

BİLGİSAYAR KARŞISINDA ÖZEL HAYATIN KORUNMASI

Prof. Dr. Durmuş TEZCAN*

1. Çağımızın en büyük ideali insan haklarına saygılı bir toplum yaratmaktır. 1789 Fransız Devrimiyle atılan adımlarla bu yüzyılın ilk yarısında yaşanan olaylardan alınan derslerin ışığında özellikle II. Dünya Savaşı'ndan sonra bu ideal daha somut hale gelmiştir. 1948 tarihli İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'ni izleyen dönemde Batılı çoğulcu demokrasilerden oluşan Avrupa Konseyi bünyesinde hazırlanıp yürürlüğe konulan Avrupa İnsan Hakları ve Ana Hürriyetleri Sözleşmesiyle insan hakları uluslararası güvenceye kavuşturulmuştur. Anılan sözleşmenin 8. maddesi doğrultusunda Anayasa'mızın 20. maddesiyle de herkesin özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu vurgulanmıştır. İnsanın herkes tarafından bilinen genel yaşamının aksine, özel hayatı başkalarının müdahalesine kapalı olup, bunun korunmasını isteme hakkı kendisine tanınmıştır. Özel hayatın sınırlarını çizmek her zaman kolay olmakla birlikte, günümüz medeniyetinin insan saygınlığı açısından yarattığı tehlikeyi önlemek için, özel hayat kavramı yeni bir dinamizm kazanarak daha iyi şekillenmektedir.

2. Bilim ve teknoloji alanında görülen gelişmeler ve elektronik devrim, günümüz toplumlarını hergün biraz daha bilgi toplumu haline dönüştürmektedir. Bilişim dalında son kırk yılda ortaya çıkan ilerlemeler, bilgilerin toplanıp işlenmesini çok kolaylaştırmış gerek, özel kesimde ve gerekse kamu kesiminde yaygın bir kullanım alanı bulmuştur.

3. Kişisel nitelikli bilgilerin bilgisayar yardımıyla derlenip işlenmesi, özel hayatın bilgisayar karşısında korunması zorunluluğunu ortaya çıkarmıştır. Bu konuda yapılmış yasal bir düzenleme mevzuatı-

(*) D.E. Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

mızda yer almadığından, konunun burada Anayasa Yargısı açısından ele alınması yerine, özel hayatın korunmasını isteme hakkı doğrultusunda Anayasa'ya uygun bir düzenlemenin hangi öğeleri içermesi gerektiğinin açıklanması yararlı olacaktır.

4. İnsanın kendisi hakkında özel yaşamı ile aile mahremiyeti konusunda, başkalarının değer yargıları oluşturmalarına esas teşkil edecek bilgilerin kendisinden habersiz veya yanlış biçimde toplanması ve bunların düzeltilmesi olanağına sahip bulunmaması, zayıf kuvvetli tarafından ezilmesi sonucunu yaratır. Çoğalıcı demokratik rejimlerde kişilerin kendi özel şartları dışında kişiliklerinden ayrılmayan temel haklarına açık bir saldırı niteliğinde olan bu tür davranışların önlenmesi için gerekli düzenlemeler yapılmaktadır.

5. Bilgisayar karşısında özel hayatın korunması, ABD, Fransa, Avusturya, Danimarka, İsveç, Federal Almanya, Hollanda, Lüksemburg, İngiltere gibi ülkelerde yasal kurallara bağlanmıştır. Belçika gibi bazı ülkelerde de mevcut yasa tasarıları yasalaşma aşamasında bulunmaktadır. Ayrıca Avrupa Konseyince hazırlanan ve Türkiye'nin de imzalamakla birlikte henüz onaylamadığı 28.1.1981 tarihli **Kişisel Nitelikli Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Karşın Sözleşme** ile bir çok Tavsiye Kararı uluslararası belge olarak sayılabilir.

Ülkemizde nüfus kayıtlarının **Milli Numara** esasına göre tutulması çalışmaları yıllardır sürdürülüp, bir ilçe düzeyinde pilot çalışma yapılmasına, Adli Sicil Kanunu'nun 22.1.1990 tarihinde 3682 sayılı ile yeniden düzenlenmesine ve bilgisayar ile tutulmasına 13.4.1990 tarihli Resmî Gazete'de yayınlanan Güvenlik Soruşturması Yönetmeliği çerçevesinde yapılan soruşturmaların bilgisayar yardımıyla tutulmasına, sosyal güvenlik kurumlarının bilgisayar esasına göre çalışmasına, bankaların istihbarat hizmetleri dahil tüm örgütlenmelerini bilgisayarla yürütmelerine ve birçok diğer resmî ve özel kuruluşla gerçek kişilerin bilgisayarla kişisel nitelikli bilgileri herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın tutmalarına rağmen yasal bir düzenlemeye gidilmemiş olması büyük bir eksiklik olduğu gibi, anayasal bir hakkın korunmasını da sağlamama sonucunu yaratmaktadır.

6. Özel hayatın bilgisayar karşısında korunması amacıyla yapılacak bir düzenlemede özellikle şu sorulara yasa koyucunun cevap vermesi gerekir:

1- Özel hayatın bilgisayar karşısında korunması nasıl olmalıdır? Sadece belli konularda mı korumaya gidilmelidir (ABD modeli) yoksa topyekün bir düzenlemeye mi gidilmelidir (Fr. F. Alm. modeli)

2- Denetimin kapsamına hangi veriler girmelidir?

3- Hangi kesim denetim kapsamına alınmalıdır?

4- Gerçek kişiler yanında tüzel kişiler de bu korumadan yararlanmalı mıdır?

5- Hangi verilerin toplanmasına izin verilmelidir?

6- Kişisel nitelikli verilerin denetimi hangi yolla sağlanmalıdır?

7- Denetimin kapsamı ve sınırları ne olmalıdır?

7.1. Düzenlemenin yapılış şekli: Kişisel nitelikli bütün bilgileri denetleyen genel bir yasa ile sadece özel hayata büyük tehlike oluşturan konuları ayrı ayrı düzenleyen yasalar yapma konusunda bir tercih yapılmalıdır. Bu konudaki iki sistemin de fayda ve sakıncaları vardır. Şayet önem verilen belli konulardaki kişisel nitelikli verileri denetleyen bir sistem benimsenirse, böyle bir mevzuat ile aldığı konuyu daha somut güvencelere bağlayabilir. Buna karşılık böyle bir düzenlemede bir kısım kişisel nitelikli veriler denetim dışı kalır. ABD’de benimsenen sistem budur. ABD, özel hayat açısından en büyük tehlikeyi oluşturduğu kanısına vardığı yönetimce toplanan kişisel nitelikli verileri, sağlıkla ilgili kişisel nitelikli verileri ve kişilerin ödeme gücüyle ilgili verileri içeren fişyelerin denetimini özel yasalarla düzenleme yoluna gitmiştir. Nitekim 1974 tarihli Özel Hayatın Korunması ile ilgili Kanun (Privacy Act of 1974) ABD Kanununun 5. Bölümüne “552 a” başlığını eklemiş ve kişilerin özel hayatının federal yönetim organlarınınca kişisel nitelikli verilerin derlenmesi, saklanması, kullanılması ve aktarılması yoluyla doğrudan etkilendiğini vurgulayarak düzenlemeler getirmiştir.

Kişisel nitelikli verilerin, ister özel, ister kamu kesiminde olsun tüm kişi, kurum ve kuruluşlarca tutulması halinde hepsini birlikte denetlemeyi düzenleyen ikinci sistemde ise, özel hayat daha iyi korunmakla birlikte, konulan kurallar çok genel olacağından, ilgili kuralın tüm şartlara uyum sağlamaması tehlikesini de beraberinde getirir. Bu tür düzenlemeler, Batı Avrupa ülkelerinde daha çok ilgi görmüştür. Buna örnek olarak 1976 tarihli verilerin İşlenmesi Çerçevesinde Kişisel Kimlik Verilerinin Kötü Kullanımına Karşı Koruma Kanunu (Bundan Datenschutzgesetz-BDSG)’nu gösterebiliriz. Eyaletler dü-

zeyinde denetim sistemi getiren F. Alman Kanunu konuyla ilgili ilk ayrıntılı kanun özelliğindedir. Ardından 17.2.1978 tarihli Bilişim, Fişyeler ve Özgürlüklerle ilgili Fransız Kanunu gelir. Bu kanunla oluşturulan Bilişim ve Özgürlükler Ulusal Komisyonu ise, sahip olduğu hem düzenleyici işlem yapabilme, incelemelerde ve denetimlerde bulunabilme ve hem de fişyelerin listesini tutma şeklindeki geniş yetkilerle belli bir esneklik ve etkinliğe sahip bulunmaktadır. Ayrıca bu Kanun Kişisel Nitelikli Verilerin Otomasyona Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair 28.1.1981 tarihli Avrupa Sözleşmesine de temel oluşturmuştur. Böylece Avrupa Konseyi'nde tüm kişisel nitelikli verilerin denetimi yönünde bir tercih yapmıştır. 1.7.1979 tarihli kanunla değişik 1973 tarihli İsveç Bilişim Kanunu (Data Act), 31.3.1979 tarihli Bilgisayar Uygulamalarında Kişisel Verilerin Kullanımının Düzenlenmesine dair Lüksemburg Kanunu, 9.6.1978 tarihli Kişisel Verilerin Kaydına Dair Norveç Kanunu (Personel Data Registens), 8.6.1978 tarihli Danimarka Kanunu, 11.9.1981 tarihli Özel Hayatın Korunmasına Dair İsrail Kanunu, 1984 tarihli ve 1987'de yürürlüğe giren İngiliz Veri Korunma Kanunu (Data Protection Act) ile 18.10.1978 tarihli Kişisel Verileri Korumaya Dair Avusturya Fed. Cumhuriyeti Kanunu (Data Protection Act) da aynı yöndeki ulusal yasaları oluşturmaktadır. 9.6.1978 tarihli Avusturya Kanunu ile iki sistem arası ve bazı konuları bir arada düzenlemektedir.

7.2. Denetimin Kapsamı Kanun koyucu bu konuda da seçimini yapmalı ve hangi tür verileri denetim kapsamına alacağını belirtmelidir. Bütün bilgisayar verileri yanında mekanik olarak bilgisayar desteği olmaksızın toplanmış verilerle (mekonografik veriler) elle tutulan verileri de denetim kapsamına almak mümkündür. Mesela Fransa tüm özel hayatla ilgili verileri denetim kapsamına alan bir düzenleme yapmıştır. Buna karşılık diğer bazı ülkeler ise, denetim kapsamına, sadece bilgisayarda işlenen verileri almakla yetinmişlerdir (31.3.1979 tarihli Lüksemburg Kanunu gibi). Bir üçüncü yol olarak sadece manuel fişyelerden çok az bir kısmını da denetime tabi tutmak mümkündür. (1976 t. li. F. Alman Kanunu gibi md. 1/3 ve 6).

7.3. Denetim Kapsamına Girecek Kesim:

Kanun koyucu için üç seçim vardır. Sadece idarenin topladığı kişisel nitelikli verileri denetlemek ilk ihtimaldir. Bunun yerine özel kesimin kişisel nitelikli verilerini denetlemeklede yetinmek söz konusu

olabilir. Üçüncü ihtimal ise, her iki kesimi birlikte denetim kapsamına almaktır. Bu sonuncusu Avrupa Konseyince ve Avrupalı bir çök ülkeye benimsenen sistem olmaktadır.

7. 4. **Özel Hayatı Korunacak Kişi Kavramı:**

Kişisel nitelikli veriler gerçek kişilerle ilgili olabileceği gibi tüzel kişilerle de ilgili olabilir. Acaba gerçek ve tüzel kişiler aynı korumaya tabi tutulmalı mıdır? Avusturya ve Lüksemburg mevzuatı her ikisini de kapsamına alıyor. 1981 tarihli Avrupa Sözleşmesi ise, esas itibariyle gerçek kişileri hedefleyip tüzel kişiler için seçimsiz bir imkan öngörüyor. Bu konunun tartışmaya açılıp, tercihin yapılması gerekir. Zira özel hayat esas itibariyle gerçek kişilerle ilgili bir kavramdır. Tüzel kişiler için ise, "ticari gizliliğin korunması" sözkonusu olabilir. Ticari işletmelerin şeffaflığı bir gereklilik olarak düşünülürse, sadece gerçek kişilerin özel hayatının bilgisayar karşısında korunmasıyla yetinmek daha yerinde olacaktır diye düşünüyoruz.

7. 5. **Toplanacak Kişisel Nitelikli Verilerin Kapsamı ve Toplanış Biçimi:**

a) Avrupa Sözleşmesinin 6. maddesinde de düzenlendiği gibi uygun güvenceler olmadıkça kişilerin ırk menşei, siyasal düşüncelerini, dini ve diğer inançlarını ortaya koyan verilerin toplanması yasaklanmalıdır. Bunlara sendikal verileri ve hatta kişi adreslerini ve telefonlarını da dahil etmek mümkündür.

b) Verilerin toplanışında hileli, haksız ve yasa dışı yollardan veri toplama yasaklanmalıdır, (Fr. Yasası md. 25). Ayrıca sorulan soruya cevap verme zorunluluğu olup olmadığı da soru kağıtlarında açıkça belirtilmelidir. Özellikle bu sonuncusu ABD ve Lüksemburg yasalarında yer almıştır. Böylece rızadan toplanan bilgilerin denetimiyle zorunlu olarak toplanan bilgilerin denetimi ayrı ayrı düzenlenmelidir.

c) Kişisel nitelikli verilerin hangi konularda ve hangi amaç için toplandığı belirtilmelidir.

d) Toplanan kişisel nitelikli verilerin belli süreler sonunda otomatik silinmeye tabi tutulması açık esaslara bağlanmalıdır.

7. 6. **Kişisel Nitelikli Verilerin Denetimi İçin İlgili Fişyeye Ulaşma**

Bu konuda iki sistem var. İlki, ABD sistemidir. Buna göre, kişiler kendileriyle ilgili olarak bilgi toplayan idari kuruluşa başvurup,

haklarında toplanmış bilgileri görebilirler (Buna **doğrudan denetim** denmektedir). İkinci sistem ise, bu denetimin bir kuruluş aracılığıyla yapılmasıdır (Buna da **dolaylı denetim** denmektedir).

Bu ikinci yol, genellikle Avrupa ülkelerinde sadece devletin yüksek menfaatlerini ilgilendiren konular için düşünülen bir yol olmaktadır. Fransız sistemi buna örnek oluşturur. Bu tür hassas bilgilerle ilgili denetimi ülke çapında tanınmış avukat, yazar, gazeteci, öğretim üyesi, yüksek yargı organı mensubu ve siyasetçiler arasından seçilen 17 kişilik **Özgürlükler ve Bilişim Ulusal Komisyonu**, Yüksek Yargıçlardan oluşan üyeleri aracılığıyla bu denetimi yaptırırlar.

Kişisel nitelikli veri toplayan uluslararası kuruluşlar nezdindeki denetimin nasıl yapılacağı bu kuruluş merkezinin bulunduğu ülkeler açısından sorun olabilir. Milletlerarası Cınat Polis Teşkilatı-Interpol ile ilgili olarak konu gündeme gelmiş ve Interpol bünyesinde beş kişilik bir denetim ünitesi oluşturularak çözüm bulma yoluna gidilmiştir.

7. 7. Denetimin Sınırları:

Kanun Koyucunun doğrudan ya da dolaylı denetime tabi tutulmasını istemediği bilgiler olabilir (Nitekim Türkiye için CMUK md. 49; İYUK md. 20/3-4 gibi). Ancak mümkün olduğunca böyle bir sınır koymamalı, aksine dolaylı denetim yoluyla gene de gizlilik esasına zarar vermeyecek şekilde bir denetim getirilmelidir.

8. Bu denetimin yapılabilmesi için Fransa'da (ve kısmen F. Almanya ile İngiltere'de) olduğu gibi bağımsız bir organın oluşturulması yoluna da mutlaka gidilmelidir.

9. Denetimin etkinliğini sağlayabilmek için kişiliğin korunmasıyla ilgili Medeni Kanun ile Borçlar Kanunu'nun mevcut hükümlerini kişisel nitelikli verilere dönük olarak güçlendirme yoluna gidilmelidir.

10. Bilgisayar karşısında özel hayatın etkin bir biçimde korunması için özel hayata haksız saldırı oluşturacak fiillerin ayrıca cezai yaptırımlara bağlanması gerekir. Bu konuda çeşitli ülke mevzuatlarında yer alan düzenlemelerin ışığında şu tür suçlara yasada yer verilip müeyyidelenendirilmelidir.

10. 1. Kişisel Nitelikli Verilerin İzinsiz Otomasyana Tabi Tutulması Suçu:

Oluşturulacak ulusal bir denetim organına başvuru yapmaksızın ve konunun önem derecesine göre gerekli izini almaksızın kişisel nitelik-

li veri toplamak suç haline dönüştürülmelidir. Fransız Kanununun 41. maddesinde bulunan böyle bir düzenlemeye göre, verilen ceza dışında, mahkûmiyet hüküm özetinin basın yoluyla ilânına da karar verebilme imkânı öngörülmüştür.

10. 2. Hileli, Kötüniyetli ve Yasadışı Yollardan Veri Toplama Suçu:

Kişisel nitelikli verilerin kullanım amacını bildirmeden hileli, kötüniyetli ve yasadışı yollardan toplanması bir cürüm haline getirilmelidir. Zira böyle bir fiil özel hayata karşı ağır bir saldırı oluşturur. Fransız Kanununda (md. 42) bu fiil için 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve yirmi binden ikimilyon franka kadar para cezası öngörülmüştür.

10. 3. Düzeltme Hakkı Gereğinin Yerine Getirilmemesi Suçu:

Doğrudan denetime izin veren 1974 tarihli ABD Kanunu düzeltme hakkının haklı dayanakları olmasına rağmen düzeltme talebini reddeden idareye karşı tazminat davasına izin vermekte ve hakim kararıyla düzeltmenin sağlanabileceğini hüküm altına almaktadır.

Bizde idarî yargı çerçevesinde resmi makamlara karşı iptal ve tam yargı davası açılabilip, iptal kararının uygulanmaması halinde sonuçlarının ne olacağı açık olmakla birlikte, özel kesimdeki fişye yöneticilerine dönük olarak da cezai yaptırım getirecek bir düzenleme öngörülmelidir (Fr. K. da 42. maddede bu konuya yer verilmiştir).

10. 4. Kişisel Verilerin Belirli Süreler Sonunda Otomatik Silinmesi Zorunluluğuna Riayetsizlik Suçu

Avrupa Sözleşmesinin 5 . maddesinde de belirtildiği üzere, kişisel nitelikli verilerin kaydedildikleri nihai amaç için gerekli görülen süreyi aşmayacak süre için muhafazası esas alınmalı ve bu süre sonunda bilgi silinmelidir. Bu, hem bilgisayar belleğinin güncelliğini ve lüzumsuz işgal edilmemesini sağlar, hem de kişilerin sürekli geçmişteki olaylarla gereksiz yere rahatsız edilmemelerini sağlar. Bu durum sabıka kayıtları, polis kayıtları vb. geçerlidir. Zaten mevzuatımızda yüz kırtarıcı suçlar hariç, suç ve ceza zaman aşımalarıyla mahkûmiyetlerin belli süreler sonunda silinmesine ilişkin düzenlemeler mevcuttur. 22.11.1990 tarihli 3682 sayılı Yeni Adli Sicil Kanunu (md. 8—9) re'sen silme kuralını düzenlemiştir. Polis kayıtları vs. için de bu uygulanma gerçekleştirilmelidir. Konacak bu kurallara riayetsizlik ise açıkça suç haline dönüştürülmelidir.

10. 5. İlgilinin Rızasını Almaksızın Veya Doğrudan Doğruya ya da Dolaylı Olarak Dini, Felsefi, Siyasi ve Sendikal Durumuyla İlgili Bilgileri Tutmak Suçu: Bu konuda bazı kamu kurumlarıyla basına doğrudan ya da dolaylı denetim yolu sağlanmak kaydıyla bazı istisnalar getirilebilir.

10.6. Kişisel Nitelikli Verileri İfşa Suçu: Kişisel nitelikli verileri toplayan kişi veya kuruluşun, ilgilinin rızasını almadan bu tür bilgileri almaya kanunen yetkili kılınmayan birine veya bir makama bu bilgileri vermesinin ayrı bir suç olarak düzenlenmesi gerekir.

Bu davranış "interconnexion" sistemle bilgi aktarmanın da önüne geçer.

10. 7. Taksirle Kişisel Verileri İfşa Suçu: Her suçun kasıtlı suç olması esas olmakla birlikte, kişisel verileri taksirle dahi ifşanın sonuçları ağır olacağından, böyle ayrı bir istisnai düzenlemeye gidilmelidir.

10. 8. Kişisel Verileri Kullanış Amacından Sapıtırarak

Elde Etmek Suçu: Özellikle gerçek özel kesimde ve gerekse kamu kesiminde sadece izin aldığı konuda bilgi toplayan kişi veya kurumların diğer kişi ve kurumların fişyelerine girerek kişisel nitelikli verileri ele geçirmesi özel hayata büyük bir saldırı oluşturacağından bu fiilin de bir cürüm haline getirilmesi gerekir. Nitekim Fransa'da 1980/2 sayılı, Adli Sicil Kanunu ile CMUK'nun değişik 773-3/Son maddesinde adli sicil bilgisayar merkezleriyle başka kurum ve kuruluşların bilgisayar merkezleri arasında otomatik bir bağlantının kurulamayacağı belirtilerek buna aykırı davranışların 1978 tarihli Kanununun 44. maddesine göre cezalandırılacağı öngörülmüştür.

11. Varılan Sonuç: Bilgisayar karşısında özel hayatın korunmasından beklenen yarar, doğrudan doğruya bireyin özel hayatının diğer haksız tecavüzler gibi, bilgisayar yoluyla işlenen haksız tecavüzlerden de korunmasının sağlanmasıdır. Günümüzde zaten koruma duvarı incelmış olan özel hayatın büsbütün zarar görmesinin önüne geçilebilmesi için başta 1981 tarihli Kişisel Nitelikli Verilerin Otomasyona Tabi Tutulması Karşısında Kişilerin Korunmasına Dair Avrupa Sözleşmesinin onaylanması ve beraberinde ulusal bir komisyonda oluşturularak etkin bir denetim mekanizmasının kurulması zorunludur. Anılan sözleşmeyi onaylamak, yurtdışından kişisel nitelikli veri akışına ve ülkeler arası yardımlaşmaya da işlerlik kazandıracaktır.

Çağımıza uygun bir insan hakları anlayışı ülkemizde de hem özel ve hem de kamu kesimine karşı kişisel nitelikli verilerin denetimini zorunlu kılmaktadır. Çoğulcu demokrasilerin edindiği deneyim bu konuda bize yol gösterecek zenginliktedir. Gerekli düzenlemelerin bir an önce gerçekleşmesi en büyük temennimizdir.