

AVRUPA BİRLİĞİNDE VERİLERİN KORUNMASI VE "TAMAMEN KİŞİSEL VEYA EV/HANE HALKI FAALİYETLERİ" İSTİSNASI

A. Aslı BİLGİN¹

Giriş

Avrupa Birliğinde verilerin korunması 1990'lı yıllarda gündeme gelmiş ve ilk olarak 95/46/AT sayılı Direktifle düzenlenmiştir. Direktif kapsamında kişisel verilerin işlenmesinde başta özel hayata saygı olmak üzere üye devletlerin temel hak ve özgürlükleri korumaları gerektiği öngörülmüştür. Direktifin kapsamı dışında değerlendirilen konular ise Direktif m. 3/2'de yer almaktadır. Direktif hükümlerinin uygulanamayacağı konulardan bir tanesi "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" olarak belirlenmiş, ancak hangi faaliyetlerin bu statüde kabul edileceğine dair madde metninde herhangi bir açıklama veya ifadeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla hangi faaliyetlerin tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyetleri kapsamında değerlendirileceğini belirleme yetkisi Birlik hukukunu yorumlama tekeline sahip olan Avrupa Birliği Adalet Divanı (Divan)'na bırakılmış görünmektedir.

Öte yandan Direktif'in yürürlüğe girdiği tarihteki teknolojik koşullarla günümüz teknolojisi arasındaki büyük değişim, konunun Direktifle düzenlenmiş olması ve üye devlet mevzuatları arasındaki farklılıklar nedeniyle kişisel verilerin korunması konusunda tam anlamıyla birliğin sağlanamamış olması bu konunun yeniden düzenlenmesi ihtiyacını gündeme getirmiştir. Bu amaçla 2012 yılında Birlik kapsamında kişisel verilerin korunması konusunda Tüzük çalışmaları başlatılmış olup, 4 Mayıs 2016 tarihinde Avrupa Birliği (AB) resmi gazetesinde yayınlanmıştır. 2018'de yürürlüğe girecek olan Genel Veri Koruma Tüzüğü, Direktife kıyasla daha detaylı düzenlemeler öngörmekle beraber temel tanımlar aynen muhafaza

¹ Yrd. Doç. Dr., Çukurova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Umumi Hukuku ABD Öğretim Üyesi.

edilmiş, ihlal halinde ise ciddi yaptırımlar öngörülmüştür. Ancak, "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" olarak öngörülen istisna hükmü Tüzük metni içerisinde de Direktifte yer verilen haliyle aynen muhafaza edilmiştir.

Çalışmamızın ana konusunu gerek Direktif gerek Tüzük kapsamında istisna niteliğinde değerlendirilen "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" oluşturmaktadır. Verilerin korunmasına ilişkin düzenlemenin uygulanamayacağı durumlardan biri olması nedeniyle önemi haiz olan konunun tam olarak hangi faaliyetleri kapsadığı madde metninden tam olarak anlaşılacakla birlikte, günümüz teknolojik koşullarında hangi faaliyetlerin bu statüde değerlendirileceğini belirlemek de her geçen gün güçleşmektedir. Bu nedenle çalışmamızda "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti"nin ne şekilde yorumlandığı Divan içtihadı ile ele alınarak Tüzük içerisinde kendisine nasıl yer edildiğine yer verilmektedir. Bu kapsamda ilk bölümde kişisel verilerin korunması konusunun neden ve nasıl Birlik gündemine girdiğine değinilerek, konunun Birlik kapsamında tarihsel gelişimine ve ilgili yasal mevzuata yer verilmektedir. İkinci bölümde ise "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" istisnasının Direktifin ilgili maddesinde ne şekilde yer aldığı ve Divan tarafından bu hükmün nasıl yorumlandığı ilgili Divan içtihadı ile incelenmektedir. Çalışmamızın son bölümünde ise istisna hükmünde ne tür değişiklikler önerildiği ve son olarak hükmün Tüzükte ne şekilde yer aldığı ele alınmaktadır.

Avrupa Birliğinde Kişisel Verilerin Korunması

Ekonomik entegrasyon amacıyla yola çıkılan Birlikte önceliğin kişilerin, malların, sermayenin ve hizmetlerin serbestçe dolaşabileceği sınırların olmadığı bir Pazar kurma olduğu düşünüldüğünde kişisel verilerin korunması fikrinin ancak 1990'larda hayata geçirilmesi anlaşılır bir durumdur. Nitekim 1970'li yıllarda Komisyon'un bilgi ve iletişim teknolojilerini desteklemesi ortak pazarın oluşumu için gerekli olup, kişisel verilerin korunması bu alanın gelişmesine tehdit oluşturabileceği algısı ile gündeme gelmemiştir².

Birlik kapsamında kişisel verilerin korunması ihtiyacını tetikleyen birbiriyle bağlantılı iki sebebin olduğu söylenebilir. Bunlardan ilki temel hakların korunması konusunda yaşanan gelişmeler olup, diğeri ortak Pazar hedefinin yanı sıra siyasi birliğe doğru atılan adımdır³. Avrupa Birliği Adalet

2 Smitis, Spiros, "From the Market to the Polis: The EU Directive on the Protection of Personal Data", Iowa Law Review, C. 80, 1994-1995, s. 446.

3 Cate, Fred H., "The EU Data protection Directive, Information Privacy and the Public Interest", Iowa Law Review, C. 80, 1994-1995, s. 432; Simitis, s. 447; Gür, İkbâl, Kişisel

Divanı eliyle yaratılan “öncelik ilkesi”ne tepki olarak üye devlet mahkemelerince sıklıkla dile getirilen temel hak koruması eleştirisi başta Divan olmak üzere Birlik kurumlarının da temel hak konusuna eğilmelerine neden olmuştur⁴. Bu gelişmeler bugün Avrupa Birliğinin insan hakları bildirgesi olarak kabul edilen Avrupa Birliği Temel Haklar Şartında dahi kendine yer edinen kişisel verilerin korunması konusunun da Birlik gündemine alınmasının nedenlerinden biridir. Öte yandan Maastricht Antlaşması⁵yla birlikte Birlik konjonktürüne bakıldığında ekonomik entegrasyonun yanı sıra siyasi entegrasyon fikrinin ön plana çıkmış olması, dört özgürlüğün Birlik için öneminde herhangi bir değişikliğe neden olmaksızın temel hak ve özgürlükler konusunda Birlik kapsamında somut adımlar atılmasını tetiklemiştir. Komisyon’un 70’li yıllarda ajandasına dahil etmediği kişisel verilerin korunması konusu, bilgi ve telekomünikasyon teknolojilerinin desteklenmesi suretiyle ortak Pazar içerisinde verilerin dolaşımını da mümkün kılmış ancak her üye devletin bu alandaki ulusal mevzuatının birbirinden farklı koruma standardı öngörmesi kişilerin özel hayatının gizliliğinin tehlikeye düşmesi ihtimalini de beraberinde getirmiştir⁶. Bir yandan Birliğin ana amacı olan ortak pazarın işleyişinin temini, öte yandan üye devletlerce dile getirilen temel hakların ihlali endişesi Birliğin verilerin Pazar içerisinde dolaşımına imkan sağlarken bu alanda üye devlet mevzuatlarında uyumlaştırmaya giderek temel hakların ihlali endişelerini de gidermesi gereğini ön plana çıkarmıştır. Nitekim, verilerin dolaşımı ve işlenmesi sadece ortak pazar ile sınırlı kalmayıp sınır ötesi niteliği haizdir. Bu durum Avrupa Vatandaşlığı kavramını gündeme getiren Birliğin, vatandaşlarına sınır ötesi koruma sağlaması ihtiyacını da doğurmaktadır⁷.

Birlik kapsamında kişisel verilerin korunması konusunda girişimde bulunulması gerektiği ilk kez Avrupa Birliği 24-25 Haziran 1994 tarihli Korfu Zirvesinde dile getirilmiştir⁸. Bu kapsamda açık ve istikrarlı bir mevzuatın oluşturulması, verilerin korunması konusuna özel bir dikkat gösterilmesinin önemi vurgulanmıştır. Korfu zirvesini takiben 9-10 Aralık 1994 tarihli Essen

Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları, Turhan kitabevi, Ankara, 2010, s. 14-26.

4 Öncelik ilkesi ve temel hakların korunması ilişkisi hakkında detaylı bilgi için bkz. Bilgin, A. Aslı, Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliğinde Temel Hak Koruması (doktora tezi), Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-3, Ankara, 2014.

5 Treaty on European Union, OJ C 191, 29.07.1992.

6 Gür, s. 22.

7 Simitis, s. 448.

8 24-25 Haziran 1994 Korfu Zirve Sonuç Bildirgesi için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/cor1_en.htm> (09 Şubat 2015).

Zirvesinde de Avrupa Birliği Konseyi, Konseyden verilerin korunması konusunda hukuki çerçevenin hızla hazırlanması talebinde bulunmuştur⁹.

Zirve sonuç bildirgelerinde de yer verilen bu ifadeler Komisyon'un harekete geçmesine neden olmuş ve Temmuz 1990'da Komisyon tarafından verilerin korunmasına ilişkin taslak direktif hazırlanmıştır. 1995 yılında kabul edilen direktifin başlangıç kısmında da verilerin serbestçe dolaşımının iç pazarın kurulması ve işletilmesi adına gerekli olduğu ancak bu kapsamda bireylerin temel haklarının güvenceye alınmasının da gerekliliğine vurgu yaparak, bu düzenlemeye neden ihtiyaç duyulduğu açıklanmıştır¹⁰.

95/46/AT sayılı direktifin özellikle kişisel verilerin korunması kapsamında tüm AB üyesi ülkelerde yeknesak bir uygulamayı sağlayamamış olması başta olmak üzere, yaşanan teknolojik gelişmeler, veri paylaşımının hızı ve kolaylığının artmış olması Birlik kapsamında yeni bir düzenleme yapılması ihtiyacına neden olmuştur¹¹. Mayıs 2016'da Avrupa Birliği resmi gazetesinde yayınlanan Genel Veri Koruma Tüzüğü, direktif ile sağlanamayan tek tip uygulamanın sağlanması ve teknolojik gelişmelere ayak uydurulurken kişisel verilerin de tam anlamıyla korunmasını sağlamak amacıyla AB mevzuatına dahil edilmiştir.

95/46/AT sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesinde Gerçek Kişilerin Korunması ve Verilerin Serbest Dolaşımı Direktifi

1995 yılında kabul edilen Veri Koruma Direktifi¹², oldukça kapsamlı bir içeriğe sahiptir. Direktifin amacı ilk maddede açıkça ortaya konmuştur. Buna göre, kişisel verilerin işlenmesi hususunda üye devletler, başta özel hayatın gizliliği olmak üzere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyacaklardır¹³. Ancak, bu koruma gerekeşiyle verilerin serbestçe dolaşımına üye devletlerce

9 9-10 Aralık 1994 Essen Zirve Sonuç Bildirgesi için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_en.htm>, (09 Şubat 2015).

10 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, para. 2-3.

11 Hustinx, Peter, "EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation", The EDPS Articles, 2014, s. 26-27.

12 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995. Direktifin Türkçe çevirisi için bkz. <<http://panel.stgm.org.tr/vera/app/var/files/e/c/cc-directive-95-46-kisisel-veriler.pdf>>, (15.06.2016). Metin içerisinde yapılan çevirilerde bu belgeden faydalanılmıştır.

13 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 1.

sınırlama veya yasaklama getirilemeyeceği de belirtilerek iç pazarın işleyişi ve temel hakların korunması arasında bir denge kurulmasının amaçlandığı anlaşılmaktadır¹⁴.

Veri işlenmesi ve verilerin serbestçe dolaşımı ile ilgili temel kavramların tanımına yer verilen Direktifte kişisel veri, “kimliği belli ya da belirlenebilir bir gerçek kişiyle (veri öznesi) ilgili her türlü bilgi”; kimliği belirlenebilir kişi ise, “özellikle bir kimlik numarasına veya kişinin fiziksel, fizyolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel veya sosyal kimliğine özgü bir veya birden çok faktöre referans yapılmak suretiyle doğrudan veya dolaylı olarak belirlenebilen kişi” olarak ifade edilmiştir¹⁵. Diğer önemli bir kavram olan kişisel verilerin işlenmesi, Direktif uyarınca, “otomatik olarak yapıp yapılmadığına bakılmaksızın, kişisel veriler üzerinde gerçekleştirilen toplama, kaydetme, düzenleme, depolama, uyarılma veya değiştirme, elde etme, başvurma, kullanma, aktarmak suretiyle açıklama, yayma veya bulunur kılma, sıralama veya birleştirme, engelleme, silme veya tahrip etme gibi herhangi bir işlem veya işlem dizisi” anlamına gelmektedir¹⁶. Gerek kişisel veri gerek kişisel verilerin işlenmesi ifadelerinin geniş kapsamlı tanımlanmış olması Direktifin uygulama alanının da geniş tutulmasına neden olmuştur. Kişisel verilerin işlenmesi bir gerçek kişi tarafından tamamen kişisel veya ev içi faaliyet veya Avrupa Birliğini Kuran Antlaşma'nın 5. ve 6. başlıklarında belirtilenler ve kamu güvenliği, savunma, ülke güvenliği gibi Topluluk hukukunun kapsamı dışında kalan faaliyetler ve ceza hukuku alanındaki devlet faaliyetleri esnasında gerçekleştiriliyor ise Direktifin uygulanmayacağı belirtilmiştir¹⁷.

İşleme faaliyetinin bir üye devlet topraklarında bir denetleyici firmanın faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilmesi veya denetleyicinin üye devletin topraklarında yerleşik olmayıp, uluslararası kamu hukukuna göre ulusal hukukun uygulandığı bir yerde bulunması halinde veya denetleyici Topluluk topraklarında yerleşik olmayıp, kişisel verilerin işlenmesi amacıyla bahse konu üye devlet topraklarında konumlanmış otomatik cihazların, Topluluk kapsamında transit geçişi sağlamak amacı dışında, kullanılması gerekliyse her üye devletin bu direktife uygun olarak kabul ettiği ulusal mevzuatını

14 Hustinx, s. 9.

15 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 2/a.

16 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 2/b.

17 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 3/2.

uygulamasını gerektiği düzenlenerek Direktifin bölgesel kapsamı da belirlenmiştir¹⁸.

Üye devletlerce kişisel verilerin işlenebilmesi belli koşullara bağlanmış olup, veri öznesinin açık, kesin ve net bir biçimde rızasını vermesinin yanı sıra, işleme, bir sözleşme yapmadan önce veri öznesinin talebi üzerine önlem almak için ya da veri öznesinin taraf olduğu bir sözleşmenin yerine getirilmesi için veya denetleyicinin tabi olduğu bir yasal yükümlülüğe uyum için veya veri öznesinin hayati menfaatlerini korumak için veya verilerin açıklandığı üçüncü bir şahıs veya denetleyiciye yetki veren kamu makamının uygulamasında veya kamu menfaatine yapılan bir görevin yerine getirilmesi için veya bu tür menfaatlerin, madde 1 (1) kapsamında koruma gerektiren veri öznesinin temel hak ve özgürlükleriyle ilgili menfaatleri çığnemesi haricinde, verilerin açıklandığı üçüncü şahıs veya şahıslar tarafından ya da denetleyici tarafından takip edilen meşru menfaatlerin amaçları için gerekliyse¹⁹ hukuki kabul edilmektedir. Denetleyici veya temsilcisinin hakkında veri topladığı veri öznesine verilerin veri öznesinden elde edilip edilmediğine göre bir ayırım yapılmak suretiyle bilgilendirme faaliyetinde bulunması gerektiği öngörülmüştür²⁰. Böylelikle verinin elde edilmesi aşamasına yönelik şeffaflık sağlanarak, verinin illegal yollardan elde edilmesi ve buna bağlı olarak meydana gelebilecek sonuçların ortadan kaldırılmasının hedeflendiği söylenebilir²¹.

Veri öznesinin, özellikle verinin eksik veya yanlış yapısı yüzünden, bu Direktifin hükümlerine uymayan işlemede, veri denetleyicisinden, verilerin engellenmesini veya silinmesini, uygun olarak düzeltilmesini; düzeltme, silme veya engellemenin, imkansız veya orantısız çabayı gerektirmediği durumlarda da verilerin açıklandığı üçüncü şahıslara bildirim yapılmasını talep etme hakkı Direktif ile hüküm altına alınmıştır²².

18 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 4.

19 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 7.

20 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 10-11.

21 Hustinx, s. 11.

22 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 12.

Üye devletlerin hangi durumlarda direktif hükümlerine istisna veya sınırlama getirebilecekleri de düzenlenmiş olup, buna göre, ulusal güvenlik; savunma; kamu güvenliği; düzenlenmiş meslekler için etik ihlallerinin veya ceza gerektiren suçların önlenmesi, incelenmesi, tespiti ve kovuşturulması; parasal, bütçe ve vergilendirme konuları dahil olmak üzere, Avrupa Birliği'nin veya bir Üye Devletin önemli bir ekonomik veya mali menfaati; ulusal güvenlik ve savunma dışında sayılan durumlarda, resmi makamın yürütmesiyle ara sıra da olsa bağlantılı düzenleyici fonksiyon veya izleme, denetim; diğerlerinin hak ve özgürlüklerinin veya veri öznesinin korunması gibi durumların varlığı halinde üye devletlerin Direktifin 6 (1), 10, 11 (1), 12 ve 21 maddelerinde yer verilen haklara sınırlama veya istisna öngören düzenlemeler yapabilecekleri hüküm altına alınmıştır²³.

Üye devletlere, ifade özgürlüğünü kapsayan kurullarla özel hayatın gizliliğini uzlaştırmak kaydıyla sadece edebi veya sanatsal açıklama veya gazetecilik amaçları için kişisel verilerin işlenmesinde özel işleme kategorileri başlıklı III.bölüm, veri öznesine verilecek bilgiler başlıklı IV.bölüm ve muafiyet ve sınırlamalar başlıklı VI. bölüm hükümlerinden muafiyet ve derogasyon sağlama imkanı tanınarak, her iki hak arasında denge kurulması gözetilmeye çalışıldığı dikkat çekmektedir.

Her üye devletin direktife uygun olarak çıkarttıkları hukuki düzenlemelerin gereği gibi uygulanıp uygulanmadığını tespit etmek amacıyla üye devletlerin bir veya birden fazla kamu makamını görevlendirmeleri öngörülmüştür²⁴. Üye devletlerce yapılacak bu görevlendirmenin yanı sıra Birlik kapsamında bahsi geçen makamlarında görevlendirilen birer temsilci ve Komisyon temsilcilerinden oluşturulacak bağımsız ve danışma statüsüne bir "çalışma grubu" oluşturulması düzenlenerek²⁵, kişisel verilerin korunması alanında sıkı bir denetim sağlanması amaçlanmıştır.

Direktif hükümleri arasında "unutulma hakkı" adı altında açıkça bir düzenlemeye yer verilmemiş olup, belirli koşulların varlığı halinde veri öznesinin kişisel verilerinin silinmesini talep etme hakkı olduğu da düzenlenmiştir.

23 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 13.

24 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 28.

25 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, m. 29.

Birliğin hukuki tasarruf türlerinden biri olan Direktifler, Avrupa Birliğinin İşleyişi Hakkında Antlaşma (ABİHA) m. 288/3'de "..., muhatap alınan her üye devleti, ulaştırılması gerekli sonuçları itibarıyla bağlar, şekil ve yöntem seçimini ise ulusal otoritelere bırakır" şeklinde tanımlanmış olup, direktiflerin ancak üye devletlerin konu ile ilgili yapacakları bir iç hukuk düzenlemesi ile ulusal hukukta geçerlilik kazanacakları anlaşılmaktadır. Bu durum Birliğin verilerin korunması konusunda Birlik kapsamında ulaşmak istediği uyumlaştırma düzeyine ulaşmamasında önemli bir etken olarak değerlendirilmesine neden olmuştur.

Genel Veri Koruma Tüzüğü

95/46 sayılı Direktifin yürürlüğe girmesinin ardından internet alanında yaşanan teknolojik gelişmelerin hız kazanması, veri toplanması ve paylaşımını kolaylaştırdığı gibi gerek özel şirketlerin gerek kamu otoritelerinin faaliyetlerini sürdürmek adına kişisel verileri emsali görülmemiş ölçüde kullanmalarına imkan yaratmaya başlamıştır²⁶. Bununla birlikte sosyal medya iletişim araçlarında meydana gelen artış da bireylerin kişisel bilgilerini evrensel boyutta paylaşmalarına zemin hazırlamıştır. Yaşanan teknolojik gelişmelerin başta on-line ticaret olmak üzere ekonomik hayata farklı bir boyut getirmesi ancak bu durumun kişisel verilerin korunması anlamında bir takım endişeleri de gündeme taşıması Birliğin daha kapsamlı bir düzenlemeye ihtiyaç duymasını sağlamıştır. Nitekim, 95/46 sayılı Direktifin Birlik kapsamında ulaştırılmak istenen uyumlaştırma düzeyinde yetersiz kalması, Birlik Temel Haklar Şartı m. 8 uyarınca kişisel verilerin korunmasının bir temel hak olarak kabul edilmiş olması ve Lizbon Antlaşmasının yürürlüğe girmesiyle ABİHA m.16'da kişisel verilerin işlenmesi ve korunması konusunda Birlik kapsamında düzenleme yapılacağı belirtilmesi Direktifin güncellenme ihtiyacını tetikleyen diğer nedenler olarak gösterilmektedir²⁷.

Direktifin 33. maddesinde belirtildiği üzere Direktifin uygulaması hakkında rapor hatta gerekliyse tadil önerileri sunulması konusunda Komisyon yetkilendirilmiş olup, Direktif ile istenilen düzeyde uyumlaştırmanın sağlanamamış olması konunun, genel uygulama alanına sahip, bütünüyle bağlayıcı ve tüm üye devletlerde doğrudan uygulanma özelliğine sahip diğer bir Birlik hukuki tasarrufu olan tüzük ile düzenlenmesi fikrini ön plana çıkarmıştır. Yapılacak düzenlemenin Tüzük olarak

26 COM(2012) 11 Final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), explanatory memorandum, para.4.

27 Hustinx, s. 26-27.

belirlenmesi tüm üye devletlerde aynı kuralların tek tip halinde geçerli olmasını sağlayacağından Direktif'in getirmiş olduğu dezavantajların ortadan kaldırılması hedeflenmektedir. Her ne kadar Direktif ile üye devletlerin uyması gereken temel prensipler belirlense de her üye devlet kendi ulusal mevzuatına göre düzenleme yaptığından aynı prensibin farklı uygulama şekilleri Birlik düzeyinde tam anlamıyla uyumlaştırmanın sağlanmasına engel teşkil etmektedir²⁸.

Belirtilen bu nedenlerle Komisyon tarafından 2012 yılında bir Tüzük tasarısı²⁹ önerilmiş olup, 4 Mayıs 2016'da Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayımlanmıştır³⁰. Ancak, öngörülen 2 yıllık geçiş süreci nedeniyle Tüzük 25 Mayıs 2018'de üye devletlerce uygulanmaya başlanacaktır³¹.

Tüzük metni genel olarak değerlendirilirse Direktif'te yer alan düzenlemelerin bir kısmı aynen muhafaza edilirken, bir kısmına netlik kazandırılmaya çalışılmış olup, yenilik olarak değerlendirilebilecek hükümlere de yer verilmiştir³². Dikkati çeken ilk değişiklik gerek Tüzüğün gerek Direktifin amacına yer verilen ilk maddeleridir. Direktif m.1'de üye devletlerin kişisel verilerin işlenmesi konusunda başta özel hayatın gizliliği olmak üzere bireylerin temel hak ve özgürlüklerini koruyacakları düzenlenirken, Tüzüğün ilk maddesinde özel hayatın gizliliği ifadesine ayrıca yer verilmeksizin özellikle kişisel verilerin korunması hakkı olmak üzere bireylerin temel hak ve özgürlüklerinin korunacağı hüküm altına alınmıştır³³. Tüzük hükümleri özel veya kamu sektörü ayrımı yapılmaksızın her iki sektöre de uygulanacak olup, Tüzüğün "Bölgesel Kapsam" başlıklı 3. maddesinde Direktiften farklı olarak Tüzüğün bölgesel uygulama alanının daha geniş tutulduğu görülmektedir³⁴. Buna göre Tüzük, veri işleme faaliyetinin Birlik

28 Hustinx, s. 26-27.

29 COM(2012) 11 Final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation).

30 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation).

31 European Commission, "Protection of Personal Data", <<http://ec.europa.eu/justice/data-protection/>>, (15.06.2016).

32 Geniş bilgi için bkz. Hustinx, s. 28.

33 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 1.

34 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on

içerisinde yapıp yapılmadığına bakılmaksızın Birlik içerisinde kurulmuş denetleyici veya işlemci faaliyetleri kapsamındaki kişisel verilerin işlenmesine uygulanacaktır. Ayrıca, Tüzüğün Birlik dışında kurulu işlemci veya denetçilerin faaliyetlerine de işlemci veya denetleyicinin Birlik vatandaşlarına mal veya hizmet sunması veya davranışlarının izlenmesi halinde uygulanabileceği düzenlenmiştir.

Bir diğer farklılık ise yaptırımlar konusunda getirilmiştir. Tüzük m. 77-79 kapsamında Tüzük hükümlerinin ihlali halinde oldukça katı yaptırımlar öngörülürken, Direktifte bu konuda yapılan düzenlemeye bakıldığında yaptırımlar konusunda tek yetkilinin üye devletler olduğu belirtilmekle yetinilmiştir³⁵.

Tüzükte dikkati çeken bir diğer konu gizlilik konusundaki yaklaşımdır. Her ne kadar “gizlilik” kelimesine Direktifte 13 kez yer verilirken, Tüzükte sadece 1 defa kullanılması bu konunun geri plana atıldığı gibi bir fikri akıllara getirirse de aslında Tüzük hükümleri ile gerek bireylerin gizlilik haklarının gerekse veri koruma hakkının güçlendirilmeye çalışıldığı söylenebilir³⁶. Veri öznelerine kişisel verilerin işlenmesi konusunda tanınan itiraz hakkında meşru bir gerekçe bildirme zorunluluğu getirilmeyerek, işlemin gerekliliğini ispat yükü veri denetleyicisi üzerinde bırakılmıştır³⁷. Bununla birlikte “unutulma hakkı” başlığı altında öngörülen verinin silinmesini talep etme hakkının Direktiften farklı olarak veri denetleyicisinin yanı sıra üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilmesine imkan yaratılması veri öznelerine tanınan kontrol yetkisinin ciddi ölçüde artırıldığını ispatlar niteliktedir³⁸. Tanınan bu yetkinin kişisel verilerin korunması hakkı ve dolayısıyla gizlilik hakkına hizmet ederken temel haklardan bir diğeri olan ifade özgürlüğü/bilgi edinme hakkı ile hangi oranda bağdaştığı Google Spain kararı sonrasında taslak tüzük yürürlüğe girmeden tartışılmaya başlanmıştır.

the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 3.

35 Mitchell-Rekrut, Cooper, “Search Engine Liability Under the LIBE Data Regulation Proposal: Interpreting Third Party Responsibilities as Informed by Google Spain”, Georgetown Journal of International Law, C. 45, 2013-2014, s. 874-875.

36 Mitchell-Rekrut, s. 875.

37 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 19.

38 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 17.

Tüzük ile öngörülen yeni düzenlemelerden bir diğeri sorumluluk konusunda karşımıza çıkmaktadır. Veri öznelerine tanınan hak ve yetkilerde artışa gidilirken, kişisel verilerin işlenmesinde Tüzük hükümlerine uyumun sağlanması konusundaki sorumluluk veri denetleyicileri üzerinde bırakılmıştır³⁹.

Direktifte de yer almakta olan denetleme makamlarının bağımsızlıklarının güçlendirilmesi ve daha etkili icra yetkilerine sahip olmalarına ilişkin hükümlere yer verilerek, Tüzükte etkili bir denetim mekanizması oluşturulmaya çalışılmıştır⁴⁰.

Veri işlenmesi ve verilerin serbestçe dolaşımı ile ilgili temel kavramların tanımları Direktifteki haliyle Tüzükte de muhafaza edilirken, tanımına yer verilen terim sayısı çoğaltılmıştır⁴¹.

Sonuç olarak, yürürlükteki Direktifin aksayan yönleri Tüzük ile getirilen hükümlerle giderilmeye çalışılmış ve özellikle veri öznelerine tanınan yetkilerin artırılması ve etkili bir denetim mekanizması öngörülmek suretiyle kişisel verilerin korunması hedeflenmiştir. Nitekim AB Adalet komiseri Viviane Reding, Direktif üzerinde reform önerisinde bulunduğu 25 Ocak 2012 tarihli konuşmasında reform ihtiyacının internet kullanımının yaygınlaşarak kişisel verilerin saniyeler içerisinde kıtalar arasında transfer edilebilmesi ve Birlik vatandaşlarının kendilerini kişisel verileri üzerinde tam anlamıyla kontrol yetkisine sahip hissetmemelerinden kaynaklandığını dile getirmiştir⁴². Sunulan tüzük önerisi ile online hizmetlerde güven inşa edilerek, bireylerin kişisel bilgileri üzerinde daha fazla kontrol yetkisine sahip kılınmaları ve Birlik düzeyinde güçlü, açık ve yeknesak bir yasal düzenlemenin, Dijital Tek

39 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 24.

40 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 52.

41 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 4.

42 European Commission, "Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses", European Commission Press Release, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm?locale=en>, (17.03.2016).

Pazar potansiyelinin ortaya çıkmasına ve ekonomik büyüme, teknolojik gelişme ve yeni iş imkanları yaratılmasına yardımcı olacağı belirtilmiştir⁴³.

"Tamamen Kişisel veya Ev/Hane Halkı Faaliyetleri" İstisnası

Genel Veri Koruma Tüzüğü'nün yürürlüğe girmesi ile uygulanmayacak olan 95/46/AT sayılı Direktifin uygulama kapsamı 3. maddede düzenlenmiş olup, aynı maddenin ikinci fıkrasında söz konusu direktifin uygulanmayacağı iki istisnai durum düzenlenmiştir. Bu iki istisnai durumdan ikincisi uyarınca;

"...

- bir gerçek kişi tarafından, tamamen kişisel veya ev içi faaliyeti esnasında

95/46/AT sayılı Direktif uygulanmayacaktır".

14 Nisan 2016 tarihinde kabul edilen ve 04.05.2016 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan Genel Veri Koruma Tüzüğü'nde ise aynı konu maddi kapsam madde başlığı altında 2. maddede düzenlenmiş olup, 2. maddenin 2. fıkrasında istisnalar 5 bend halinde sıralanmıştır. Yapılan bu düzenlemeyle 95/46/AT sayılı Direktifde m.3/2-2'de yer alan "Tamamen Kişisel veya Ev/Hane Halkı Faaliyetleri" istisnası, Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 2/2-c'de herhangi bir değişikliğe uğramayarak aynen muhafaza edilmiştir.

95/46/AT sayılı Direktif Kapsamında "Tamamen Kişisel veya Ev/Hane Halkı Faaliyetleri" İstisnası

Direktifte "Tamamen Kişisel veya Ev/Hane Halkı Faaliyetleri" olarak düzenlenen istisna, Direktifin başlangıç kısmında yer alan 15. paragrafta daha detaylı olarak açıklanmaya çalışılmıştır. Buna göre, "Koruma ilkeleri, faaliyetleri Topluluk hukuku kapsamına giren herhangi bir kişinin kişisel verilerinin işlenmesine yönelik bütün faaliyetlerine uygulanırken; gerçek bir kişi tarafından yazışmalar ve adres kayıtları tutmak gibi tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilen veri işleme, Direktifin uygulama alanı dışındadır"⁴⁴.

Her ne kadar gerekçeler kısmında yapılan açıklamayla tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti " ile ne/nelerin kastedildiği açıklanmaya çalışılmış

43 European Commission, "Commission proposes a comprehensive reform of data protection rules to increase users' control of their data and to cut costs for businesses", European Commission Press Release, <http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-46_en.htm?locale=en>, (17.03.2016).

44 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, recital 12.

olsa da gerek madde metni gerekse gerekçe bu istisnadan tam olarak ne anlaşılması gerektiği hususunu açıklamak da yetersiz kalmıştır.

Bu nedenle söz konusu muğlaklığın giderilmesinde Divan'ın konuya yaklaşımı önem kazanmıştır.

Lindqvist Kararı

"Tamamen Kişisel veya Ev/Hane Halkı Faaliyetleri" istisnasının Divan'ın önüne geldiği ilk dava Lindqvist⁴⁵ kararıdır. Buldukları bölgedeki cemaati, kiliseye kabul için gerekli hazırlık prosedürü konusunda bilgilendirmek amacıyla internet sayfası açan Bayan Lindqvist, başta kendisine ait bilgiler olmak üzere kendisiyle birlikte gönüllü olarak kilisede görev yapan diğer 18 kişi hakkında da açmış olduğu internet sayfasında bazı bilgilere yer vermiştir. Bu bilgiler, kişilerin isimleri ile birlikte telefon numaraları, hobileri ve kilise adına hangi görevi yürüttükleri şeklindedir. İş arkadaşlarından bir tanesinin ayağını incittiği ve bu nedenle part-time çalıştığı da belirtildiği sayfada adı geçen kişilerin bilgi ve onayı olmaksızın kişisel verilerinin paylaşıldığı ve bu konunun İsveç Veri Koruma Otoritesine de bildirilmediği gerekçesiyle Bayan Lindqvist hakkında yaklaşık 450 Euro cezaya hükmedilmiştir. Bayan Lindqvist'in bu karara itiraz etmesi üzerine davaya bakan üst mahkeme ön karar prosedürüne başvurarak Divan'a bir kaç soru yöneltmiştir.

Divan'a yöneltilen ilk soru, açılan bir internet sayfasında meslektaşımızın adı ve soyadı ile birlikte telefon numarası, işi ve hobilerine yönelik ifadelere de yer vermenin Direktif kapsamında kısmen veya tamamen otomatik araçlarla kişisel verilerin işlenmesi anlamına gelip gelmediğidir⁴⁶. Divan, bu durumun Direktif m. 3/1 kapsamında olduğunu dolayısıyla meslektaş hakkındaki bu tür bilgilerin bir internet sayfasında paylaşımının kişisel verilerin işlenmesi anlamına geldiğini belirtmiştir⁴⁷.

İlk soruya olumlu cevap verilmesi üzerine yanıtlanması istenen ikinci soru, bu faaliyetin Direktif m.3/2'de belirtilen tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti istisnası kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceğidir. Bayan Lindqvist internet sayfası açmanın ifade özgürlüğü kapsamına girdiğini ve açmış olduğu sayfanın boş zamanı değerlendirme kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini, herhangi bir ekonomik aktivite yürütmediğini belirterek temelde iki iddiada bulunmuştur. Bunlardan ilki, konunun ekonomik boyutunun bulunmaması nedeniyle Avrupa Birliği hukukunun

45 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971.

46 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 18.

47 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 19.

uygulanamayacağı, diğeri ise gerçekleştirdiği faaliyetin tamamen kişisel ve ev/hane halkı faaliyeti olup, istisna kapsamında değerlendirilmesi gerektiğidir⁴⁸. Divan, kendisine yöneltilen soru ve bu iddialar karşısında öncelikle hangi konuların Direktif kapsamı dışında olduğuna değinmiştir. Direktif m. 3/2'de belirtilen ilk istisna uyarınca "ceza hukuku alanındaki Devlet faaliyetleri ve Devlet güvenliği, savunma, kamu güvenliğine ilişkin her durumda ve Avrupa Birliği Anlaşmasının V ve VI. başlıklarında belirtilenler gibi Topluluk hukuku kapsamının dışına düşen bir faaliyet esnasında" verilerin işlenmesinin istisna hükmünde olduğunu sayılan durumların bireysel faaliyetlerle bağlantısız Devlet veya Devlet otoritelerince gerçekleştirilen faaliyetleri kapsadığını belirtmiştir⁴⁹. Bayan Lindqvist'in faaliyetinin ekonomik olmasa da hayırsever ve dini nitelikte olduğunu ve sayılan durumlardan herhangi birinin kapsamına girmediğini ve aynı şekilde Direktif m. 3/2'de yer verilen diğer istisna, tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti ifadesinin de lafzi yorumlanması gerektiğinden bahisle hayırsever ve dini faaliyetlerin bu kapsamda da değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁵⁰. Bunun nedeni olaraksa internet sayfasına erişimin herkese açık olması gösterilmiştir⁵¹. Dolayısıyla faaliyet ekonomik olarak değerlendirilemese de Direktifin kapsamı dışında kabul edilebilmek için gerekli olan istisnai durumlara da dahil olmadığı hüküm altına alınmıştır. Ancak her ne kadar internet sayfası herkese açık olsa da bu durumun kişisel veri transferi kapsamında olmadığı Divan tarafından yanıtlanan bir diğer sorudur. Transferin tanımı net bir şekilde Direktifte yer almamakla beraber Direktifin bütünü değerlendirildiğinde, transferin, verilerin üçüncü ülkelere hareketi olarak yorumlandığı anlaşılmaktadır⁵². Oysa, Bayan Lindqvist'in açmış olduğu internet sayfasına bakabilmek için öncelikle internete bağlanmak ve sayfanın çağrılması gerekmektedir. Kendiliğinden diğer bir deyişle otomatik olarak sayfaya giriş yapmak, sayfadaki bilgilerin diğer kişilerle paylaşımı söz konusu değildir⁵³. Bu nedenle, Divan burada transferden söz edilemeyeceği kanaatine varmıştır. Kararda, internet sayfasında adı geçen kişilerden birine ait sağlık problemine ilişkin bilginin paylaşılmasının da Direktif m. 8/1 kapsamında yasak olduğu⁵⁴ belirtilmiş olup, bunun tek istisnası Direktif m. 8/2'de düzenlendiği üzere hakkında bilgi paylaşılan kişinin onayıdır. Nitekim, dava konusu olayda

48 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 30.

49 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 43-44.

50 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 46.

51 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 47.

52 Garcia, Flora, "Bodil Lindqvist: A Swedish Churchgoer's Violation of the European Union's Data Protection Directive Should Be a Warning to U.S. Legislators", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, C. 15, S. 4, 2005, s. 1225.

53 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 60.

54 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 51.

Bayan Lindqvistin açmış olduğu internet sayfasında paylaştığı bilgiler için ilgili kişilerden herhangi bir onay almadığı anlaşılmaktadır⁵⁵.

Bayan Lindqvist kendisine yöneltilen iddialar karşısında Direktifin özel hayatı korurken, ifade özgürlüğünü sekteye uğrattığını bu nedenle Direktif de öngörülen düzenlemeler ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılılık bulunmadığını ileri sürmüştür. Bu kapsamda Divana Direktif hükümleri ile ifade özgürlüğü ve diğer temel hakların kullanımına herhangi bir sınırlama getirilip getirilmediği sorusu da yöneltilmiştir. Direktife aykırı şekilde kişisel verileri paylaşan kişinin özel hayatın ihlali nedeniyle ağır yaptırımlarla karşılaşacağını ancak bu yaptırımların orantılılık ilkesi gözetilerek uygulanması gerektiğini belirten Divan, uyumsuzluğa konu haklar ve çıkarlar arasında gözetilmesi gereken adil dengenin Direktifi iç hukuka aktaran ulusal düzenlemeler aracılığıyla Birlik tarafından korunan temel haklara uygun bir şekilde uygulanması sorumluluğunun ise ulusal otoriteler ve ulusal mahkemelere düştüğünü belirtmiştir⁵⁶.

Divan'ın Lindqvist kararındaki tutumu Direktif m. 3/2-2'de yer alan istisna hükmünün olabildiğince dar yorumlanmasının tercih edildiğini göstermektedir. Maddede yer verilen ilk istisnada, hangi durumların istisna kapsamında değerlendirileceği madde metninde yer alan "...gibi.." ifadesinden anlaşıldığı üzere örneklendirme yapılmak suretiyle sayılırken, sayımın tahdidi ve sadece Avrupa Birliği Antlaşmasının V. ve VI. başlıklarında yer verilen konularla sınırlı olmadığı anlaşılmaktadır⁵⁷. Oysa Divan, bunun tam tersi bir yaklaşımla, istisnanın bu konularla sınırlı olarak, bireysel faaliyetleri kapsamadığını belirtmiştir. Divan'a göre, üçüncü kişilere ait verilerin erişimin sınırlandırılmadığı bir online sayfaya yüklenmesi de başlı başına bu faaliyeti kişisel ve ev/hane halkı istisnasının dışında bırakmaktadır⁵⁸. Ancak karar, özel ve kamu amacıyla kullanım arasındaki ayrımın ne şekilde belirleneceğine dair bir ifade içermemekle beraber, akla sadece aile ve arkadaşlarla paylaşımın istisna kapsamında değerlendirileceği fikrini getirmektedir⁵⁹. Bu yaklaşım, günümüz teknoloji ve internet koşulları düşünüldüğünde birçok tartışma ve soru işaretini de beraberinde getirecek niteliktedir. Nitekim bu durum, bugün

55 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 14.

56 C-101/01 Bodil Lindqvist [2003] ECR I-12971, para. 90.

57 Bignamì, Francesca, "The Case for Tolerant Constitutional Patriotism: The Right to Privacy before the European Courts", *Cornell International Law Journal*, C. 41, S. 2, Summer 2008, s. 232.

58 Warso, Zuzanna, "There is more to it than data protection: Fundamental rights, privacy and the personal/household exemption in the digital age", *Computer Law and Security Review*, C. 29, 2013, s. 493.

59 Roth, Paul, "Data Protection Meets Web 2.0: Two Ships Passing in the Night", *UNSW Law Journal*, C. 33, S. 2, 2010, s. 539.

tüm dünyada yaygın şekilde kullanılan sosyal paylaşım sitelerinde sayfanıza erişim izni verdikleriniz "arkadaş" adı altında yer alsın da bazen birçoğu sadece tanıdık bile değildir. Böyle bir durumda değerlendirme ne esas alınarak yapılacaktır? Diğer bir deyişle sayfanıza erişim izni verdiklerinizin sınırlı sayıda olmaması halinde paylaştığımız her tür bilgi, resim vs.'nin, kişisel ve ev/hane halkı faaliyeti istisnasının dışında değerlendirilerek Direktifte öngörülen yaptırım riski ile karşı karşıya kalmanız anlamına gelecektir.

Lindqvist kararında Divan'ın, özel ve kamu amacıyla kullanımı sayfaya erişimin sınırlı olup olmaması temeline dayandırması kişisel ve ev/hane halkı faaliyeti istisnasının ne kadar katı yorumlandığını göstermektedir. Öte yandan, Divan'ın bu yorumu Madde 29 Veri Koruma Çalışma Grubu'nun önerisi olarak da dile getirilmiş, iletişime geçilen kişi sayısının fazla olmasının ev/hane halkı istisnasının uygulanmaması için bir belirti sayılabileceği ifade edilmiştir⁶⁰. Son olarak Lindqvist kararında dikkati çeken diğer bir durum Divan'ın, karşı karşıya gelen ifade özgürlüğü ve özel hayatın gizliliği konusunda gözetilmesi gereken adil dengenin sağlanmasını ulusal mahkemelere bırakmasıdır. Bir görüşe göre⁶¹ kararda yeni iletişim teknolojileri çağında kamu yararı nedeniyle özel hayatın korunmasının gözardı edilmemesi gerektiği belirtilirken; kişinin, diğer kişiler hakkında internet sayfası aracılığıyla bilgi paylaşımını mutlak ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmek yerine, bir bütünün parçası kapsamında ele alınması gerektiği de Lindqvist kararından çıkartılabilen bir diğer sonuçtur. Bu sonuca da Divan'ın paylaşılan bilginin içeriğini tartışmayıp, haklarında bilgi paylaşılan kişilerin özel hayatın gizliliğinin korunması ve kendilerine danışılması hususunda beklentileri olduğu yorumundan ulaşılmaktadır⁶².

Sonuç olarak, Divan'ın Lindqvist kararında uyuşmazlığın Direktif m. 3/2 kapsamında istisna niteliğinde değerlendirilip değerlendirilemeyeceğini belirlerken, iki kriteri kendisine temel aldığı ve oldukça katı bir yorum tarzını benimsediği anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki faaliyetin özel ve aile hayatı seyrinde gerçekleşip gerçekleşmediği, diğeri ise sayfaya erişimin belli sayıda kişiye tanınıp tanınmadığı şeklinde özetlenebilir⁶³. Her iki kriter de açıkça m. 3/2 de yer almamakla beraber, Divan'ın yapmış olduğu yorumdan bu sonuca ulaşılmaktadır.

60 Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 5/2009 on Online Social Networking [2009] 01189/09/EN WP 163, [3.4].

61 Wong, Rebecca ve Savirimuthu, Joseph, "All or Nothing: This is the Question? The Application of Article 3(2) Data Protection Directive 95/46/EC to the Internet", Journal of Computer and Information Law, C. 25, 2008, s. 245.

62 Wong, ve Savirimuthu, s. 245.

63 Van Alsenoy, Brendan, "The Evolving Role of the Individual Under EU Data Protection Law", <<http://ssrn.com/link/ICRI-RES.html>>, s.9, (10.04.2016).

Rynes Kararı

Divan'ın "tamamen kişisel ve ev/hane halkı faaliyeti" istisnasını ikinci kez yorumlama fırsatı bulduğu Rynes⁶⁴ kararında uyumsuzluk konusu, Bay Rynes'in güvenlik sebebiyle evinin girişine kurmuş olduğu kapalı devre televizyon (CCTV) sisteminden kaynaklanmaktadır. Bay Rynes, kimliği belirsiz kişi/ler tarafından evine gerçekleştirilen bir kaç saldırı girişiminden sonra kendisinin ve ailesinin hayatı ile mülkünü korumak amacıyla evinin girişine CCTV sistemi kurmuş ve bu sayede evine saldıran kişileri tespit ettirmek amacıyla görüntüler polise teslim edilmiş ve saldırganlar yakalanmıştır. Bay Rynes'in evine saldıran kişileri tespit amacıyla kurmuş olduğu CCTV sistemi sadece görüntü kaydeden bir kamera sistemi olup, görüntüler bir sabit diske kaydedilmekte, yeni görüntü üzerine kaydedilene kadar saklanmaktadır. Kurulan kamera Bay Rynes'in evinin girişi ile birlikte, karşı evin girişi ve yaya kaldırımının bir kısmını görüntülemekte ve kaydetmektedir.

Saldırganlar, Bay Rynes tarafından kurulan CCTV sisteminin ilgili Çek mevzuatına uygun olmadığı gerekçesiyle Çek Cumhuriyeti Veri Koruma Ofisine şikayette bulunmuşlardır. Çek Veri Koruma Ofisi de kurulan CCTV sisteminin 95/46 sayılı veri koruma direktifini uygulamak amacıyla kabul edilen Çek mevzuatını data kontrolörü olarak kurulan sistemi Ofise bildirmedığı, kameranın gerek karşı evin giriş kapısını gerek yaya kaldırımını da görüntülediğinden yoldan geçen kişileri bilgileri ve onayları olmaksızın kaydederek ihlal ettiği gerekçesiyle Bay Rynes aleyhine karar vermiştir⁶⁵. Bu karar üzerine Rynes, yargıya başvurmuş ve ulusal mahkeme Divan'a "kamu alanına dahil bir alanı izlemiş de olsa, mülkünü ve ailesinin hayatını korumak amacıyla evine kurmuş olduğu CCTV sistemi ile kişisel verilerin işlenmesinin Direktif m. 3/2'de yer verilen "tamamen kişisel ve ev/hane halkı faaliyeti" istisnası kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği" sorusu yöneltmiştir⁶⁶.

Divan önce, Direktif m. 2/a uyarınca kişisel verinin ne olduğunu ortaya koyarak, bir kimsenin kameraya kaydedilen ve kimliğini tespit edilebilir kılan görüntüsünün kişisel veri olduğunu belirtmiştir. Bu kapsamda Bay Rynes tarafından kurulan kameranın yaya kaldırımının bir kısmı ile karşı evin girişini de kayıt altına aldığından, yayaları ve karşı eve gelen giden insanların kimlikleri tespit edilebilir nitelikte kaydedilen görüntülerini kişisel veri olarak kabul etmiştir⁶⁷. Ardından Direktif m. 3/1 uyarınca Direktif'in kapsamına

64 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000.

65 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000, para. 16.

66 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000, para. 18.

67 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000, para. 21-22.

değınerek kişisel verilerin otomatik araçlarla işlenmesinin de Direktif'in kapsamına dahil olduğunu dolayısıyla CCTV sistemi ile kişilerin görüntülerinin kendi bilgi ve onayları olmaksızın kayıt altına alınmasının kişisel verilerin otomatik araçlarla işlenmesi anlamına geldiğinden Direktif kapsamına girdiğini belirtmiştir⁶⁸. Divan'ın yorumundan anlaşıldığı üzere, bir kimsenin görüntüsünün kameraya kaydedilmesi ve görüntüden kişinin kim olduğunun tespit edilebilir olması, görüntünün kişisel veri olarak kabul edilmesine neden olmaktadır. Bunun yanı sıra elde edilen kişisel verinin Direktif kapsamında değerlendirilebilmesi için kişisel verilerin otomatik araçlar dışında veya otomatik araçlarla işlenmesi gerekmektedir. Uyuşmazlık konusu olayda kişisel verilerin kamera gibi bir otomatik araçla kaydedilmesi Divan'ın faaliyeti Direktif kapsamında değerlendirmesi sonucunu doğurmuştur. Divan yapmış olduğu bu tespitlerin ardından kendisine yöneltilen asıl soru yani Bay Rynes'in evini korumak ve ailesinin güvenliğini sağlamak amacıyla kurmuş olduğu kamera sisteminin "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" istisnası kapsamında olup olmadığını değerlendirmiştir. Direktifin amacı kişisel verilerin işlenmesine dair başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere gerçek kişilerin temel haklarını ve özgürlüklerini korumaktır. Bu kapsamda Divan, yerleşik içtihat hukuku uyarınca Temel Haklar Şartı m. 7'de garanti altına alınan özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı nedeniyle, kişisel verilerin korunmasına ilişkin öngörülen istisnaların, dar yorumlanması gerektiğini belirtmiştir⁶⁹. Divan'a göre aynı durum kişisel verilerin korunması hakkındaki Direktif için de geçerli olup, kişisel verilerin işlenmesi özellikle özel hayatın gizliliği hakkının ihlalini doğuruyorsa Direktif te yer verilen tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti istisnası dar yorumlanmalıdır. Hatta Divan bu yorumun madde metninde yer verilen "tamamen" kelimesinden de anlaşıldığını, kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti yazmak yerine madde metnine "tamamen" kelimesi eklenmek suretiyle, her kişisel veya ev/hane halkı faaliyetinin bu istisna kapsamında değerlendirilemeyeceğinin anlatılmak istendiğini ifade etmiştir⁷⁰.

Divan yapmış olduğu bu değerlendirmeler sonucunda, bilgileri ve onayları olmaksızın kişilerin görüntülerinin kamera ile kaydedilmesinin Direktif kapsamında olduğunu ancak evini korumak ve ailesinin güvenliğini sağlamak amacıyla da olsa kurmuş olduğu kamera sisteminin kamu alanı sayılan yaya kaldırımının bir kısmını ve karşı evin girişini de kaydediyor olması nedeniyle Bay Rynes'in faaliyetinin "tamamen kişisel ev/hane halkı faaliyeti" istisnasına dahil olamayacağına hükmetmiştir⁷¹.

68 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000, para. 23-25.

69 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000, para. 28-29.

70 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000, para. 30.

71 C-212/13 František Ryněš v Úřad pro ochranu osobních údajů [2015] ECR I-0000, para. 35.

Rynes kararı ile Divan'ın Lindqvist kararındaki tutumundan vazgeçmediği aksine istisnaların uygulama alanını iyice daraltarak, Direktifin kapsamını olabildiğince geniş tutmaya çalıştığı anlaşılmaktadır. Divan Direktif m. 1'de yer verilen kişisel verilerin işlenmesinde üye devletlerin başta özel hayatın gizliliği hakkı olmak üzere gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruyacakları hükmünden yola çıkarak her iki kararda da karşı karşıya gelen iki temel haktan özel hayatın gizliliği hakkına öncelik tanımayı tercih etmiştir. Oysa, Direktifin ilgili maddesinde her ne kadar "başta özel hayatın gizliliği hakkı" denmiş olsa da tüm temel hak ve özgürlüklerin tanınması asıldır. Dolayısıyla her uyumsuzlukta Divan'ın uyumsuzluğa konu olaya ait koşul ve şartları göz önüne alarak yorum yapması gerekmektedir. Rynes kararında Divan, CCTV kamera sisteminin kurulum amacının kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti olup olmadığını değerlendirmek yerine, kameranın kurulum yeri ve kayıt altına alabildiği alanlarla ilgilenmeyi tercih etmiştir⁷². Nitekim, kamera sistemin kamu alanına ait bir kısmı da görüntülediğinden bahisle Bay Rynes'in faaliyetini kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti istisnasının dışında tutmuştur. Divan'ın bu yorumundan anlaşıldığı üzere, yapılan kamera kaydının kısmen de olsa kamuya ait bir alanı kapsamaması bu faaliyeti "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" istisnası kapsamı dışında tutmak için yeterli kabul edilmiş gibi görünmektedir⁷³. Ancak, Bay Rynes'in faaliyetini kameranın kaydettiği alanlar nedeniyle diğer bir deyişle mekansal ayrıma dayandırarak istisna kapsamı dışında kabul etmek hangi faaliyetlerin istisna kapsamında değerlendirileceği sorusunu akla getirmektedir. Video kaydının kamusal alanı da kapsamaması bu faaliyeti tek başına kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti dışında kabul etmek için yeterli midir ya da yeterli olmalı mıdır? Bu durumu basit bir örnekle açıklayacak olursak, çocuklarınızı parkta oynarken videoya çekmek istediğiniz takdirde orada bulunan veya oradan geçmekte olan diğer insanların görüntülerini de gayri ihtiyari kaydetmeniz halinde bu durum Direktif kapsamında mı değerlendirilecektir? Bu soruya olumlu yanıt verilmesi halinde Direktifin kapsamı çok geniş tutulmuş olup, Rynes kararında Divan'ın tutumundan bu yaklaşıma sıcak baktığı düşünülmektedir. Oysa, Rynes kararı gerekçesinde mekansal ayrıma değinmek yerine sadece kamera kaydında görünen kişilerin ayırt edilebilir/tanınabilir olmasına dayanılması halinde Divan'ın Rynes'in faaliyetini "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti dışında değerlendirmesi için yeterli olacağı düşünülmektedir"⁷⁴. Böylece, Direktifin

72 Butler, Oliver, "The Expanding Scope of the Data Protection Directive: The Exception for a Purely Personal or Household Activity", s. 2.

73 Butler, s. 2; Woods, Lorna, "Bringing Data Protection Home? The CJEU rules on data protection law and home CCTV", EU Law Analysis, <<http://eulawanalysis.blogspot.com.tr/2014/12/bringing-data-protection-home-cjeu.html>>, s. 2, (09 Mayıs 2016).

74 Butler, s. 3.

kapsamı bu kadar geniş yorumlanmamakla birlikte kamera kaydı söz konusu olduğunda hangi faaliyetlerin tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti kapsamında değerlendirileceği tahmin edilebilir. Rynes kararında dikkati çeken bir diğer nokta Divan'ın karşı karşıya gelen çıkarların dengelenmesi konusuna hiç değinmeksizin özel hayatın gizliliğinin korunmasına dayanmasıdır. Rynes'in evine CCTV sistemini yerleştirme amacı güvenlik endişesi olup, güvenlik amacının meşru bir çıkar olduğu Madde 29 Çalışma Grubu tarafından iş getirilmesine rağmen Divan'ın bu konuya değinmemeyi tercih etmesi söz konusu istisna hükmünün ne şekilde yorumlanacağı hususundaki belirsizliği arttırmaktadır.

Divan'ın Lindqvist kararında da "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" istisnasını nasıl yorumladığına baktığımızda, aynı belirsizliğin sergilenmiş olduğunu söylemek yanlış olmaz. Lindqvist'in açmış olduğu internet sayfasında iş arkadaşlarına ait bilgileri paylaşmış olmasından çok söz konusu sayfaya erişimin herkese açık olması Lindqvist'in faaliyetinin tamamen kişisel ev/hane halkı faaliyeti kapsamı dışında değerlendirilmesine neden olmuştur. Divan'ın ulaştığı olduğu bu sonuç açık olmamakla beraber, günümüz teknolojisinde bir çok belirsizliği de beraberinde getirmektedir⁷⁵. Kişisel internet sayfanız veya facebook, twitter gibi sosyal paylaşım sitelerindeki hesabınıza erişimin sınırlandırılmamış olması veya çok fazla sayıda takipçiniz olması bile tek başına, yapmış olduğunuz örneğin üçüncü bir kişiye ait fotoğrafın paylaşımının söz konusu istisnaya tabi olamayacağı ihtimalini de beraberinde getirmektedir⁷⁶.

95/46/AT sayılı Direktif kapsamında m. 3/2'de yer verilen istisnalardan "Tamamen Kişisel veya Ev/Hane Halkı Faaliyetleri" ifadesinin yeterince açık olmadığı ve Divan yorumuna ihtiyaç duyduğu aşık olup, Divan'ın iki kez inceleme fırsatı bulduğu bu istisna konusunda belirsizliğin devam ettiği anlaşılmaktadır. Nitekim Divan, her iki kararda da kişisel verilerin ve özel hayatın gizliliğinin korunmasının önemine değinmek suretiyle söz konusu madde hükmünde yer verilen tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti ifadelerinden ne anlaşılması gerektiği konusunda yeterli bir gerekçe sunmaktan uzaktır. Hatta, Divan'ın her iki kararda da yapmış olduğu gerekçelendirme haklı ve meşru bir nedeniniz olsa dahi, söz konusu faaliyet özel hayatın gizliliği ile uyumlu değilse istisna dışında tutulacağınız sonucunu akıllara getirmektedir.

75 Woods, s. 2.

76 Bessant, Claire, "The Application of Directive 95/46/EC and the Data Protection Act 1998 when an individual posts photographs of other individuals online", *European Journal of Law and Technology*, C. 6, S. 2, 2015, s. 7.

2016/679 Genel Veri Koruma Tüzüğü Kapsamında "Tamamen Kişisel veya Ev/Hane Halkı Faaliyetleri" İstisnası

04.05.2016 tarihli Avrupa Birliği Resmi Gazetesinde yayınlanan Genel Veri Koruma Tüzüğü, öngörülen iki yıllık geçiş süreci neticesinde 25 Mayıs 2018 tarihinde uygulanmaya başlayacaktır. Bu iki yıllık geçiş süreci boyunca 95/46/AT sayılı veri koruma Direktifi uygulanmaya devam edecek olup, Tüzüğün uygulamaya başlanmasıyla yürürlükten kalkacaktır.

Tüzük hazırlanması çalışmalarına 2012 yılında başlanmıştır. Veri koruma konusunda yeni bir düzenlemeye ihtiyaç duyulmasının en büyük nedeni olarak 95/46/AT sayılı Direktifin istenilen etkiyi Birlik kapsamında gösterememiş olması gösterilebilir. İkinci bir neden ise yaşanan teknolojik gelişmeler nedeniyle Direktifin ihtiyacı tam olarak karşılayamamasıdır. Nitekim, Direktifin yürürlüğe girdiği tarih üzerinden 15 yıl gibi bir süre geçmiş olup, Direktifin hazırlandığı dönemdeki teknolojik imkanlar bugünkü mevcut sistemle kıyaslanamaz hale gelmiştir.

Tüzüğün hazırlık çalışmaları esnasında üzerinde değişiklik yapılması öngörülen konulardan bir tanesi Direktif m. 3/2'de yer verilen "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" istisnasıdır. İlk olarak Lindqvist kararında ele alınan bu madde hükmü, Divan kararının ardından hangi durum ve faaliyetlerin tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti kapsamına girdiği net olarak anlaşılamadığı için oldukça tartışılmıştır. Divan'ın ikinci kez aynı istisnayı inceleme fırsatı bulduğu Rynes kararında da, ulaşılmış olduğu sonuç söz konusu istisna hükmünü açıklamaktan uzak olup, sadece mekansal ayrıma dayanması tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti kapsamını belirleme de karmaşıklığın devam etmesine neden olmuştur. Öte yandan, Direktifin yürürlüğe girdiği tarihte kişisel verilerin işlenmesi kapsamında bireylerin kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti olarak kabul edilebilecek faaliyetlerinin kapsamı olabildiğince dar iken, yaşanan teknolojik gelişmeler bugün bu imkanı olabildiğince genişletmiştir⁷⁷. Değişiklik önerisinde belirtildiği gibi, kişiler örneğin kendileri ile aynı hobileri paylaşan insanlarla iletişime geçebilecekleri bir sosyal paylaşım sitesi kurabilecekleri gibi, kullanmadıkları giysilerini herhangi bir elektronik ticaret sayfasında satabilmektedirler. Yaşanılan bu teknolojik gelişmelerden en dikkat çekici olanı ise kişisel verilerin işlenmesinin artık herhangi bir kimse yani sıradan bir vatandaş tarafından da kolaylıkla yapılabilmesidir. Nitekim bugün internete sahip olan herkes, dilediği bilgi, görüntü vs. yayınlama gücüne sahiptir. Dolayısıyla gerek internet kullanımının her alanda artarak yaygınlaşması gerek Divan'ın

⁷⁷ Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities, Annex 2, <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf>, s. 3, (4.03.2016).

her iki karardaki yaklaşımı söz konusu istisna hükmünün yeniden ele alınması gereğini doğurmuştur.

Tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti istisnası Direktif kapsamında iki yerde düzenlenmektedir. Bunlardan ilki Direktif'in başlangıç kısmı (15. paragraf) olup, diğeri m. 3/2-2'dir. Başlangıç kısmında yer alan düzenleme uyarınca, veri koruma ilkeleri, faaliyetleri Topluluk hukuku kapsamına giren herhangi bir kişi tarafından gerçekleştirilen her türlü veri işlenmesi faaliyetine uygulanmalıdır. Bunun istisnası ise gerçek bir kişi tarafından gerçekleştirilen yazışma ve adres kayıtlarının tutulması gibi tamamen kişisel veya evsel faaliyetler kapsamında değerlendirilecek veri işleme faaliyetleri olarak belirtilmiştir⁷⁸. Tüzük çalışmaları esnasında Komisyon tarafından Parlamento ve Konsey'e gönderilen taslak metin içerisinde bu düzenlemede bir takım değişiklikler yapılmıştır. Yapılan değişiklik uyarınca, tamamen kişisel veya evsel faaliyet kapsamında değerlendirilecek faaliyetin kazanç amacı olmaksızın yapılması ve bundan dolayı profesyonel veya ticari bir faaliyetle bağlantısı olmaması gerektiği de düzenlemeye eklenmiştir. Getirilen bu yeni ifade Lindqvist kararının ardından yapılan eleştirilerin dikkate alındığı fikrini akla getirmektedir. Nitekim, söz konusu davada Bayan Lindqvist faaliyetinin kar amacı gütmeyişini, yardım amacıyla böyle bir sayfa hazırladığını ileri sürmüştür. Taslak metinde öngörülen bu düzenlemeyle hangi faaliyetlerin tamamen kişisel veya evsel faaliyet kapsamında değerlendirileceği konusuna netlik kazandırılmak istendiği anlaşılmaktadır. Parlamento önüne gelen taslak metin, burada da bir takım değişikliklere uğramıştır. Parlamentonun ilgili paragraf üzerinde yapmış olduğu değişiklik uyarınca; "Bu tüzük, gerçek bir kişi tarafından profesyonel veya ticari bir faaliyetle bağlantısı olmayan yazışma ve adres veya özel bir satışa ait kayıtların tutulması gibi tamamen kişisel, aileyle ilişkili veya evsel faaliyetlere ilişkin kişisel verilerin işlenmesinde uygulanmayacaktır"⁷⁹. Parlamento, "aileyle ilişkili" ve "özel satışa ait" ifadelerini de metne dahil ederek istisna kapsamına girecek faaliyetleri daha spesifik hale getirmeye çalışmış, ancak Komisyon önerisinde yer alan "kazanç amacı olmaksızın" ifadesine yer vermemeyi tercih etmiştir. Konsey ise, Komisyon önerisinde yer alan metni aynen muhafaza ederek, "kişisel ve ev/hane içi faaliyeti istisnası kişisel veya ev/hane içi faaliyeti kapsamında gerçekleştirilen sosyal ağ ve çevrim içi faaliyetleri kapsar" ifadesini eklemiştir. Komisyon tarafından hazırlanan taslak metin üzerinde gerek Parlamento gerek Konsey tarafından yapılan değişiklikler sonucu ilgili düzenleme Tüzüğün başlangıç kısmı 18.

78 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995, para. 15.

79 Comparison of the Parliament and Council text on the General Data Protection Regulation, <https://edri.org/files/EP_Council_Comparison.pdf>, (4.03.2016).

paragrafında, "Bu Tüzük, bir gerçek kişi tarafından tamamen kişisel veya ev/hane içi faaliyeti ve bundan dolayı ticari veya profesyonel faaliyetle bağlantısı bulunmayan faaliyetlerde gerçekleştirilen kişisel verilerin işlenmesinde uygulanmaz. Kişisel ve ev/hane içi faaliyetleri, yazışma, adres kayıtlarının tutulması veya bu tarz faaliyetler kapsamında gerçekleştirilen sosyal ağ ve çevrim içi faaliyetleri kapsar" denilmek suretiyle kendisine yer edinmiştir. Söz konusu değişikliğin Divan kararlarında eleştirilen kısımlarda gözönüne alınmak suretiyle özellikle güncel teknolojik gelişmelere ayak uydurmak amacıyla düzenlenmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim, ilgili düzenlemenin nihai halinde profesyonel ve ticari faaliyetle bağlantılı olmama vurgusu yapılarak, bir faaliyetin tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti sayılabilmesi için para kazanma amacı olmaması gerektiği belirtilmiştir. Bir diğer dikkati çeken yenilik sosyal ağ ve çevrim içi faaliyet ifadeleridir. Nitekim, Divan kararlarına (Lindqvist ve Rynes) yönelik en çok eleştiri günümüz teknolojik koşullarında herkesin sosyal paylaşım sitelerini kullandığı ve Divan'ın her iki kararda da yapmış olduğu yorumlar nedeniyle herkesin veri koruma Direktifini ihlal etmiş sayılabileceğidir. Yapılan bu yenilik ile bu tarz endişelerin de giderilerek konunun netliğe kavuşturulması amaçlanmış görünmektedir.

Konumuzla doğrudan ilgili madde ise Direktifin 3/2-2. maddesi olup, ilgili madde uyarınca Direktif, gerçek bir kişi tarafından, kişisel verilerin tamamen kişisel veya ev içi faaliyet kapsamında işlenmesi halinde uygulanmayacaktır. Her ne kadar Direktif başlangıç kısmı 15. paragrafında bu maddeye netlik kazandırılmaya çalışılmış olsa da, her iki düzenlemenin neredeyse aynı ifadelerle yer verdiği dolayısıyla tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyetlerinin neler olduğu anlaşılmamaktadır. Komisyon tarafından hazırlanan taslak Tüzükte madde numarası 2/2-d olarak değiştirilen bu hüküm, "Tüzüğün, Gerçek bir kişi tarafından kişisel verilerin kendi özel kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti esnasında herhangi bir kazanç amacı olmaksızın işlenmesi halinde uygulanmayacağı" şeklinde önerilmiştir⁸⁰. Madde metnine getirilen "kazanç amacı olmaksızın" ifadesiyle istisnanın içeriğindeki belirsizliğin giderilmesi hedeflenmiş; hangi faaliyetlerin tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti kapsamında olduğuna netlik kazandırılmaya çalışılmıştır. Örneğin bir kişinin istemediği doğum günü hediyelerini bir e-ticaret sitesinde satması kazanç amacı içerdiğinden bu istisna kapsamında değerlendirilemeyeceği gibi, bir kişinin yardım toplamak amacıyla bir internet sayfası açması kazanç amacı olmamasına rağmen yapılan faaliyetin kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti statüsüne girmemesi

80 COM(2012) 11 Final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), m. 2/2-d.

nedeniyle bu istisna kapsamında değerlendirilemeyecektir⁸¹. Önerilen bu değişiklik istisna içeriğinin daha net anlaşılması adına olumlu ve yerinde olmakla birlikte Konsey öneriyi aynen muhafaza ederken, Parlamento bu istisnanın mantıksal olarak sınırlı sayıda kişinin erişiminin mümkün olduğu kişisel verilerin yayımlandığı durumlarda da uygulanabileceğini madde metnine eklemiştir⁸². Bilindiği üzere Divan yine Lindqvist kararında sayfaya erişimin herkese açık olması veya sınırlı sayıda kişinin sayfaya erişimine izin verilmesi ayırımına değinerek erişimin herkese açık olması halinde kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti istisnasının uygulanmayacağı yorumunda bulunmuştur. Nitekim Parlamento'nun maddeye eklediği bu ifadenin ilgili Divan yorumunun bir yansıması olduğu düşünülmektedir. Her ne kadar Parlamento böyle bir değişiklik öngörse de, Komisyon tarafından önerilen metin dahi kabul edilmeksizin Direktif m.3/2-2'de yer verilen düzenleme Tüzük metnine de aynı şekilde yansıtılmıştır. Böylece, ilgili madde hükmünde yapılan değişiklik madde numarası ile sınırlı kalıp, madde metni şöyledir: "Tüzük hükümleri, kişisel verilerin tamamen kişisel veya ev içi faaliyet kapsamında gerçek bir kişi tarafından işlenmesi halinde uygulanmayacaktır"⁸³.

Her ne kadar madde numarası dışında lafzi herhangi bir değişikliğe uğramaksızın Tüzük içerisine aktarılan "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti istisnası" Tüzüğün başlangıç kısmında yer alan 18. paragrafta getirilen değişiklik ve yenilikler nedeniyle Direktifteki halinden çok daha farklı yorumlanmaya müsait görünmektedir. Nitekim, Tüzüğün başlangıç kısmı 18. paragrafta ilgili istisnaya ilişkin hükmün nasıl yorumlanması gerektiğine dair ipuçları verilmektedir. Yapılan bu değişikliğin neden başlangıç kısmında sınırlı tutularak ilgili madde metnine yansıtılmadığı düşünüldüğünde akla yatkın ilk yorum madde metnindeki yoruma açık ifade tarzının muhafaza edilmek istendiğidir. Her ne kadar başlangıç kısmında madde metnine netlik kazandırmaya çalışılmış olsa da hangi faaliyetlerin istisna kapsamında değerlendirilebileceği orada da tek tek sayılmak yerine örneklendirme usulü tercih edilmiştir. Bu tutum bize yasa koyucunun ana hatlarıyla istisnayı belirleyip olay ve koşullara göre yorum yapılmasına imkan sağlamayı tercih ettiğini düşündürmektedir. Zira, Divan kararları neticesinde

81 Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities, Annex 2, <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf>, s. 8, (4.03.2016).

82 Comparison of the Parliament and Council text on the General Data Protection Regulation, <https://edri.org/files/EP_Council_Comparison.pdf>, (4.03.2016).

83 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC (General Data Protection Regulation), m. 2/2-d.

ortaya çıkan eleştirilere belli oranda yanıt verilerek, muğlaklık tam anlamıyla giderilmemiştir. Belirtmek gerekir ki, Direktif ile kıyaslandığında getirilen düzenleme en azından günümüz koşullarında sosyal paylaşım sitelerinde gerçek kişiler tarafından yapılan paylaşımların hangi oranda istisna kapsamında değerlendirileceği konusuna açıklık getiriyor görünmektedir. Her ne kadar tam anlamıyla beklenen değişikliği içermese de Divan'ın yapacağı yorumlarla madde metninin ne şekilde yorumlanacağı merak edilmektedir.

Sonuç

Kişisel verilerin korunması Birlik gündeminde önemi haiz konulardan bir tanesi olup, konunun önemi iki yönlüdür. Bir yandan iç pazarın işleyişi açısından önem arz eden konunun, temel hak ve özgürlüklerin korunması açısından da dikkate alınması gerekmektedir. Bu amaçla ilk olarak konu Direktif ile düzenlenmiş, çıkan uyuşmazlıklar neticesinde de ilgili hükümler Divan içtihadı ile açıklanmaya çalışılmıştır.

Direktifin kapsamı dışında tuttuğu durumlardan bir tanesi Direktif m. 3/2'de yer verilen "tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyeti" olarak kabul edilen istisna hali olup, madde metni Divan içtihadı ile açıklanmaya çalışılmıştır. Lindqvist ve Rynes kararları ile ilgili hükmü yorumlama fırsatı bulan Divan, her iki kararda da yapmış olduğu yorumlarla madde metnine açıklık getirmek yerine uygulamaya ilişkin birçok soru işaretini beraberinde getirmiştir. Her iki kararda da dikkati çeken nokta Divan'ın özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına öncelik vererek Direktifin kapsamını geniş tutmaya çalışmasıdır. Divan bu tutumunu da 95/46 sayılı Direktif m.1'de yer verilen "... başta özel hayatın gizliliği ..." ifadesine dayandırmaktadır. Her ne kadar kişisel verilerin korunması özel hayatın gizliliğinin korunması hakkıyla doğrudan ilintili olsa da her durumda özel hayatın gizliliğinin korunması hakkına öncelik vermek hakların dengelenmesini imkansız kılmakta ve kimi zaman eleştirilere de neden olmaktadır. Öte yandan günümüz teknolojisi düşünüldüğünde Divan'ın gerek Rynes gerek Lindqvist kararlarında yapmış olduğu yorumlardan anlaşıldığı üzere neredeyse her türlü faaliyet Direktif kapsamında değerlendirilecek gibi görünmektedir.

95/46 sayılı Direktifin yerini alacak olan Genel Veri Koruma Tüzüğü söz konusu istisna hükmüne yönelik ilk bakışta herhangi bir değişiklik getirmemiş gibi görünse de Tüzüğün başlangıç kısmı 18. paragrafında yapılan düzenleme ile Divan kararları neticesinde ortaya çıkan uygulamaya ilişkin soru işaretlerini belli oranda ortadan kaldıracak gibi görünmektedir. Bunun yanı sıra Direktifin amaç başlıklı 1. maddesinde yer verilen üye devletlerin kişisel verilen işlenmesi konusunda özellikle özel hayatın gizliliğini korumaları gerektiği Tüzük metnine dahil edilmemiş olup, bunun yerine Tüzüğün özellikle kişisel verilerin korunması başta olmak üzere gerçek kişilerin temel hak ve özgürlüklerini koruduğu belirtilmekle yetinilmiştir. Kanımızca,

oldukça yerinde olan bu değişikle Divan'ın gerek Lindqvist gerek Rynes kararlarında özel hayatın gizliliği ilkesine dayanarak, korunması gereken diğer hak ve özgürlüklerin göz ardı edilmesinin önüne geçmektedir. Yapılan bu değişikle kişisel verilerin korunması kapsamında karşı karşıya gelen herhangi bir temel hak ve özgürlük duruma göre yorumlanma imkanına sahip olacaktır.

Sonuç olarak, konumuzla sınırlı olmak üzere Tüzük hükümlerine bakıldığında ilk anda herhangi bir değişiklik yapılmamış görünse de gerek amaç kapsamlı 1. madde gerekse başlangıç kısmında tamamen kişisel veya ev/hane halkı faaliyetine ilişkin getirilen düzenleme kişisel verilerin korunmasına ilişkin dile getirmiş olduğumuz eleştirileri belli oranda karşılayacak gibi görünmektedir. Tüzük hükümleri uygulanmaya başladıktan sonra Divan'ın bu yenilikleri ne şekilde yorumlayacağı gerçek anlamda eleştirilerimizin karşılanıp karşılanmadığını ortaya koyacaktır.

Kaynakça

- Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 5/2009 on Online Social Networking [2009] 01189/09/EN WP 163, [3.4].
- Bessant, Claire, "The Application of Directive 95/46/EC and the Data Protection Act1998 when an individual posts photographs of other individuals online", *European Journal of Law and Technology*, C. 6, S. 2, 2015, s. 1-27.
- Biglami, Francesca, "The Case for Tolerant Constitutional Patriotism: The Right to Privacy before the European Courts", *Cornell International Law Journal*, C. 41, S. 2, Summer 2008, s. 211-249.
- Bilgin, A. Aslı, *Avrupa Birliği Hukukunun Önceliği İlkesi Kapsamında Avrupa Birliğinde Temel Hak Koruması (doktora tezi)*, Avrupa Birliği Bakanlığı Akademik Araştırmalar Serisi-3, Ankara, 2014.
- Butler, Oliver, "The Expanding Scope of the Data Protection Directive: The Exception for a Purely Personal or Household Activity", *University of Cambridge Faculty of Law Research Paper No. 54/2015*, 2015, s. 1-8.
- Cate, Fred H., "The EU Data protection Directive, Information Privacy and the Public Interest", *Iowa Law Review*, C. 80, 1994-1995, s. 431-443.
- COM(2012) 11 Final, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation),
- Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data, OJ L 281, 23.11.1995.
- European Commission, "Protection of Personal Data", <<http://ec.europa.eu/justice/data-protection/>>, (15.06.2016).

- Garcia, Flora, "Bodil Lindqvist: A Swedish Churchgoer's Violation of the European Union's Data Protection Directive Should Be a Warning to U.S. Legislators", *Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal*, C. 15, S. 4, 2005, s. 1204-1243.
- Gür, İkbal, *Kişisel Verilerin Korunması Hususunda AB ile ABD Arasında Çıkan Uyuşmazlıklar ve Çözüm Yolları*, Turhan kitabevi, Ankara, 2010.
- Hustinx, Peter, "EU Data Protection Law: The Review of Directive 95/46/EC and the Proposed General Data Protection Regulation", *The EDPS Articles*, <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Publications/Speeches/2014/14-09-15_Article_EUI_EN.pdf>, (01 Mayıs 2016), s.1-52.
- Mitchell-Rekrut, Cooper, "Search Engine Liability Under the LIBE Data Regulation Proposal: Interpreting Third Party Responsibilities as Informed by Google Spain", *Georgetown Journal of International Law*, C. 45, 2013-2014, s. 861-891.
- Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities, Annex 2, <http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf>, (4.03.2016).
- Roth, Paul, "Data Protection Meets Web 2.0: Two Ships Passing in the Night", *UNSW Law Journal*, C. 33, S. 2, 2010, s. 532-561.
- Smitis, Spiros, "From the Market to the Polis: The EU Directive on the Protection of Personal Data", *Iowa Law Review*, C. 80, 1994-1995, s. 445-466.
- Warso, Zuzanna, "There is more to it than data protection: Fundamental rights, privacy and the personal/household exemption in the digital age", *Computer Law and Security Review*, C. 29, 2013, s. 491-500.
- Wong, Rebecca ve Savirimuthu, Joseph, "All or Nothing: This is the Question? The Application of Article 3(2) Data Protection Directive 95/46/EC to the Internet", *Journal of Computer and Information Law*, C. 25, 2008, s. 241-266.
- Woods, Lorna, "Bringing Data Protection Home? The CJEU rules on data protection law and home CCTV", *EU Law Analysis*, <<http://eulawanalysis.blogspot.com.tr/2014/12/bringing-data-protection-home-cjeu.html>>, (09 Mayıs 2016).
- Van Alsenoy, Brendan, "The Evolving Role of the Individual Under EU Data Protection Law", <<http://ssrn.com/link/ICRI-RES.html>>, s. 1-35, (10 Nisan 2016).
- 24-25 Haziran 1994 Korfu Zirve Sonuç Bildirgesi için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/cor1_en.htm> , (09 Şubat 2016).
- 9-10 Aralık 1994 Essen Zirve Sonuç Bildirgesi için bkz. <http://www.europarl.europa.eu/summits/ess1_en.htm> , (09 Şubat 2016).