei der Bereitstellung digitaler Produkte Zur Durchsetzung der §§ 327–327u BGB”, *Selbstbestimmung: Freiheit und Grenzen-Festschrift für Reinhard Singer zum 70. Geburtstag*, eds. Antje G. I. Tölle, Jörg Benedict, Harald Koch, Stephan Klawitter, Christoph G. Paulus, Friedrich Preetz, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2021, ss. 431-443 (“Verbraucherschutz”).
- Metzger, Axel:** “Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen: Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?”, *JZ*, 2019, ss. 577-586 (“JZ”).
- Metzger, Axel:** *Münchener Kommentar zum BGB-Band 3*, 9. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2022.
- Metzger, Axel/Efroni, Zohar/Mischau, Lena/Efroni, Jakob:** “Data-Related Aspects of the Digital Content Directive”, *JIPITEC*, Issue 9, 2018, ss. 90-109.
- Mik, Eliza:** “Contracts Governing the Use of Websites”, *Singapore Journal of Legal Studies*, March 2016, ss. 70-94.
- Müller-Riemenschneider, Severin:** *E-Commerce Rechtshandbuch*, ed. Peter Bräutigam, Dr. Daniel Rücker, München, C.H. Beck, 2017.
- Müller, Christoph:** *Berner Kommentar Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizer Obligationenrecht*, Bern, Stämpfli Verlag, 2018.
- Müller, Christoph:** *Berner Kommentar- Art. 1-18 OR mit allgemeiner Einleitung in das Schweizerische Obligationenrecht*, ed.s Regina E. Aebi-Müller, Christoph Müller, Zürich, Stämpfli Verlag AG, 2018.
- Narciso, Madalena:** “ ‘Gratuitous’ Digital Content Contracts in EU Consumer Law”, *EuCML*, 2017, s. 198-206.
- Narciso, Madalena:** “Consumer Expectations in Digital Content Contracts-An Empirical Study”, *Tilburg Private Law Working Paper Series*, No. 01/2017.

- Nemeth, Kristin/Carvalho, Jorge Morais:** “Current Challenges for Consumer Law”, EuCML, 2019, ss. 119-121.
- Nomer, Halûk N.:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Bası, İstanbul, Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2021.
- Nomer, Halûk Nami/Akbulut, Pakize Ezgi:** Medeni Hukuka Giriş-Bölüm I, 7. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2022.
- Nomer, Halûk Nami/Ergüne, Mehmet Serkan:** Eşya Hukuku, 8. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2020.
- Obergfell, Eva Inés:** “Verträge über digitale Inhalte als Lizenzverträge, Ständige Deputation des Deutschen Juristentages, Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016-Band II/1 (Sitzungsberichte-Referate und Beschlüsse), München, C.H. Beck Verlag, 2017.
- OECD:** “Exploring the Economics of Personal Data: A Survey of Methodologies for Measuring Monetary Value”, OECD Digital Economy Papers No. 220, 02.04.2013.
- Oertmann, Paul:** Entgeltliche Geschäfte, München, C.H. Beck Verlag, 1912.
- Oetker, Hartmut:** Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung (Jus privatum; Band 9), Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1994.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler Cilt-1, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 19. Bası, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir Saibe:** Eşya Hukuku, 23. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay-Özdemir, Saibe:** Kişiler Hukuku, 20. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 2021.
- Ohly, Ansgar:** “Volenti non fit iniuria”-Die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002.
- Oktay-Özdemir, Saibe:** İsimli Sözleşmeler, İstanbul Şerhi Türk Borçlar Kanunu, Cilt 4-5, İstanbul, Vedat Kitapçılık 2019.
- Oktay, Saibe:** “İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması”, İÜHFM, C. LV, s. 1-2, 1996, ss. 263-296.
- Oktay, Saibe:** “Uzun Süreli Sözleşmelerin Geçerliliği ve Sona Erme Düzeni”, İÜHFM, Cilt: 55, Sayı: 3, Yıl: 1997, ss. 209-234 (“Sona Erme”).
- Olzen, Dirk:** J. von Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, Einleitung zum Schuldrecht, §§ 241-243 (Treu und Glauben), Ed. Dirk Looschelders, Dirk Olzen, Gottfried Schieman, Berlin, Sellier De Gruyter, 2019.
- Oostveen, Manon/Irion, Kristina:** “The Golden Age of Personal Data: How to Regulate an Enabling Fundamental Right?”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, ss. 7-26.

- Oser, David/Weber, Rolf H.:** Basler Kommentar-Obligationenrecht I-Art. 1-529 OR, eds. Corinne Widmer Lüchinger, David Oser, 7. Auflage, Basel, Helbing Lichtenhahn Verlag, 2020 ("BSK-OR-I").
- Paal, Boris P., Hennemann, Moritz:** "Big Data As An Asset-Daten und Kartellrecht", ABIDA-ASSESSING BIG DATA-Projektlaufzeit 01.03.2015-28.02.2019, s. 28, çevrimiçi, https://www.abida.de/sites/default/files/Gutachten_ABIDA_Big_Data_as_an_Asset.pdf -05.11.2021.
- Palmethofer, Walter/Semsrott, Arne/ Alberts, Anna:** "Der Wert persönlicher Daten Ist Datenhandel der bessere Datenschutz?", Open Knowledge Foundation Deutschland e.V., 2017.
- Papier, Hans-Jürgen:** "Rechtsstaalichkeit und Grundrechtsschutz in der digitalen Gesellschaft", NJW, 2017, s. 3025-3030.
- Pearce, Henry:** "Personality, Property and Other Provocations: Exploring the conceptual muddle of data protection rights under EU law", European Data Protection Law Review Vol:4, Issue 2, 2018, ss. 190-208.
- Pearce, Henry:** "Personality, Property and Other Provocations: Exploring the Conceptual Muddle of Data Protection Rights under EU Law", European Data Protection Law Review, Issue 2, 2018, s. 190-208.
- Pech, Sebastian:** "Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen-Ein Überblick zu den Neuregelungen im BGB (Teil II)", GRUR-Prax, 2021, ss. 547-549.
- Peifer, Karl-Nicholaus:** Individualität im Zivilrecht, Tübingen, Mohr Siebeck, 2001 ("Individualität").
- Peifer, Karl-Nikolaus:** "Eigenheit oder Eigentum-Was schützt das Persönlichkeitsrecht?", GRUR 2002, ss. 495-500.
- Pekmez, Cüneyt:** Borcun İfa Edilmediği Defi (Ödemezlik Defi), İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Peukert, Alexhander:** Güterzuordnung als Rechtsprinzip, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008.
- Pfeiffer, Thomas:** "Europäisch-autonome Auslegung der Klauselrichtlinie am Beispiel der Hauptleistungsklauseln", NJW, 2014, ss. 3069-3072.
- Plath, Kai-Uwe:** DSGVO/BDSG, ed. Kai-Uwe Plath, 3. Auflage, Köln, Otto Schmidt Verlag, 2018.
- Podszun, Rupperecht:** "Strenge Anforderungen an Werbe-E-Mails-und die Folgenbeseitigung", Gesellschafts- und Wirtschaftsrechts, 2017.
- Polat, Alperen:** Sorumluluk Hukukunda Rıza, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2019.
- Polater, Salih:** "Kişisel verilerin reklam amaçlı işlenmesinde hukuka uygunluk sebepleri", Kişisel Verileri Koruma Dergisi, Cilt 1, Sayı 1, ss. 1-20.
- Posner, Richard A.:** "The Economics of Privacy", The American Economic Review, Volume 71, No. 2, May 1981, ss. 405-409.

- Prins, J.E.J. (Corien):** “The Propertization of Personal Data And Identities”, *Electronic Journal of Comparative Law*, Volume 8.3, October 2004, ss. 1-7.
- Radlanski, Philip:** *Das Konzept der Einwilligung in der datenschutzrechtlichen Realität*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2016.
- Ratti, Matilde:** “Personal-Data and Consumer Protection: What Do They Have in Common?”, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?*, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, ss. 377–393.
- Raude, Karin:** “Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis”, *Rheinsche Notar-Zeitschrift (RNotZ)*, 2017, ss. 17-27.
- Redeker, Helmut:** *Handbuch Multimedia-Recht*, eds. Thomas Hoeren, Ulrich Sieber, Bernd Holznagel, Werkstand 56, EL Mai 2021, Teil 12 (Vertragsrecht für Internetdienste).
- Regan, Priscilla M.:** *Legislating Privacy, Technology, Social Values and Public Policy*, New York, 1995.
- Reimer Sebastian:** *Die datenschutzrechtliche Zustimmung*, Universität Wien Dissertation, 2010.
- Resch, Reinhard:** *Die Einwilligung des Geschädigten*, Wien, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, 1997.
- Riechert, Anne:** “Data as a Counter-Performance”, *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, ss. 267-278.
- Riehm, Thomas:** “Freie Widerrufbarkeit der Einwilligung und Struktur der Obligation Daten als Gegenleistung?”, *Rechte an Daten*, ed. Tereza Pertot, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, ss. 175-206.
- Rogosch, Patricia Maria:** *Die Einwilligung im Datenschutzrecht*, Baden-Baden, Nomos, 2013.
- Rohwedder, Tobias:** *Die neue Datenschutz-Grundverordnung*, eds. Flemming Moos, Jens Schefzig, Marian Arning, Berlin, De Gruyter, 2018.
- Roßnagel, Alexander:** “Wie zukunftsfähig ist die Datenschutz-Grundverordnung?”, *DuD*, Issue 9, 2016, ss. 561–565.
- Rosenthal, David/Jöhri, Yvonne:** *Handkommentar zum Datenschutzgesetz sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen (HK-DSG)*, Zürich-Basel-Genf, Schulthess, 2008.
- Rouvroy, Antoinette/Poullet Yves:** “The Right to Informational Self Determination and the Value of Self-Development: Reassessing the Importance of Privacy for Democracy”, *Reinventing Data Protection?*, eds. Serge Gutwirth, Yves Poullet, Paul De Hert, Cecile de Terwangne, Sjaak Nouwt, Springer Netherlands, 2009, ss. 45-76.

- Rubinfeld, Daniel L./Gal, Michal:** “The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement”, *Antitrust Law Journal*, Volume 80, 2016, ss. 521-562.
- Samuelson, Pamela:** “Privacy as Intellectual Property”, *Stanford Law Review*, 52/5, 2000, ss. 1125-1173.
- Sandfuchts, Barbara:** *Privatheit wider Willen?-Verhinderung Informationeller Preisgabe im Internet nach deutschem und US-amerikanischem Verfassungsrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2015.
- Sattler, Andreas:** “Autonomy or Heteronomy-Proposal for a Two-Tier Interpretation of Art 6 GDPR”, *Data as Counter-Performance-Contract Law 2.0?*, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, ss. 225-252 (“Contract Law 2.0”).
- Sattler, Andreas:** “From Personality to Property?: Towards a Holistic Approach?”, *Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?*, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, ss. 27-54 (“Personality”).
- Sattler, Andreas:** “Neues EU-Vertragsrecht für digitale Güter”, *CR*, Heft 3, 2020, ss. 145-154.
- Sattler, Andreas:** “Personenbezogene Daten als Leistungsgegenstand”, *JZ*, 2017, s. 1036-1046.
- Sattler, Andreas:** “Personenbezug als Hindernis des Datenhandels” *Rechte an Daten*, eds. Tereza Pertot, Martin Schmidt-Kessel, Fabio Padovini, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, ss. 49-85 (“Rechte an Daten”).
- Schantz, Peter:** “Die Datenschutz-Grundverordnung-Beginn einer neuen Zeitrechnung im Datenschutzrecht”, *NJW*, 2016, ss. 1841-1847.
- Scheibenpflug, Andreas:** *Personenbezogene Daten als Gegenleistung*, Berlin, Duncker & Humboldt GmbH, 2022.
- Schermer, Bart W./Custers, Bart/van der Hof, Simone:** “The Crisis of Consent How Stronger Legal Protection may lead to Weaker Consent in Data Protection”, *Ethics & Information Technology*, Volume 16, Issue 2, 2014, ss. 171–182.
- Schertz, Christian:** *Handbuch des Urheberrechts*, ed. Ulrich Loewenheim, 3. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2021.
- Schmid, Jörg/Stöckli, Hubert/Krauskopf, Frédéric:** *Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil*, 2. Auflage, Zürich-Basel, Schulthess Verlag, 2016.
- Schmidt-Kessel, Martin:** “Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung”, 2013, çevrimiçi, <https://www.schmidt-kessel.uni->

bayreuth.de/pool/dokumente/gutachten_stellungnahmen/Stellungnahme_VRRRL.pdf -24.01.2022 (“Stellungnahme”).

Schmidt-Kessel, Martin: “Verträge über digitale Inhalte-Einordnung und Verbraucherschutz”, *Kommunikation & Rech*, 2014, ss. 475-482 (“K&R”).

Schmidt, Kirsten Johanna: *Datenschutz als Vermögensrecht-Datenschutzrecht als Instrument des Datenhandels*, Zürich, Springer, 2020.

Schönenberger, Wilhem/Jäggi, Peter: *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationen Recht-Teilband V, 1a*, Zürich, Schulthess, 1973.

Schönle, Herbert: *Zürcher Kommentar Band/Nr. V/2a: Kauf und Schenkung, Erste Lieferung, Art. 184-191 OR*, Peter Gauch, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, Schulthess Polygraphischer Verlag AG, 1993.

Schulz, Sebastian: *DS-GVO (Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679)*, München, C.H. Beck Verlag, 2017.

Schulze, Hendrik: *Exploring the Uncharted Waters of European Competition Law 4.0- An approach to the regulation of abusive data-related behaviors of dominant undertakings in the digital age*, Bremen, Nomos, 2020.

Schulze, Reiner: “Datenschutz und Verträge über digitale Inhalte”, *Verträge über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen*, ed. Johann Kindl, Tatiana Arroyo Vendrell, Beate Gsell, Baden-Baden, Nomos, 2018, ss. 123-142 (“Datenschutz”);

Schulze, Reiner: *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Handkommentar*, ed. Reiner Schulze, 11. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2021.

Schulze, Reiner: *EU Digital Law-Article-by-Article Commentary*, ed. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020 (“Commentary”).

Schulze, Reiner:, *Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) Handkommentar*, ed. Reiner Schulze, 11. Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2021.

Schwartz, Paul M.: “Beyond Lessig's Code for Internet Privacy: Cyberspace Filters, Privacy control, and Fair Information Practice”, *Wisconsin Law Review*, 2000, ss. 743-788.

Schwartz, Paul: “The computer in German and American Constitutional Law: Towards an American Right of Informational Self-Determination”, *The American Journal of Comparative Law*, Volume 37, 1989, No. 4, ss. 675-701.

Schweitzer, Heike: “Neue Machtlagen in der digitalen Welt? Das Beispiel unentgeltlicher Leistungen”, *Regulierung-Wettbewerb-Innovation*, ed. Torsten Körber, Jürgen Kühling, Baden-Baden, Nomos, 2017, ss. 296-305.

Schweitzer, Heike/Peitz, Martin: “Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?”, *NJW*, 2018, ss. 275-280.

- Schwenzer, Ingeborg:** Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, 7. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2016.
- Seliçi, Özer:** Borçlar Kanununa Göre Sözleşmeden Doğan Sürekli Borç İlişkilerinin Sona Ermesi, İstanbul, Fakülteler Matbaası, 1976.
- Serozan, Rona,** “Atipik Trampa Sözleşmeleri”, BATİDER, Sayı 28, No: 4, Aralık 2012, ss. 5-26 (“Atipik Sözleşmeler”).
- Serozan, Rona:** “Yürürlükteki ifa engelleri ve haksız fiil hukukunun yetersizlikleri ve bu yetersizliklerin aşılmasında giderek önemi artan kavramlar: Sözleşmenin Müspet İhlali ve Culpa in Contrahendo”, İstanbul Üniversitesi Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, No: 18, İstanbul, 1990, ss. 27-42 (“İfa Engelleri”).
- Serozan, Rona:** Medeni Hukuk: Genel Bölüm/Kişiler Hukuku, 8. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2018.
- Skousen, Mark:** Mikro İktisat, Çev. Atilla Yayla, Ankara Andres Yayınları, 2009.
- Solove, Daniel J.:** The Digital person, Technology and privacy in an Information Age, New York University Press, 2004.
- Specht-Riemenschneider, Louisa:** Urheberrechtsgesetz: Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz, eds. Thomas Dreier, Gernat Schulze, Louisa Specht, 7. Auflage, München, C.H. Beck Verlag, 2022.
- Specht, Louisa:** “Das Verhältnis möglicher Datenrechte zum Datenschutzrecht”, GRUR Int., 2017, ss. 1040-1047 (“GRUR Int.”).
- Specht, Louisa:** “Daten als Gegenleistung-Verlangt die Digitalisierung nach einem neuen Vertragstypus?”, JZ, 72, Heft 15-16, 2017, ss. 763-770 (“JZ”).
- Specht, Louisa:** “Datenverwertungsverträge zwischen Datenschutz und Vertragsfreiheit-Eckpfeiler eines neuen Datenschuldrechts”, DGRI-Jahrbuch 2017,
- Specht, Louisa:** Konsequenzen der Ökonomisierung informationeller Selbstbestimmung: Die zivilrechtliche Erfassung des Datenhandels, Köln, Carl Heymanns Verlag, 2012 (“Konsequenzen”).
- Specht, Louisa/Bienemann, Linda:** “Zur Zukunft der datenschutzrechtlichen Einwilligung”, K&R-Beilage, Heft 9, 2018, ss. 22-23.
- Spindler, Gerald:** “Contracts For the Supply of Digital Content-Scope of application and basic approach-Proposal of the Commission for a Directive on contracts for the supply of digital content”, European Review of Contract Law (ERCL), 12/3, 2016, ss. 183-217 (“ERCL”).
- Spindler, Gerald:** “Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet-Der Rahmen für Forschungsaufgaben und Reformbedarf”, GRUR-Beilage, Heft 1, 2014, ss. 101-108.
- Spindler, Gerald:** “Umsetzung der Richtlinie über digitale Inhalte in das BGB”, MMR, 2021, ss. 451-457.

- Stadler, Astrid:** Jauernig Bürgerliches Gesetzbuch, Ed. Rolf Stürner, 18. Auflage, 2021.
- Ständigen Deputation des Deutschen Juristentage,** Verhandlungen des 71. Deutschen Juristentages Essen 2016-Band II/1 (Sitzungsberichte-Referate und Beschlüsse), München, C.H. Beck Verlag, 2017.
- Staudenmayer, Dirk:** “Auf dem Weg zum digitalen Privatrecht-Verträge über digitale Inhalte”, NJW, 2019, s. 2497-2501 (NJW).
- Staudenmayer, Dirk:** EU Digital Law-Article-by-Article Commentary, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020.
- Stefan Gloser, Naila:** “„Digitale Erblasser“ und „digitale Vorsorgefälle“ – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I”, MittBayNot, 2016, ss. 12-19.
- Stemmer, Bastian:** BeckOK Datenschutzrecht, eds. Stefan Brink, Heinrich Amadeus Wolff, 37. Edition, München, C.H. Beck Verlag, 01.05.2021.
- Stinner, Julia:** “Informationelle Selbstbestimmung und Grenzen rechtlicher Regulierung”, Zukunft der informationellen Selbstbestimmung, Herausgegeben von der Stiftung Datenschutz, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2016.
- Tan, Turgut:** Ekonomik Kamu Hukuku, Ankara, Todaie Yayınları, Yayın No: 210, 1984
- Taşatan, Caner:** Sözleşmenin Kurulması, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2021, s. 11.
- Taştan, Furkan Güven:** The (im)possibility of personal data as an object of contracts: An analysis of the GDPR and the Digital Content Directive, Tilburg University-Master’s Degree Programme Law and Technology, July 2021.
- Taştan, Furkan Güven:** Türk Sözleşme Hukukunda Kişisel Verilerin Korunması, 2. Bası, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2017.
- Tekinalp, Ünal:** Fikri Mülkiyet Hukuku, 5. Bası, İstanbul, Vedat Kitapçılık, 2012.
- Tekinay Selahattin Sulhi:** Medeni Hukukun Genel Esasları ve Gerçek Kişiler Hukuku, 6. Bası, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Tiryaki, Refik:** Ekonomik Özgürlükler ve Anayasa, Ankara Yetkin Yayınları, 2008.
- Twigg-Flesner, Christian:** “Disruptive technology-disrupted Law? How the digital revolution affects (Contract) Law”, European Contract Law and the Digital Single Market, The Implications of the Digital Revolution, ed. Alberto De Franceschi, Cambridge, Intersentia, 2016, ss. 21-48, (“Contract”).
- Twigg-Flesner, Christian:** EU Digital Law-Article-by-article Commentary, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, (“Commentary”).

- Unsel, Florian:** “Die Übertragbarkeit von Persönlichkeitsrechten”, GRUR, 2011, ss. 982-988.
- Ursic, Helena:** “The Failure of Control Rights in the Big Data Era: Does a Holistic Approach Offer a Solution?”, Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law Towards a Holistic Approach?, eds. Mor Bakhoun, Beatriz Conde Gallego, Mark-Oliver Mackenrodt, Gintarė Surblytė-Namavičienė, Berlin, Springer-Verlag, 2018, ss. 55-83.
- van Erp, Sjef:** “Management as Ownership of Data”, Data as Counter-Performance—Contract Law 2.0?, eds. Sebastian Lohsse, Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Baden-Baden, Nomos, 2020, ss. 77-94.
- van Erp, Sjef:** “The need for a common vocabulary on “data ownership”, European Property Law Journal, De Gruyter, Volume 8, Issue: 1, 2019, ss. 1-3.
- Victor, Jacob M.:** “The EU General Data Protection Regulation: Toward a Property Regime for Protecting Data Privacy” The Yale Law Journal, Vol. 123 No: 2, November 2013, ss. 513-528, çevrimiçi, <https://www.yalelawjournal.org/comment/the-eu-general-data-protection-regulation-toward-a-property-regime-for-protecting-data-privacy> -09.10.2021.
- von Jentzsch, Nicola:** “Datenhandel und Datenmonetarisierung: Ein Überblick”, Dateneigentum und Datenhandel, ed. Stiftung Datenschutz, Berlin, Erich Schmidt Verlag, 2019, ss. 1-12.
- von Münch, Ingo:** “Grundrechtsschutz gegen sich selbst?”, Festschrift für Hans Peter Ipsen zum siebzigsten Geburtstag, Hamburg, Mohn Siebeck, 1977, ss. 113-128.
- von Tuhr, Andreas/Hans, Peter:** Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band I, 3. Auflage, Zürich, Schulthess Polygraph Verlag, 1979.
- von Westphalen, Friedrich Graf:** “Datenvertragsrecht-disruptive Technik-disruptives Recht Kollisionsrecht und Haftungsrecht”, Zeitschrift für Internationales Wirtschaftsrecht (IWRZ), 2018, ss. 9-20.
- von Zimmermann, Georg:** Die Einwilligung im Internet, Berlin, epubli GmbH, 2014.
- Wack, Raymonds:** “Introduction”, Privacy I, ed. Raymonds Wack, New York University Press Reference Collection, Washington 1993.
- Walker, Matthias:** Die Kosten kostenloser Dienste-Personenbezogene Daten als neues Zahlungsmittel, Berlin, Duncker & Humblot, 2021.
- Wandtke, Artur-Axel:** “Ökonomischer Wert von persönlichen Daten Diskussion des “Warencharakters” von Daten aus persönlichkeits- und urheberrechtlicher Sicht”, MMR, 2017, ss. 6-12.
- Warren Samuel D./ Brandeis, Louis D.:** “Right to Privacy”, Harvard Law Review, Volume 4, No. 5, 1890, ss. 193-220.

- Weber, Rolf H.:** “Data Protection in the Termination of Contract”, Contracts for the Supply of Digital Content: Regulatory Challenges and Gaps, eds. Reiner Schulze, Dirk Staudenmayer, Sebastian Lohsse, Baden-Baden, Nomos, 2017, ss. 188-208.
- Weber, Rolf H./ Henseler, Simon:** “Daten als Entgelt”, Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (SZW), 2019, ss. 335-345.
- Weber, Rolf H./Thouvenin, Florent** “Gutachten zur Möglichkeit der Einführung eines Datenportabilitätsrechts im schweizerischen Recht und zur Rechtslage bei Personal Information Management Systems (PIMS)”, Zürich, Universität Zürich, 22.12.2017, çevrimiçi, <https://www.aramis.admin.ch/Default?DocumentID=50028&Load=true> -28.10.2021.
- Weichert, Thilo:** “Big Data und Datenschutz-Chancen und Risiken einer neuen Form der Datenanalyse”, ZD, 2013, s. 251-259.
- Weichert, Thilo:** “Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung”, NJW, 2001, s. 1463-1469.
- Weichert, Thilo:** “Die Ökonomisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung”, NJW, 2001, ss. 1463-1469.
- Weizenbaum Institut,** “Statement on the proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content COM(2015) 634 (Digital Content Directive)”, s. 7, çevrimiçi, https://www.weizenbaum-institut.de/media/News/Statement/Statement_Weizenbaum-RG4-Statement-on-DCD-March2018.pdf -05.11.2021;
- Weller, Matthias:** Digital Single Market, ed. Matthias Weller, Matthias Wendlands, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019.
- Wendehorst, Christiane:** “Die neuen Regelungen im BGB zu Verträgen über digitale Produkte”, NJW, 2021, ss. 2913-2919 (“digitale Produkte”).
- Wendehorst, Christiane:** Münchener Kommentar zum BGB-Band 3, ed. Jürgen Franz Säcker, 8. Auflage, 2019.
- Wendehorst, Christiane/von Westphalen, Friedrich Graf:** “Das Verhältnis zwischen Datenschutz-Grundverordnung und AGB-Recht”, NJW, 2016, ss. 3745-3750.
- Wendland, Matthias:** “Sonderprivatrecht für Digitale Güter: Die neue Europäische Digitale Inhalte-Richtlinie als Baustein eines Digitalen Vertragsrechts für Europa”, ZVglRWiss Volume 118, 2019, s. 191-230.
- Wendtland, Holger:** Beck'scher Online Kommentar BGB, Ed. Heinz Georg Bamberger, 59. Edition, 01.08.2021.
- Wermelinger, Amédéo:** Datenschutzgesetz (Stämpfli Handkommentar-SHK), eds. Bruno Baeriswyl, Kurt Pärli, Dominika Blonski, 2. Auflage, Bern, Stämpfli Verlag, 2021.

- Westermann, Harm Peter:** Münchener Kommentar zum BGB, Münchener Kommentar zum BGB-Band 4, ed. Jürgen Franz Sacker, 8. Auflage, 2019.
- Westermann, Harm Peter:** Erman Bürgerliches Gesetzbuch-Band I, eds. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 15. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2017.
- Westermann, Harm Peter:** Erman Bürgerliches Gesetzbuch-Band I, eds. Harm Peter Westermann, Barbara Grunewald, Georg Maier-Reimer, 15. Auflage, Köln, Otto Schmidt, 2017.
- Westin, Alan F.:** Privacy and Freedom, New York, Ateneum, 1967.
- Wintermeier, Martin:** “Inanspruchnahme sozialer Netzwerke durch Minderjährige. Datenschutz aus dem Blickwinkel des Vertragsrechts”, ZD, 2012, ss. 210-214.
- WP,** “Opinion 03/2013 on purpose limitation”, Adopted 02.04.2013, WP 203.
- WP,** “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”.
- WP,** “Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC”, s. 26 (“legitimate interest”).
- WP,** “Opinion 15/2011 on the definition of consent”, Adopted 13.07.2011, WP 187, s. 11, çevrimiçi, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_en.pdf - 21.11.2021.
- WP,** Guidelines on the Right to Data Portability (WP 242 review 01, as last revised and adopted on 05.04.2017 (2017).
- WP,** Guidelines on the Right to Data Portability (WP 242 review 01, as last revised and adopted on 05.04.2017 (2017).
- WP,** Opinion 2/2009 on the protection of children’s personal data (General Guidelines and the special case of schools).
- WP:** Opinion 4/2007 on the concept of personal data”, s. 10 (“WP 136”).
- Yücedağ, Nafiye Aşıkoğlu, Şehriban İpek Akkanat-Öztürk, Elif Beyza:** “WhatsApp Gizlilik Politikası: Facebook’a Aktarım Hükümlerinin Dünü Bugünü Yarını (?)”, (10.02.2021), *Giriş*, çevrimiçi-LEXPORA-Blog, 22.11.2021.
- Yücedağ, Nafiye:** “Medeni Hukuk Açısından Kişisel Verilerin Korunması Kanunu’nun Uygulama Alanı ve Genel Hukuka Uygunluk Sebepleri”, İÜHFM Cilt: LXXV, S. 2, 2017, ss. 765-789 (“Hukuka Uygunluk”).
- Yücedağ, Nafiye:** Elektronik Ticarete Kişisel Verilerin İşlenmesine (Açık) Rıza -Avrupa Birliği ve Türk Veri Koruma Düzenlemeleri Uyarınca-, İstanbul, On İki Levha Yayıncılık, 2022 (“Açık Rıza”).
- Zafer, Hamide:** Özel Hayatın Ceza Hukukuyla Korunması (TCK m. 132-134), Beta, İstanbul 2010.

- Zanfir-Fortuna, Gabriela:** The EU General Data Protection Regulation (GDPR)-A Commentary, eds. Christopher Kuner, Lee A. Bygrave, Christopher Docksey, United Kingdom, Oxford University Press, 2020.
- Zarsky, Z. Tal:** “Incompatible: The GDPR in the Age of Big Data”, Seton Hall Law Review, Cilt 47, Sayı 4, 2017, ss. 995-1020;
- Zech, Herbert:** “„Industrie 4.0“-Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt”, GRUR 2015, ss. 1155-1160 (“GRUR”).
- Zech, Herbert:** “Data as a Tradeable Commodity-Implications for Contract Law”, European Contract Law and the Digital Single Market, ed. Alberto De Franceschi, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, ss. 51-80(“Commodity”).
- Zech, Herbert:** “Daten als Wirtschaftsgut-Überlegungen zu einem “Recht des Datenerzeugers” Gibt es für Anwenderdaten ein eigenes Vermögensrecht bzw. ein übertragbares Ausschließlichkeitsrecht?”, CR, Heft 3, 2015, ss. 137-146 (“CR”);
- Zech, Herbert:** “Die „Befugnisse des Eigentümers“ nach § 903 Satz 1 BGB-Rivalität als Kriterium für eine Begrenzung der Eigentumswirkungen”, AcP, Hefte 3/4, 2019, ss. 488-592 (“AcP”).
- Zech, Herbert:** Information als Schutzgegenstand, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012 (“Schutzgegenstand”).
- Zitelmann, Ernst:** “Ausschluß der Widerrechtlichkeit”, AcP, 99. Band, Heft 1, 1906, ss. 1-130.

Elektronik Kaynaklar

- <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/executive-perspectives/annual-internet-report/index.html#~insights> -28.08.2022.
- <https://tr-tr.facebook.com/policies/cookies/> -15.06.2022.
- <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/datenskandal-facebook-managerin-sandberg-denkt-ueber-ein-bezahlmodell-nach/21147482.html> -14.10.2021.
- <https://signal.org/docs/> -01.12.2021.
- <https://dserver.bundestag.de/btd/17/139/1713951.pdf> -11.10.2021.
- <https://euobserver.com/opinion/136202> -06.12.2021.
- <https://tr-tr.facebook.com/policies/cookies/> -15.06.2022.
- https://www.echr.coe.int/documents/handbook_data_protection_eng.pdf -01.08.2021.
- <https://ayam.anayasa.gov.tr/media/6434/zgoren.pdf> -04.05.2021.
- <https://www.cisco.com/c/en/us/solutions/executive-perspectives/annual-internet-report/index.html#~insights> -19.11.2021.
- <https://store.google.com/category/phones?hl=de> -09.12.2021.

- https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=E-commerce_statistics_for_individuals#Proportion_of_e-shoppers_growing_steadily.2C_with_the_biggest_increase_among_young_people -20.11.2021.
- <https://about.facebook.com/meta> -05.12.2021.
- https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/10122019112811poizitif_yukum_luluk.pdf -31.07.2021.
- <https://about.fb.com/news/2021/10/founders-letter/> -05.12.2021.
- https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/exploring-the-economics-of-personal-data_5k486qtxldmq-en -14.11.2021.
- <https://digitalrepository.unm.edu/nmlr/vol38/iss1/3/> -15.11.2021.
- <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -14.11.2021 (Facebook-Hizmet Koşulları)
- <https://policies.google.com/terms?hl=tr> -14.11.2021 (Google Gizlilik ve Şartları)
- <https://www.uber.com/legal/en/document/?name=candidate-privacy-notice&country=germany&lang=en> -14.11.2021 (Uber-Almanya-Privacy Notice).
- https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Data_protection_ENG.pdf
- <https://www.kaspersky.de/blog/data-dollar-store/14921/>, 05.10.2021.
- <https://www.facebook.com/privacy/explanation/> -14.10.2021.
- https://www.facebook.com/about/privacy/legal_bases -14.10.2021
- <https://www.whatsapp.com/legal/updates/privacy-policy/?lang=tr> -15.10.2021.
- <https://webrazzi.com/2021/01/14/11-gunde-whatsapp-telegram-ve-bip-in-kullanici-sayilarinin-degisimi/> -11.06.2022; Çevrimiçi, <https://www.verint.com/blog/what-countries-are-the-biggest-whatsapp-users/> -11.06.2022.
- http://othes.univie.ac.at/13454/1/2010-08-06_9547292.pdf -26.11.2021.
- <https://eur-lex.europa.eu/> -18.10.2021.
- <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2021/175/20210909> -18.10.2021.
- <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -13.10.2021.
- <https://tr.linkedin.com/legal/user-agreement> -13.10.2021.
- <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/cookies-and-similar-technologies/> -18.10.2021.
- https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf -22.11.2021 (“Purpose”).
- https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJT_20030911_OGH0002_0060OB00106_03M0000_000 -28.11.2021.
- çevrimiçi, <https://www.tbmm.gov.tr/Yasama/Kanunlar> -18.01.2022.
- <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Missbrauchsaufsicht/2019/B6-22->

- 16.html;jsessionid=7D4F53AA7BA5CEC4C583407D68F7B267.1_cid371?nn=3591568 -16.12.2021, ("Facebook").
- https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp203_en.pdf -22.11.2021 ("Purpose").
 - https://chicagounbound.uchicago.edu/law_and_economics/774/ -22.11.2021.
 - https://www.dutchnews.nl/news/2013/05/dutch_cookie_law_to_be_watered/ -22.11.2021.
 - <https://www.cnbc.com/2016/03/29/apple-vs-fbi-all-you-need-to-know.html> -29.06.2022.
 - <https://www.test.de/> ("Stiftung Warentest").
 - [oekotest.de](https://www.oekotest.de/) ("Öko-Test"), 12.06..2022.
 - https://freilaw.de/wordpress/wp-content/uploads/2020/08/2019-1_Freilaw-1.pdf -21.10.2021.
 - <https://www.test.de/Messenger-Apps-im-Vergleich-4884453-0/> -12.06.2022.
 - <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/5406/Kurul-Karar-Ozetleri> -21.10.2021.
 - <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7104/MAGAZALARDA-ALISVERIS-SIRASINDA-ILGILI-KISILERE-SMS-ILE-DOGRULAMA-KODU-GONDERILMESI-SURETIYLE-KISISEL-VERILERIN-ISLENMESINE-ILISKIN-KAMUOYU-DUYURUSU> -20.02.2022.
 - https://www.theregister.com/2018/11/19/ico_washington_post/ -25.10.2021.
 - <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2003/267/de> -24.10.2021 ("BBl 2003 2101").
 - <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6739/2020-173> -15.11.2021.
 - <https://tr-tr.facebook.com/legal/terms> -22.10.2021.
 - http://info.purestorage.com/rs/225-USM-292/images/Big%20Data%27s%20Big%20Failure_UK%281%29.pdf?aliId=64921319 -28.10.2021.
 - <https://www.forbrukerradet.no/side/250000-words-of-app-terms-and-conditions/> -29.06.2022.
 - https://rdb.manz.at/document/ris.just.JJT_20180831_OGH0002_0060OB00140_18H0000_000 -24.10.2021.
 - [https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t\(RSS_EMAIL_CAMPAIGN\)](https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t(RSS_EMAIL_CAMPAIGN)) -30.11.2021.
 - <https://euobserver.com/opinion/136202> -06.12.2021.
 - **BECK-ONLINE** (<https://beck-online.beck.de/Home>)
 - **Charlotte Empey**, Is sharing personal data for free java worth the risk?, Blog-Avast, 11.11.2018, çevrimiçi, <https://blog.avast.com/shiru-cafe-offers-free-coffee-for-personal-data> -10.10.2021.
 - **David Vasella**, "Zur Freiwilligkeit und zur Ausdrücklichkeit der Einwilligung im Datenschutzrecht, Jusletter", 16.11.2015, çevrimiçi,

https://jusletter.weblaw.ch/juslissues/2015/824/zur-freiwilligkeit-u_90937b2cfa.html__ONCE&login=false -16.10.2021.

- **“Dijital Mahremiyeti İhlal Eden Çerezler için Hayali Profiller”**, çevrimiçi, [https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t\(RSS_EMAIL_CAMPAIGN\)](https://bigumigu.com/haber/dijital-mahremiyeti-ihlal-eden-cerezler-icin-hayali-profiller/?ct=t(RSS_EMAIL_CAMPAIGN)) -30.11.2021.
- **Directive (EU) 2019/770** of The European Parliament And Of The Council of 20 May 2019 on Certain Aspects Concerning Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/> -11.10.2021 (“DCD”).
- **Die Arbeitsgruppe**, Digitaler Neustart-15.05.2017, s. 88, çevrimiçi, https://www.justiz.nrw.de/JM/schwerpunkte/digitaler_neustart/zt_bericht_arbeitsgruppe/bericht_ag_dig_neustart.pdf -07.10.2021.
- **ECLI:EU:C:1976:188**, çevrimiçi, <https://eur-lex.europa.eu/> -12.06.2022.
- **“Fitness app Strava lights up staff at military bases”** (28.01.2018), çevrimiçi, <https://www.bbc.com/news/technology-42853072> -17.11.2021.
- **Gabriel Seiberth**, Wolfgang Gründiger, “Data-Driven Business Models in Connected Cars, Mobility Services & Beyond”, s. 6-7, çevrimiçi, https://www.bvdw.org/fileadmin/user_upload/20180509_bvdw_accenture_studie_datadrivenbusinessmodels.pdf -17.11.2021.
- **Halil Akkanat**, “2019/770 Sayılı Direktif’in İç Hukuklara Aktarılması Kapsamında Alman Medeni Kanunu’nda Yapılan Değişiklikler”, I. Uluslararası Kişisel Verileri Koruma Kongresi, 12.11.2021 (İstanbul), dk. 2:46:03 vd., çevrimiçi, <https://www.youtube.com/watch?v=ay9-UQr5oE0&t=8723s> -15.11.2021, (“Direktif”).
- **HEIN-ONLINE** (<https://home.heinonline.org/>)
- **IAB internet advertising revenue report**, An industry survey conducted by PwC and sponsored by the Interactive Advertising Bureau (IAB), Full year result 2013, April 2014, çevrimiçi, https://www.iab.com/wp-content/uploads/2015/05/IAB_Internet_Advertising_Revenue_Report_FY_2013.pdf -30.11.2021.
- **JSTOR** (<https://www.jstor.org/>)
- **ICO**, “What is ‘explicit consent’?”, çevrimiçi, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-data-protection/guide-to-the-general-data-protection-regulation-gdpr/consent/what-is-valid-consent/#what5> -19.10.2021 (“What is ‘explicit consent?’”).
- **Kate O’Flaherty**, “Apple’s iPhone 11 Pro Collects Location Data, Even When Told Not To”, (04.12.2019), çevrimiçi, <https://www.forbes.com/sites/kateoflahertyuk/2019/12/04/apple-iphone-11-iphone-11-pro-location-privacy-issue/> -17.11.2021.
- **Kevin Litman-Navarro**, “We Read 150 Privacy Policies. They Were an Incomprehensible Disaster.”, The New York Times, çevrimiçi,

<https://www.nytimes.com/interactive/2019/06/12/opinion/facebook-google-privacy-policies.html> -15.12.2021.

- **Kişisel Verileri Koruma Kurulu**, 11.08.2020 tarihli ve 2020/622 sayılı kararı, çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/6816/2020-622> -07.10.2022.
- **Kişisel Verileri Koruma Kurumu**, Açık Rıza, s. 4, çevrimiçi, <https://kvkk.gov.tr/yayinlar/A%C3%87IK%20RIZA.pdf> -19.10.2021.
- **Kişisel Verileri Koruma Kurulu**, 03/02/2021 tarihli ve 2021/85 sayılı Karar Özeti”, çevrimiçi, <https://www.kvkk.gov.tr/Icerik/7112/2021-85> -20.02.2022.
- **Maria Deutscher**, “IBM’s CEO Says Big Data is Like Oil, Enterprises Need Help Extracting the Value”, siliconANGLE, çevrimiçi, <https://siliconangle.com/2013/03/11/ibms-ceo-says-big-data-is-like-oil-enterprises-need-help-extracting-the-value/> -01.08.2021
- **Michel Herbiet**, “The constitutional basis of the economic order during a period of transition from a planned economy to a market economy” Report of the European Commission for Democracy through Law-Constitutional Aspects Of The Transition To A Market Economy, 1994, çevrimiçi, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD\(1994\)008-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-STD(1994)008-e) -08.10.2021.
- **Raphaël Haas**, “Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung ohne Widerrufsmöglichkeit?”, Jusletter vom 15.11.2010, N. 24, çevrimiçi, https://jusletter.weblaw.ch/fr/juslissues/2010/593/_8802.html__ONCE&login=false 02.11.2021.
- **Researchgate** (<https://www.researchgate.net/>)
- **SSNR** (<https://www.ssrn.com/index.cfm/en/>)
- **Statista GmbH**, Werbeumsätze von Meta weltweit in den Jahren 2010 bis 2021, çevrimiçi, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/458825/umfrage/werbebeeinflussungen-von-facebook/> -21.06.2022.
- **Statista GmbH**, Werbeumsätze von Google in den Jahren 2001 bis 2021, çevrimiçi, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75188/umfrage/werbeumsatz-von-google-seit-2001/> -21.06.2022.
- **Statistica GmbH**, “Anzahl der monatlich aktiven Facebook Nutzer weltweit vom 1. Quartal 2009 bis zum 3. Quartal 2021”, çevrimiçi, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/37545/umfrage/anzahl-der-aktiven-nutzer-von-facebook/> -05.06.2022.
- **Statista GmbH**, “Ranking der größten Social Networks und Messenger nach der Anzahl der Nutzer im Januar 2022”, <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/181086/umfrage/die-weltweit-groessten-social-networks-nach-anzahl-der-user/#:~:text=Im%20Ranking%20der%20gr%C3%B6%C3%9Ften%20sozialen>

,zu%20Google%20geh%C3%B6rende%20Videoportal%20YouTube. -
05.06.2022.

- **Susan Athey, Christian Catalini, Catherine E. Tucker**, “The Digital Privacy Paradox: Small Money, Small Costs, Small Talk”, çevrimiçi, SSRN-23.12.2021.
- Swiss-Lex
- **Thomas Schulz**, “Uber-ambitioniert”, Digitalisierung-DER SPIEGEL (16.06.2017), çevrimiçi, <https://www.spiegel.de/wirtschaft/uber-ambitioniert-a-9ebd9d73-0002-0001-0000-000151666462> -14.11.2021.
- **Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Strateji ve Bütçe Başkanlığı**, On Birinci Kalkınma Planı (2019-2023), N. 521.1, s. 128, çevrimiçi, <https://www.sbb.gov.tr/wp-content/uploads/2019/07/OnbirinciKalkinmaPlani.pdf> -21.06.2022.
- **Unfair Commercial Practices Directive 2005**, bkz. çevrimiçi, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/consumer-protection-law/unfair-commercial-practices-law/unfair-commercial-practices-directive_en -20.11.2021
- **Verbrauchergewährleistungsgesetz (VGG- § 29)**, Çevrimiçi, <https://www.ris.bka.gv.at/eli/bgbl/I/2021/175/20210909> -18.10.2021.
- **Zack Whittaker**, “Apple Says its Ultra Wideband Technology is Why Newer iPhones Appear to Share Location Data, Even When the Setting is Disabled” (5.12.2019), çevrimiçi, https://gucce.techcrunch.com/copyConsent?sessionId=3_cc-session_2108a344-4bd5-48f8-9aec-9667d0a673d9&lang=en-US -17.11.2021.

ÖZ GEÇMİŞ

İstanbul Prof. Dr. Mümtaz Turhan Sosyal Bilimler Lisesi’nden mezundur. International Baccalaureate-IB Diploma Programı kapsamında diploma almaya hak kazanmıştır (33/42-Diploma). 2014 yılında Humbolt Üniversitesi tarafından düzenlenen “Almanca-İngilizce-Hukuk Terminolojisi Kredili Yaz Okulu” programını tamamlamıştır (1.0/1.0). 2017 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nden birincilikle mezun olmuştur. 2019 yılında yüksek lisansını “Tüketici Satımında Garanti Belgesinin Hukuki Niteliği” başlıklı teziyle tamamlamıştır. 2019 yılında İstanbul Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programını kazanmış; 2022 Kasım ayında “Karşı Edim Olarak Kişisel Veri Taahhüdü” başlıklı tezini savunmuştur. 2019-Şubat ayı itibarıyla İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Karşılaştırmalı Hukuk Anabilim Dalı’nda araştırma görevlisidir. İleri düzeyde İngilizce ve Almanca bilmektedir.