

Bulut Bilişim Kapsamında Ortaya Çıkabilecek Hukukî Sorunlar

M. Mürsel Başgöl, Oumout Chouseinoglou

Özet—Bulut Bilişim (BB), sağladığı hizmetler ile işletme ve bireylerin iş yapma ve bilgi paylaşma modeline yeni bir boyut getirmektedir. BB'in sağladığı fayda ve fırsatlardan dolayı, bu teknolojiye geçiş kaçınılmazdır. Fakat bu geçiş, BB hizmet sağlayıcıları ve kullanıcılar yönünden, çözümlenmesi gereken çok ciddi sorunları da beraberinde getirmektedir. Bunlar arasında, BB'in hukukî boyutu ve ortaya çıkan ve çıkabilecek hukukî sorunlar gelmektedir. Bu bildiri öncelikle, BB sözleşmelerinin yapılması aşamasında karşılaşılan hukukî sorunlar ele alınmaktadır. Daha sonra ise, BB sözleşmelerinin hukukî niteliği ve uygulanması aşamasında ortaya çıkan hukukî sorunlar incelenmektedir. Sözleşmenin sona ermesi aşamasında verilerin geri verilmesi ile ilgili ihtimaller ve BB sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağı konuları ise son bölümde tartışılmaktadır.

Anahtar Kelimeler— Bulut bilişim hukuku, Bulut bilişim sözleşmeleri, Bulut bilişim genel işlem koşulları, Yasal düzenleme ihtiyaçları

Abstract— Cloud Computing (CC) with the services that it offers brings a new dimension to the business conducting and information sharing model of businesses and individuals. Considering the advantages and opportunities that CC provides the transition to this technology is inevitable. However, this transition, with respect to CC service providers and users, brings many important complications that need to be resolved. Among these, the legal dimension of CC and the legal problems that exist and may arise in CC can be listed. This paper firstly addresses the legal issues that are encountered while forming CC contracts, followed by the legal character of CC contracts and the legal issues that arise during their execution. The paper concludes with discussions on the possibilities regarding the return of data at the termination of CC contracts and the conflict of laws.

Index Terms— Cloud computing law, Cloud computing contracts, Standardized terms of contract in cloud computing

I. GİRİŞ

BULUT bilişim (BB), ortaya yeni çıkmakta olan bir teknoloji olarak, şirketlerin ve bireylerin iş yapmasına, kaynak ve sermayelerinin korunması ve saklanması alanlarına yeni boyutlar getirmekte olup, dünya çapında ticareti ve ticarî işletmeleri tekrar şekillendirecek araçlardan biri olduğu iddia edilmektedir [1]. BB hizmetini sunan ve alan kuruluşların ölçek ekonomilerinden faydalanması ve bu sayede şirketlerin temel yetkinliklerine odaklanmalarını sağlamasından dolayı, yakın gelecekte kuruluşların büyük oranda BB'ye geçiş yapacağı öngörülmektedir [2]. Fakat bu

yeni yapı ve hizmet anlayışına geçiş, üstünde düşünülmesi ve çözümlenmesi gereken birçok konuyu beraberinde getirmektedir. Bunlardan bir tanesi de BB'in hukukî boyutudur.

BB'in kabul görmekte olan genel hizmet yapısı katmanlı bir mimari olup, bu katmanlarının tamamı *hizmet* olarak kabul edilmektedir (XaaS) ve sırası ile Hizmet olarak Yazılımlar (SaaS), Hizmet olarak Platform (PaaS) ve Hizmet olarak Altyapı (IaaS) şeklinde sıralanmaktadır [3, 4, 5]. IaaS tüm bulut hizmetlerinin temeli olup, PaaS onun, SaaS de PaaS'ın üstüne kuruludur [4]. *SaaS* birden fazla müşteriye aynı anda destek verebilecek şekilde, ortak kaynaklar, yazılımların ve altta yatan veritabanının bir gerçekleştiriminin çalışması şeklinde tanımlanmaktadır. *PaaS* hizmet yapısı ile, BB hizmet sunucuları uygulama geliştiricilere, geliştirme sürecinin yaşam döngüsü sistemlerini ve ortamlarını (geliştirme, test etme, kurulum, vb.) sunmaktadır. *IaaS* hizmet yapısı, kullanıcıların kullandıkça ödediği bir ödeme şekli sunmakta olup, hizmet alan işletmelerin kendi bilgi teknolojileri sistemlerini kurmak ve bakımını yapmak için yatırım yapma ihtiyacını ortadan kaldırmaktadır. Böylelikle, hizmet alımının başlamasından sonraki teknolojik gelişmelerin de kullanılabilmesi sağlanmaktadır.

BB hizmetleri ve hizmet yapıları, dört farklı kurulum ve dağıtım modeli ile sunulmaktadır [5]. Sadece bir organizasyon için işletilip, bir kuruluş ya da bir üçüncü şahıs tarafından yönetilmekte olan *Özel BB*, altyapının birçok organizasyon tarafından paylaşıldığı ve güvenlik gereksinimleri, kurallar, hedefler vb. ortak endişelerin özel bir topluluk tarafından desteklendiği *Topluluk BB*, kişiler veya işletmelere açık olup, bir kurum tarafından hizmet ticareti yapılmakta olan *Halk BB*, ve yukarıda bahsedilmekte olan iki veya daha fazla dağıtım alt yapısının beraber kullanılması şeklinde tanımlanan *Melez BB*.

Rimal vd'nin [4] tanımladığı üzere, BB'de *mimari gereksinimler* temel olarak; BB sağlayıcıları, BB hizmeti alan işletmeler ve BB kullanıcıları şeklinde üç ayrılmaktadır. Hizmet sağlayıcı açısından, sanallaştırılmış ve dinamik hizmetler sunabilmek için, altyapı ve hizmetleri destekleyecek nitelikte üst seviyede etkin bir hizmet altyapısına ihtiyaç duyulmaktadır. BB hizmeti alan işletmeler bedelini ödedikleri hizmetleri; hizmet kalitesi, hizmet seviyeleri, mahremiyet, uyumluluklar, veri mülkiyeti ve veri mobilitesi gibi konularla değerlendirmektedirler. Kullanıcı gereksinimleri, başarılı bir BB benimsenmesi için önemli başka bir önkoşuldur. Ayrıca, BB'in güven-temelli olması zorunlu bir özellik olarak tanımlanmaktadır. Üçüncü kişiler veya kurumlar tarafından yönetilen ve coğrafi olarak uzak sunucularda bulunan bilişim sistemlerine, çoğunlukla şirket, müşteri ve çalışan verilerinden, iş ile ilgili bil-

M. M. Başgöl, Başkent Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara, Türkiye (tel: +90 312 246 66 66; e-posta: mbaşgul@baskent.edu.tr).

O. Chouseinoglou, Başkent Üniversitesi, İstatistik ve Bilgisayar Bilimleri Bölümü, Ankara, Türkiye (e-posta: umuth@baskent.edu.tr).

yaplardan ve fikrî mülkiyet haklarından oluşan bilgi yığınlarını emanet etmek, bunlar üzerinde menfaatleri bulunanlar yönünden değişik boyutlarda kaygıların ortaya çıkmasına neden olmaktadır [4]. Bundan dolayı SaaS, PaaS ve IaaS hizmet yapıları, farklı nitelikte güvenlik önlemlerine ihtiyaç duymaktadırlar.

BB'nin hukuki boyutu ile ilgili yayınlar sınırlı sayıda olup, bu konuda mevcut olan az sayıdaki araştırmalar konu hakkında daha fazla çalışma yapılması gerektiğini açıkça ortaya koymaktadır. Subashini ve Kavitha [6], SaaS hizmet yapısında oluşabilecek veri ihlalleri ve uygulama problemlerinin yol açabileceği hukuki sorunlardan, yasal belirsizliklerin hizmet sağlayıcıların hizmet alıcılara sağladığı güvenlik boyutunun ve şeklinin tam anlaşamadığından bahsetmektedirler. Kerr ve Teng [7] ABD ve Avrupa Birliği hukukunu temel alarak, özel hukuk hükümleri kapsamında, BB sözleşmelerine uygulanabilecek sözleşmeden doğan sorumluluk ve hakları kısaca incelemekte, hizmet seviyesi anlaşmalarında açık olmayan hukukî ve ahlakî konulara değinmektedirler. Çalışmalarının sonucu olarak, sözleşme ve hizmet seviyesi anlaşmalarının tek tip olmamasından dolayı, BB hizmeti alanların, sözleşme yükümlülük zincirinde BB hizmet sağlayıcılarının ve diğer tedarikçilerin ne kadar sorumluluk üstlendikleri doğrultusunda riske maruz kaldıklarını belirtmektedirler. Yazarlara [7] göre BB hizmet sağlayıcıları, sözleşme ve hizmet seviyesi anlaşmalarında üstün konumda oldukları için, büyük işletmeler gibi pazarlık gücü olmayan KOBİ'lerin yapılacak sözleşmelerde dezavantajlı konumda olacaklarını iddia etmektedirler. İsviçre Mühendislik Bilimleri Akademisi tarafından yayınlanmış olan 2012 tarihli raporda [8], İsviçre kanunları çerçevesinde BB incelenmekte, BB sözleşmeleri ile ilgili hukukî konuların sistematik bir şekilde, hizmet yapısına, dağıtım modeline ve emanet edilmiş bilginin nitelikleri gibi noktalara odaklanan özelleştirilmiş bir bakış açısı ile ele alınması gerektiği belirtilmektedir. Yazarlar [8] yapılan sözleşmelerin "müzakereye kapalı yığın standart şartlar" olduğunu, ancak belli bir işlem hacminin üstünde olan sözleşmelerde hizmet alanların özelleştirilmiş maddeler isteyebildiklerinden bahsedip, yasal düzenlemelerin BB hizmet alıcılarını koruyacak nitelikte olması gerektiğine değinmektedirler. Bu çalışmalar haricinde Avustralya hükümeti Bilgi Yönetim Ofisi'nin 2013 yılında yayımlanmış olduğu raporda [9], BB ile ilgili hukuki konular bilginin saklanması ve mahremiyeti, yasal yükümlülükler, performans yönetimi, sözleşmenin sonlandırılması ve ihtilaf çözümü ana başlıkları altında incelenmekte, taraflar arasında yapılacak olan sözleşmelerin önemine özellikle değinilmektedir.

Bu çalışmada, hizmet sağlayıcılar ile kullanıcılar arasındaki hukukî ilişki, konularına göre değerlendirilmektedir. Bu yaklaşımda, faaliyetin kapsamının çoğunlukla bir ülke ile sınırlı olmaması, daha doğru bir ifade ile faaliyet alanı sınırlarının coğrafi yönden tam olarak tanımlanamaması etkili olmuştur. Bu durumda taraflar arasındaki sözleşmeye uygulanacak hukukun belirlenmesi önem taşımaktadır. Öte yandan taraflar arasındaki sözleşmenin hukukî niteliğinin belirlenmesi, klasik sözleşme tiplerinin unsurlarına tam olarak uymadığı için, sorun yaratabilmektedir. Farklı BB hizmet yapıları göz önünde tutulduğunda ise, birden çok sözleşmenin veya birden çok

sözleşme tipine ait özelliklerin, taraflar arasında var olduğu gözlemlenmektedir.

BB ilişkisi, taraflar arasında yapılan bir sözleşmeye dayanır. Her sözleşmede olduğu gibi, BB sözleşmeleri de geçerlilik şartları yerine getirilerek kurulmalıdır. BB yapısı gereği belirli bir süre için varlığını sürdürür ve genellikle sürekli borç ilişkisi niteliğindedir. Bu yüzden tarafların sözleşmeden kaynaklanan somut borçları dışında, hukuk anlamında "iyiniyetli" olmaları, dürüstlük kuralına uygun davranmaları yasal bir yükümlülüktür, bu yükümlülük özellikle sözleşme ile açıkça düzenlenmeyen konularda önem taşımaktadır. Yine, sözleşmenin sona ermesinde tarafların durumu, özellikle saklanan verilerin iadesi borcunda olduğu gibi, maddi mallardan tamamen farklı bir yapı göstermektedir. 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren Türk Borçlar Kanunu (TBK) [10] ve Türk Ticaret Kanunu (TTK) [11], BB sözleşmelerine de uygulanabilecek önemli kurallara yer vermiştir.

Bildirinin ikinci bölümünde, BB sözleşmelerinin yapılması aşamasında karşılaşılan hukukî sorunlar ele alınmakta ve temel özellikleri ile incelenmektedir. Üçüncü bölümde BB sözleşmelerinin hukukî niteliği ve uygulanması aşamasında ortaya çıkan hukukî sorunlara, dördüncü bölümde ise sözleşmenin sona ermesi aşamasındaki sorunlara değinilmektedir. Beşinci bölümde BB sözleşmelerine hangi hukukun uygulanacağı konusu tartışılmaktadır. Son bölümde çalışmada varılmış olan sonuçlar bir bütün olarak değerlendirilmektedir.

II. BB SÖZLEŞMESİNİN YAPILMASI AŞAMASINDAKİ HUKUKİ SORUNLAR

Sözleşme özgürlüğü ilkesi uyarınca, sözleşmenin içeriğini ve süresini taraflar istedikleri gibi belirleyebilirler. Şekil yönünden ise, ancak Kanunda öngörülen şekle uyulmamasının yaptırımı "kesin hükümsüzlük"tür (TBK.m.12) [10]. BB sözleşmesi ise kanunla özel olarak düzenlenmemiştir, teknolojik olarak "katmanlardan oluşan bir hizmet yapısı" özelliği göstermesine karşılık, salt "hizmet sözleşmesi" olarak da nitelendirilemez. Birden çok sözleşmenin unsurlarını taşıyan, kendine özgü yapısı olan bir hukukî ilişki olduğu ifade edilebilir. Yazılı olarak yapılan sözleşmede imza öncelikle el yazısı ile atılan imzadır, yani "ıslak imza"dır. Öte yandan, "güvenli elektronik imza", el yazısı ile atılmış imzanın bütün hukukî sonuçlarını doğurur (TBK.m.15) [10] (EİK) [12]. Bir sözleşmenin geçerli olarak kurulması yanında, sözleşmeden kaynaklanan bir hakkın ispat edilmesi de büyük önem taşır. Bu yüzden, yasal zorunluluk olmasa bile, BB sözleşmesinin yazılı olarak yapılması, basiretli bir davranıştır ve kanaatimizce özen yükümlülüğünün yerine getirilmiş sayılabilmesi açısından önemlidir [13]. Sözleşmenin yazılı olarak yapılması şartıyla, sözleşme ile ilgili belgeler elektronik ortamda saklanabilir. Elektronik ortamdaki veriler Hukuk Muhakemeleri Kanunu (HMK) anlamında "Belge"dir. Her belge "senet" niteliğinde olmamakla birlikte, hakların ispatı yönünden önem taşımaktadır [13, 14].

Ancak özellikle BB sözleşmelerinde, başlangıçtaki çerçeve anlaşma dışında kalan çok sayıda sözleşmenin elektronik ortamda, sadece "kabul et (accept)" tuşuna tıklayarak yapıldığı bir gerçektir. İşte bu noktada, yeni

yasalar açısından iki temel sorun ortaya çıkmaktadır:

- Çoğunlukla hizmet sağlayıcının önceden hazırladığı, tıklama aşamasında fiilen okunup anlaşılma imkânı bulunmayan metinler, çerçeve sözleşmenin bir parçasını oluştururlar mı?
- İlk soruya “evet” denebilirse, bu metinlerde yazan şartlar, karşılıklı olarak görüşülüp kabul edilmeden, mutlak olarak kullanıcıları bağlar mı?

Yeni kanunlarda “genel işlem koşulları” olarak nitelendirilen sözleşme hükümleri ile ilgili olarak özel denetim kuralları getirilmiştir [15, 16, 17]. Denetim süzgecinden geçemeyen hükümler “yazılmamış” sayılır (TBK.m.21) [10]. BB sözleşmesinin niteliğine yabancı şartlara aynı yaptırım uygulanır. Ayrıca, bu tür sözleşme şartları, düzenleyenin (hizmet sağlayıcının) aleyhine, kullanıcıların lehine yorumlanır. Türk hukuku yönünden, bu kuralların, her iki tarafı tacir olan sözleşmelerde de uygulanacağı kabul edilmektedir. Hatta ticaret hukukunda, dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanılması, haksız rekabet halleri arasında sayılmıştır (TTK.m.55) [11].

BB işlemlerinde çok sayıda, “model sözleşme” adı altında önceden hazırlanmış işlem şartları kullanılmaktadır. Örnek olarak “Office 365” uygulamasında, bu hükümler firmanın internet sitesinde önceden ilan edilmektedir. Her ülkenin dilinde sözleşmeler bulunmaktadır, ancak ayrıntılara ulaşılmak istendiğinde çoğunlukla bu durum değişmekte, farklı dilde ve farklı ülke hukukuna göre hazırlanmış (İngilizce, ABD hukuku) metinlere ulaşılmaktadır. Model sözleşmeler daha sonra, fiilen tek taraflı olarak değiştirilebilmektedir. Buna örnek olarak da, Microsoft hizmet sağlayıcısının 2011 yılı sonunda, sözleşme şartlarını yenilediğine, şartları Avrupa Birliği normlarına uygun duruma getirdiğine ilişkin duyurusu gösterilebilir. Ancak önemle belirtmelidir ki, sadece duyuru ile, yeni sözleşme imzalanmadan, bu şartlar sözleşme içeriğine girmiş olmaz. Ancak, kullanıcının hizmet sağlanması talebi karşısında, kabul ettiğine ilişkin bir kutucuğu tıklaması istenerek amaca ulaşırsa, bunun geçerliliği tartışılmalı olacak, hizmetten yararlanan aleyhindeki değişikliklerin “yazılmamış” sayılması gerektiği, yani sözleşme içeriği kapsamında olmadığı ileri sürebilecektir.

Avrupa Birliği BB stratejisinde “Güvenli ve adil sözleşme şartları” hazırlanması öngörülmektedir [18]. Bu strateji kapsamında, genel işlem şartlarının BB sözleşmesinde kullanılmasına karşı çıkılmamakta, ancak bu şartların belirli içerikte olması ve taraflar arasındaki menfaat dengesini gerçekleştirebilmesinin sağlanması amaçlanmaktadır. Bu kapsamda özellikle şu hususların düzenlenmesi öngörülmüştür [18]:

- Sözleşmenin sona ermesi aşamasında verilerin korunması,
- Verilerin gizliliği ve bütünlüğü,
- Veri yeri ve transferi,
- Veri mülkiyeti
- BB sağlayıcısı ve alt hizmet sağlayıcılar arasında doğrudan doğruya ve dolaylı sorumluluk ilişkisinin belirlenmesi.

III. BB SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ VE UYGULANMASI AŞAMASINDA ORTAYA ÇIKAN HUKUKİ SORUNLAR

BB sözleşmesinin konusu çoğunlukla, sadece verilerin saklanabileceği ve istenildiğinde ulaşılabilecek elektronik bir ortam sağlamakla sınırlı kalmamaktadır. Bu durumda öncelikle, uygulanacak kurallar yönünden sözleşmenin niteliğinin belirlenmesi önem taşımaktadır.

BB sözleşmesi, borçlar hukuku açısından, taraflarını “hizmet sağlayıcı” ve “kullanıcı”nın oluşturduğu bir hukukî ilişkidir. Uluslararası alanda faaliyet gösteren hizmet sağlayıcılara örnek olarak “Apple”, “iWork”, “Google”, “Microsoft”, “Salesforce”, “Amazon” ve “Zoho” gösterilebilir. Sözleşmenin konusunu oluşturan işgörmeye edimi, sanallaştırılmış verilerin işlenmeye hazır olarak saklanması faaliyetine dayanmaktadır. Verilerin tevdi edildiği yer kesin olarak belirlenemez veya ifade edilmez, tam olarak bilinmesi veri güvenliği açısından doğru da değildir; bu yüzden soyut bir kavram olarak “bulut” (cloud) terimi ile ifade edilmiştir. “Bulut” terimi, sözleşmenin uygulama alanı olarak coğrafi sınırların önemini (fiilen) kalmadığını da ifade etmektedir. Aslında, verileri saklamaya ve işlemeye uygun, donanımın ön planda olduğu bir altyapı, vazgeçilmez bir unsur niteliğindedir. Ancak verilerin dinamik olarak dağıtıldığı mantıksal bir yapının varlığı nedeniyle, sözleşmenin tarafları, verilerin hangi cihazda saklandığını ve işlendiğini tam olarak bilemezler. Bu yüzden kullanıcının borcu olan ve kural olarak düzenli aralıklarla ödenen “ücret” bir cihazın kira bedelinden çok, hizmet sağlayıcının işgörmeye ediminin karşılığını oluşturmaktadır.

“Genel saklama sözleşmesi” bir taşınırın güvenli bir yerde korunmasının üstlenildiği sözleşmedir (TBK m.561) [10]. Taşınır kavramı, saklanan verileri kapsayacak şekilde yorumlansa bile, tek başına BB sözleşmesinin özelliklerini karşılayamayacaktır. Çünkü BB kapsamında donanım, yazılım, bakım ve çeşitli hizmetleri kapsayan edimler topluluğu bulunmaktadır. Bu konuda Alman hukukunda bir olayda [19] “kira sözleşmesi” hükümlerinin uygulanması gerektiği yönünde karar verilmiştir. Eser (yapıt) ve vekâlet sözleşmeleri de BB kapsamı içerisinde yer alabilir, genellikle işgörmeye sözleşmelerine ait unsurların ağırlıkta olduğu ifade edilebilir. Bu durumda, birden fazla sözleşmenin veya birden fazla sözleşmeye ait unsurların BB ilişkisinde tarafların iradesi ile bir araya getirilmesi söz konusu olacaktır. Böylece, “birleşik” veya “karma” sözleşme niteliğindeki hukukî ilişkilere özgü, kolay olmayan çözüm yolları aranacaktır [20]. Örnek olarak, işgörenin “özen ve sadakat borcu”nun kapsamı ve ağırlığı; sözleşmenin hizmet, eser veya genel vekâlet sözleşmesi hükümlerinin uygulanması ihtimallerinde farklı olacaktır. Yine BB sözleşmelerinde çok sayıda bulunan ve hizmet sağlayıcının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran “sorumluluk anlaşmaları” yeni kurallar karşısında geçersiz (hükümsüz) sayılabilecektir (TBK m.115, m.116) [10].

Genel saklama sözleşmesine ilişkin klasik hukuk ilkelerinin, bilişim ortamında da uygulanabilecek evrensel kurallar olduğu, yaklaşık bir asır önce yazılmış bir eserde görülebilir: “Emanet sözleşmesinin konusu, emanet alan tarafından korumanın üstlenilmesidir. Koruma, sadece fiilen elde tutmadan daha fazlasını ifade eder. Koruma, diğer sözleşmelerle de birleşmiş olabilir. Koruma için ödevin

içeriği, her şeyden önce anlaşmaya göre belirlenir. Güven işi olmasının niteliğinden bir sır saklama ödevi doğabilir” [21]. BB sözleşmesinde yer alan, verilerin saklanması ile bağlantılı işgörmeye borcu ile ilgili sonuçlar alt başlıklarla incelenmiştir:

A. Haksız Rekabet Hukuku

Haksız rekabet hükümlerinin amacı bütün katılanların menfaatine, dürüst ve bozulmamış rekabetin sağlanmasıdır. Özellikle rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamalar haksız ve hukuka aykırıdır (TTK.m.54) [11].

Bu kapsamda, BB hizmeti sağlayan yönünden, “kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi iş ürünlerinden yetkisiz yararlanmak”, sözleşme kapsamındaki sorumluluğunun dışında, ayrı ve ağır bir sorumluluk doğurmaktadır (TTK. m.55) [11].

B. Kişisel Verilerin Korunması, Veri Güvenliği ve Şeffaflık

BB sözleşmesi kapsamında saklanılan verilerin güvenliği konusu, bu alandaki temel sorunlardan birisidir. Veri güvenliği; taraflar arasındaki sözleşme hükümleri dışında, özellikle kişisel verilerin korunmasına ilişkin hukukî düzenlemelerle de sağlanmaya çalışılmaktadır [22]. Ancak, özellikle verilerin saklandığı yer ve devletlerin ulusal güvenlik kaygıları göz önüne alındığında, mutlak bir korumanın bulunduğunu söylemek mümkün değildir. Bu noktada ise, hizmet sağlayıcıların ve alt hizmet sağlayıcıların birlikte sorumlulukları da söz konusu olacaktır.

Avrupa Birliği’nde bu konudaki temel düzenleme, gerçek kişilerin korunmasına yönelik olarak kişisel verilerin işlenmesi konusunda 1995 yılında çıkarılmış olan direktiftir [23]. Avrupa Komisyonu, 2012’de Avrupa’da BB potansiyelinin kullanılmasına yönelik bir strateji kabul etmiş ve ilkeleri belirlemiştir [24]. Ancak AB yönünden güncel sorunlardan birisi, özellikle ABD kaynaklı BB hizmet sağlayıcılar bünyesindeki verilere, ABD makamlarının ulaşabilmesi imkânıdır. AB düzenlemesine göre, üye ülkelerde yapılan BB sözleşmelerinde, sadece fiziksel olarak topluluk sınırları içerisinde bulunan teknik altyapı kullanılabilir, sınır aşan veri trafiği konusunda özel hükümler ve izin süreci öngörülmüştür. Bu konuda temel ölçüt, üçüncü ülkenin öngörülen teknik düzeye ulaşmış olmasıdır, sertifika tek başına yeterli değildir. Örneğin, BB hizmet sağlayıcısının ABD “Safe Harbor” sertifikasına [25] sahip olması tek başına sınır aşan veri trafiğini içeren sözleşmeleri yapabilmesi için yeterli olmayıp, ek denetim de gereklidir [26]. Ancak özellikle ABD açısından, belirli şartların varlığı halinde BB’de bulunan verileri izleyebilme imkânını tanıyan “Patriot Act” göz önünde tutulmalıdır [27]. “Patriot Act” uygulaması nedeniyle, merkezi ABD’de bulunan hiçbir hizmet sağlayıcısının, BB ortamındaki verilerin ulusal güvenlik kurumlarının denetimine tâbi olmayacağı garantisini veremeyeceği ifade edilmiştir [28]. 2013 Haziran ayında ortaya çıkan NSA gözetim programlarının varlığı, bu görüşün doğruluğunu ortaya koymuş, sektör bu nedenle önemli ekonomik zarara uğramıştır. Bu konu, Alman Parlamentosunda, 31.01.2013 tarihli soru önergesi ile açıklıkla ortaya konulmuş ve yedi

sayfa tutan ayrıntılı sorularla problemin ulaştığı boyut sergilenmiş, ancak doyurucu cevaplar verilememiştir [29].

Hizmet sağlayıcıların, kullanıcılara şeffaflık yönünden maddi ve hukuki güvenlik sistemleri ile ilgili olarak ayrıntılı bilgi vermeleri gereklidir, soyut nitelikteki güvence yeterli değildir. Bu konuda kullanıcılara tanınacak denetim hakkının fiilen uygulanabilmesi ise çok zordur.

Türkiye’de 2008 yılında TBMM’ne sunulan ve Avrupa Birliği düzenlemelerinden esinlenen “*Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun Tasarısı*” bugüne kadar kanunlaşmamıştır. Yine 2008 yılında TBMM’ne sunulan “*Ticari Sır, Banka Sırrı ve Müşteri Sırrı Hakkındaki Kanun Tasarısı*” kanunlaşmayı beklemektedir. 2010 yılında TBMM’ne sunulan “*Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısı*” ise Genel Kurul gündemindedir, Tasarının 10. Maddesi ile “*Kişisel verilerin korunmasını*” aşağıda verildiği üzere kapsamlı bir şekilde düzenlenmektedir:

“Hizmet sağlayıcı;

a) Bu Kanun çerçevesinde yapmış olduğu işlemler nedeniyle elde ettiği kişisel verilerin saklanmasından ve güvenliğinden sorumludur.

b) Kişisel verileri ilgili kişinin onayı olmaksızın üçüncü kişilere iletmez ve başka amaçlarla kullanamaz”

Kişisel sağlık verileri ile ilgili olarak, “*Genel Sağlık Sigortası Verilerinin Güvenliği ve Paylaşımına İlişkin Yönetmelik*” 11.07.2012 tarihli Resmî Gazete’de yayımlanmıştır.

C. BB Sözleşmesinde Riziko Yönetimi ve Sorumluluk

Sistemin çökmesi veya performans kayıpları, sistemin yavaşlaması, erişilebilirlik, kalıcı nitelikteki veri kayıpları, verilerin değiştirilmesi, silinmesi veya çalınması; BB ortamında ortaya çıkabilecek risklerdir. Özel bir yasal düzenleme bulunmadığından, bu hususların sözleşme ile düzenlenmesinde yarar hatta zorunluluk bulunduğu ifade edilebilir. Riziko yönetiminde, maruz kalınabilecek tehlikeler için sigorta sözleşmesi yapılmasının önemli bir yeri vardır, sorumluluk sigortaları konusunda yeni Ticaret Kanunu’nda özel düzenlemeler getirilmiştir (TTK. m.1472 vd.) [11].

Riziko yönetimi ile ilgili olarak, hizmet sağlayıcısının sorumluluğunu sınırlandıran veya tamamen kaldıran sözleşme şartları çoğunluktadır. Ancak belirtilmelidir ki, yeni kurallar karşısında hizmet sağlayıcısının veya onun alt hizmet sağlayıcılarının fiillerinden doğan ve kusura dayanan sorumluluğu kaldıran hükümler ilke olarak geçersiz olacaktır (TBK. m.115, m.116) [10]. Örnek olarak, sistemin “hafif kusur” niteliğindeki bir davranış nedeniyle çökmesi halinde, hizmet sağlayıcısının sorumlu olmayacağına ilişkin şart geçerli olmayacaktır.

D. Şirketler Hukuku Yönünden Ortaya Çıkabilecek Hukukî Sorunlar

TTK, anonim şirket ve limited şirket yöneticileri yönünden “özen ve bağlılık yükümlülüğü” getirmiştir. Yöneticiler, görevlerini tedbirli bir yöneticinin özeniyle yerine getirmekle ve şirketin menfaatlerini dürüstlük kuralına uyarak gözetmekle yükümlüdürler (TTK. m.369, m.626) [11]. Bu özenin ölçüsü, tedbirli bir yöneticinin

göstermesi gereken özendir. Tedbirli yönetici ölçüsü, yönetim kurulu üyelerinin kurumsal yönetim ilkeleri kapsamında “işadamı kararı” niteliğinde karar alabilmeleri imkânını tanır. Buna göre, belirli bir konuda karar alınmadan önce, konunun uzmanlarının birikimlerinden yararlanılmış, yeterince araştırma ve değerlendirme yapılmışsa; alınan kararın şirket için belirli riskler taşıması halinde bile, özen yükümlülüğü ihlâl edilmiş sayılmayacaktır. Ancak bunun için kişisel ve yabancı menfaatler ön planda tutulmamalı, şirketin menfaatinin gözetilmesi asıl olmalıdır [30].

Bu durumda, şirket sırlarını içeren verilerin, çoğunlukla başka ülkelerde bulunması, özensiz ve şirket menfaatlerine aykırı bir davranış sayılabilecek midir? Şirketin işletme konusuna uygun olarak aynı anda farklı yerlerde faaliyetini sürdürmesi ihtiyacı karşısında, hızlı ve şirket verilerine ulaşılarak karar alma ihtiyacının karşılanması amacıyla BB sözleşmesi yapılmış olması, işadamı kararı kapsamında değerlendirilebilir. Böylelikle şirket, yüksek maliyetli donanım, yazılım ve güncelleme gerektiren bir alanda kendi çözümlerini aramaktan kurtulabilecektir. Bu noktada işaret edilmesi gereken bir husus da, TTK’nun 361. maddesinde [11] yer verilen, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluklarının sigortalanması hükmünün hayata geçirilmesinin, yöneticiler için basiretli bir davranış olacağı olgusudur.

Yeni TTK *anonim şirketlerin denetimi* konusunda da yeni bir sistem getirmiş, dış denetim ilkesini benimsemiştir. TTK’nun 401. maddesi [11] hükmüne göre; “Denetçi, yönetim kurulundan, kanuna uygun ve özenli bir denetim için gerekli olan bütün bilgilerin kendisine verilmesini ve dayanak oluşturabilecek belgeleri sunmasını ister”. Bu durumda denetçilere, BB kapsamındaki “denetim için gerekli olan” verilere ulaşabilme yetkisinin verilmesi gerekecektir. Sadece yönetim kurulunun verdiği bilgi ve belgelerle yetinmek doğru olmayacaktır. Ama bu yetki, denetim dışındaki hususları kapsamayacaktır. Bu sınırın belirlenmesi büyük bir önem taşımaktadır.

IV. BB SÖZLEŞMESİNİN SONA ERME AŞAMASINDAKİ HUKUKİ SORUNLAR

BB kullanıcısı, çeşitli nedenlerle sözleşmeyi sona erdirmek isteyebilir: Kendisi daha güvenilir ve daha hızlı bir veri saklama ve işleme altyapısı kurabilir veya daha güçlü ve daha uygun şartlarla hizmet sunan bir hizmet sağlayıcı ile sözleşme yapmak isteyebilir.

Borçlar hukukunda *saklananın geri verilmesi* genel olarak düzenlenmiştir; sözleşmede süre belirlenmişse bu sürenin sonunda, sözleşmede bir süre belirlenmemiş olsa bile kullanıcının talebi üzerine, verilerin geri verilmesini istenebilir (TBK. m.564) [10]. BB sözleşmelerinde “geri verme” özel bir önem taşımaktadır; verilerin iadesi yanı sıra saklanan verilerin, sözleşmenin sona ermesinden sonra silinmesi de teminat altına alınmalıdır. Avrupa Birliği BB stratejisinde de [18], adil ve güvenli sözleşme şartları kapsamında, sözleşmenin sona ermesi aşamasında verilerin korunmasına özel bir önem verilmiştir. Özellikle ortak kaynakların, yazılımların ve veritabanının da hizmet edimi kapsamında olduğu SaaS yapısında, verilerin iadesinden sonra, yazılım desteği de sona ereceğinden; hizmet kullanıcısının kendi verilerini kullanamama, bilşim

ortamında görüntülememe, işleyememe rizikosunu ortaya çıkacaktır. BB sözleşmesi yapılırken, sözleşmenin bitiminde mevcut verilerin en azından görüntülenebilmesi, yeni dosyalar oluşturulmasa bile, bunların değiştirilebilmesi imkânını sağlayacak şartların sözleşmeye konulmasının sağlanması, kanaatimizce işletme açısından ihmal edilmemesi gereken bir husustur. Öte yandan, verilerin sözleşme süresinin bitmesinden sonra başka bir hizmet sağlayıcı platformunda saklanabilecek ve işlenebilecek formatta teslim edilmesine ilişkin düzenlemeler de sözleşmenin kurulması aşamasında yapılmalıdır.

V. BB SÖZLEŞMELERİNE UYGULANACAK HUKUK

Yabancılık unsuru taşıyan özel hukuka ilişkin işlemlere uygulanacak hukuk, 5718 sayılı “Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun” [31] ile düzenlenmiştir. Bu Kanun’un 24. maddesi uyarınca, sözleşmeden doğan borç ilişkileri tarafların açık olarak seçtikleri hukuka tâbidir, hukuk seçimi taraflarca her zaman yapılabilir; yeter ki kamu düzenine aykırı olmasın.

BB sözleşmelerinde, özellikle verilerin saklandığı yer unsuru, kendine özgü bir yapıdadır. Farklı coğrafi bölgelerde bulunan kişilerin verilere her zaman ulaşabilmesi gerekli olduğundan, birden fazla yer, yabancı unsur olarak ortaya çıkabilir. Örnek olarak, “Office 365” uygulamasında, Ortadoğu’da bulunan kullanıcılara ilişkin veri merkezlerinin, öncelikli olarak Hollanda ve İrlanda olduğu belirtilmektedir, yedekleme veri merkezi ise çoğunlukla ABD’de bulunmaktadır. Somut bir olayda, zarar gören verinin % 20’sinin Fransa’da, % 30’unun Arjantin’de ve % 50’sinin ise Yunanistan’da saklandığı ortaya çıkmıştır [22]. Görüldüğü gibi, BB ilişkilerin, yer yönünden somut bir bağlama noktasından bağımsız olması, bir başka ifade ile veri bulutlarının sınıraşan biçimde hareket etmesi karşısında, kanunlar ihtilâfi sorunları ortaya çıkmaktadır. BB sözleşmesinden kaynaklanan bir uyuşmazlığın, hangi devlet kuralları uygulanarak çözülmesi gerektiğinin belirlenmesi güçleşecektir. Bu yüzden sözleşme ile uygulanacak hukukun kararlaştırılması önem taşımaktadır.

“Bulut” ortamında verilerin özellikle hizmet sağlayıcı dışındaki kişilerin filleri ile zarar görmesi veya yok olması halinde ise, uygulanacak haksız fiil hukukunun tespiti gerekmektedir. 5718 sayılı Kanun’un 34. maddesi uyarınca [31], haksız fiilden doğan borçlar haksız fiilin işlendiği ülke hukukuna tâbidir. Haksız fiilin işlendiği yer ile zararın meydana geldiği yerin farklı ülkeler olması durumunda, zararın meydana geldiği ülke hukuku uygulanır. Kanunda, belirtilen objektif bağlama kuralının katılığını giderecek bir istisna hükmüne (escape clause) de yer verilmiştir [32, 22]. Buna göre, haksız fiilden doğan borç ilişkisinin başka bir ülke ile daha sıkı ilişkili olması halinde bu ülke hukuku uygulanacaktır. Öte yandan taraflar, haksız fiilin meydana gelmesinden sonra, uygulanacak hukuku açık olarak seçebilme imkânına da sahiptirler.

VI. SONUÇ

Bu çalışmada, BB sözleşmesi kapsamında ortaya çıkabilecek hukukî sorunlar, ana başlıklar halinde ve ancak temel çözümler üretilmeye çalışılarak incelenebilmiş ve aşağıdaki sonuçlara ulaşılmıştır:

- 1-BB'in hukukî boyutu konusundaki çalışmalar yetersizdir ve geliştirilmesi gerekmektedir.
- 2-BB sözleşmeleri "model sözleşme" olarak yapılmaktadır. Bunun yasadaki karşılığı "genel işlem koşulları"dır, kısa süre önce yürürlüğe giren kurallarla önemli düzenlemeler getirilmiştir. Bu kapsamda, özellikle hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını kaldıran veya sınırlandıran şartların geçersiz sayılması söz konusu olacaktır.
- 3-BB sözleşmeleri, tek tip değildir, bu yüzden çok sayıda sözleşmeye özgü unsurları içermektedir (Saklama, hizmet, kira, eser, vekâlet, vb.). Hâkim olan sözleşme türüne göre, tarafların hak ve yükümlülükleri, bu arada "sadakat ve özen borcu"ndan doğan sorumluluklarının kapsamı değişecektir.
- 4-Kişisel verilerin korunması ve veri güvenliği, BB sözleşmesinin temelini oluşturmaktadır. Bu konuda gerek uluslararası alanda gerekse iç hukukta düzenleme boşlukları vardır. Öte yandan, var olan kuralların uygulanması ve yorumlanması da, hizmet sağlayıcıların sorumluluklarını artırıcı sonuçlar doğurmaktadır.
- 5-BB sözleşmesinin sona ermesi aşamasında, BB ortamındaki verilerin daha sonra da kullanılabilir formatta geri verilmesinin sağlanması, büyük önem taşımaktadır.
- 6-BB sözleşmesi kapsamındaki verilerin saklandığı yerin, bilişim teknolojisinin gereği olarak, somut ve tek bir nokta olarak belirlenememesi karşısında, uyumsuzluk halinde uygulanacak devlet hukukunun, sözleşmenin kurulması aşamasında geçerli olacak biçimde, taraflarca belirlenmesi büyük önem taşımaktadır.

KAYNAKLAR

- [1] J. Bughin, M. Chui ve J. Manyika, "Clouds, big data, and smart assets: Ten tech-enabled business trends to watch," *McKinsey Quarterly*, cilt 56, sayı 1, s. 75-86, 2010.
- [2] M. Armburst, A. Fox, R. Griffith, A. D. Joseph, R. Katz, A. Konwinski, L. Gunho, D. A. Patterson, A. Rabkin, I. Stoica ve M. Zaharia, "A view of cloud computing," *Communications of the ACM*, cilt 53, sayı 4, s. 50-58, 2010.
- [3] X. Xu, "From cloud computing to cloud manufacturing," *Robotics and computer-integrated manufacturing*, cilt 28, sayı 1, s. 75-86, 2012.
- [4] B. P. Rimal, A. Jukan, D. Katsaros ve Y. Goeleven, "Architectural requirements for cloud computing systems: an enterprise cloud approach," *Journal of Grid Computing*, cilt 9, sayı 1, s. 3-26, 2011.
- [5] F. Liu, J. Tong, J. Mao, R. Bohn, J. Messina, L. Badger ve D. Leaf, "NIST cloud computing reference architecture," *NIST special publication*, cilt 500, sayı 292, 2011.
- [6] S. Subashini ve V. Kavitha, "A survey on security issues in service delivery models of cloud computing," *Journal of Network and Computer Applications*, cilt 34, sayı 1, s. 1-11, 2011.
- [7] J. Kerr ve K. Teng, "Cloud computing: legal and privacy issues," *Proceedings of the Academy of Business Disciplines Conference*, 2010.
- [8] O. Brian vd., "Cloud Computing - White Paper," Swiss Academy of Engineering Sciences, Zürich, 2012.
- [9] "Negotiating the cloud- legal issues in cloud computing agreements," Australian Government - Information Management Office, 2013.
- [10] "Türk Borçlar Kanunu," 11 Ocak 2011. Çevrimiçi: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6098.pdf>.
- [11] "Türk Ticaret Kanunu," 13 Ocak 2011. Çevrimiçi: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6102.pdf>.
- [12] "Elektronik İmza Kanunu," 23 Ocak 2004. Çevrimiçi: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5070.pdf>.
- [13] E. Yılmaz, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara, 2012.
- [14] "Hukuk Muhakemeleri Kanunu," 4 Şubat 2011. Çevrimiçi: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.6100.pdf>.
- [15] F. Eren, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), Ankara, 2012, s. 215-223.
- [16] G. Antalya, Borçlar Hukuku (Genel Hükümler), İstanbul, 2012, s. 285-343.
- [17] Y. Atamer, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999.
- [18] "European Cloud Computing Strategy," Çevrimiçi: <https://ec.europa.eu/digital-agenda/>. 14.7.2013 tarihinde erişilmiştir.
- [19] "Der Bundesgerichtshof, XII ZR 120/04," 15 11 2006. Çevrimiçi: http://www.bundesgerichtshof.de/EN/Home/home_node.html.
- [20] C. Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri (Özel Hükümler), İstanbul, 2012, s. 11-13.
- [21] H. Becker, İsviçre Borçlar Kanunu Şerhi, Bern, 1934.
- [22] A. Leupold ve S. Glosner, IT-Recht, Münchener Anwalts Handbuch, 2. dü., München, 2011, s. 97.
- [23] "Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data," Official Journal L 281, 23/11/1995.
- [24] "Unleashing the Potential of Cloud Computing in Europe, Text with EEA relevance SWD-2012-271 Final," 2012.
- [25] "Main Safe Harbor Page," Çevrimiçi: <http://www.export.gov/safeharbor/>. 15.7.2013 tarihinde erişilmiştir.
- [26] M. Borgmann, T. Hahn, M. Herfert, T. Kunz, M. Richter, U. Viebeg ve S. Vowe, On the Security of Cloud Storage Services, Darmstadt: Fraunhofer Institute for Secure, 2012.
- [27] J. Billings, "European protectionism in cloud computing: addressing concerns over the Patriot Act," *CommLaw*, cilt 21, s. 211, 2012.
- [28] Z. Wittaker, "Microsoft admits Patriot Act can access EU-based cloud data," 28 6 2011. Çevrimiçi: <http://www.zdnet.com/blog/igeneration/microsoft-admits-patriot-act-can-access-eu-based-cloud-data/11225>. 1.7.2013 tarihinde erişilmiştir.
- [29] "Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 17/12259 Sicherheit, Datenschutz und Überwachung von Cloud-Daten," 2013.
- [30] F. Bilgili ve E. Demirkapı, Şirketler Hukuku, Bursa, 2013.
- [31] "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun," 12 Aralık 2007. Çevrimiçi: <http://www.mevzuat.gov.tr/MevzuatMetin/1.5.5718.pdf>.
- [32] F. B. Tanrıbilir, "Akit dışı Borçlara Uygulanacak Hukuka İlişkin Tüzükte (Roma II) Ürün Sorumluluğu," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, cilt XIV, sayı 2, s. 131, 2010.