

“DİJİTAL MİRAS” - ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ’NİN “FACEBOOK” KARARI ÜZERİNE BİR İNCELEME

“DIGITAL INHERITANCE” - A REVIEW ON THE “FACEBOOK” DECISION OF THE GERMAN FEDERAL COURT OF JUSTICE

Çiğdem İLERİ*

Özet: İnternetin akıl almaz yükselişi karşısında özel hukuk ilişkileri de bundan nasibini almakta ve dijital platformlarda kurulan, yürütülen ve sonlandırılan hukuki ilişkilerin sayısı giderek artmaktadır. Söz konusu ilişkilerin bir görünüm biçimi olan “*dijital miras*” kavramı bir Facebook hesabı sahibinin ölümü üzerine ailesinin, hesabın mirasçısı olup olmadığı sorusu bakımından dünyada ilk kez bir Yüksek Mahkeme tarafından tartışılmıştır. Alman Federal Mahkemesi kararı, her ne kadar konuyu çeşitli yönlerden ele almış ve takdir görmüş olsa da, bazı çevrelerce eleştirilerin hedefi olmaktan kurtulamamıştır. “*Dijital miras*” konusunun, dünyanın her yerinde olduğu gibi ülkemizde de hem öğreti hem de yargı organları tarafından ele alınmaya ve en nihayetinde de yasal düzenlemeye muhtaç olduğu aşîkârdır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Miras, Miras Hukuku, Kişisel Verilerin Korunması, Özel Hayatın ve Telekomünikasyonun Gizliliği

Abstract: By skyrocketing of the Internet; private law relationships have been affected and the number of legal relationships established, conducted and terminated on digital platforms have been increased accordingly. The concept of “*digital inheritance*”, as a reflection of aforementioned legal relationships, has been held and examined for the first time before a Supreme Court within the framework of the right of being inheritor of a family after death of a Facebook account holder. Despite the fact that the decision of the German Supreme Court has examined the case elaborately and has been praised by some legal societies; some has criticized frankly. It is obvious that the concept of “*digital inheritance*” has to be held and discussed by the Turkish doctrine and the Turkish judicial authorities and eventually be legislated in Turkey as well as in other countries.

Keywords: Digital Inheritance, Law of Inheritance, Law of Personal Data Protection, Right to Privacy, Confidentiality of Communication

* Avukat, Bucerius Law School Hamburg Doktora Öğrencisi, cigdemileri2@gmail.com, ORCID: 0000-0002-4732-3240, Makalenin Gönderim Tarihi: 08.05.2019, Kabul Tarihi: 08.05.2019

I. GİRİŞ

Dijital dünyanın dört bir tarafımızı kuşattığı ve büyük bir hızla *analog* dünyanın yerini aldığı günümüz koşullarında, hukuki ilişkiler de bu durumdan nasibini almaktadır. Dijital çağın kaçınılmaz bir sonucu olarak; çeşitli özel hukuk ilişkilerinin dijital platformlarda kurulması ve yürütülmesi (dijital içerikli sözleşmeler), bu ilişkilere uygulanacak hukuk kurallarının tespiti ve bu hususta bilhassa, Türk Medeni Kanunu ve/veya Türk Borçlar Kanunu’nun yeterliliği bakımından tereddüt ve mevcut hukuk kurallarının dijital dünyanın gerisinde kaldığı endişesi yaratmaktadır. İç hukukumuzda dijital çağın gereklerine denk düşecek şekilde bir “*dijital güncelleme*”nin gerçekleşip gerçekleşmeyeceği ya da ne zaman gerçekleşeceği belli olmadığından, en azından bugün için mevcut mevzuat hükümleri uyarınca bir değerlendirme yapılması gerektiği ortadadır.

İnternetin önlenemez yükselişi ile ortaya çıkan ve dijital dünyadaki yerini gün geçtikçe sağlamlaştıran sosyal medya platformları ile özel hukukumuz bakımından değerlendirme ve incelenmeye muhtaç yeni hukuki ilişkiler ve kavramlar doğmaktadır. Sosyal medya platformlarının başını çeken *Facebook* şirketi, 2018 yılı verilerine göre her ay 2,7 milyar insanın *Facebook*, *Instagram*, *WhatsApp* ve *Messenger* platformlarını kullandığını ve *Facebook* sosyal ağının aylık aktif kullanıcı sayısının 2,3 milyarı geride bıraktığını açıklamıştır.

Dünya üzerindeki insanların neredeyse %40’ının sosyal medya platformlarını kullandığı gerçeği karşısında, bu platformlarda ortaya çıkan hukuki ilişkilerin mercek altına alınması mutlak bir gereklilik haline gelmektedir. Bu ilişkilerin görünüm biçimlerinden biri ise söz konusu platformlar aracılığıyla edinilen sosyal medya hesaplarının kullanıcılarının (bir diğer ifadeyle hesap sahiplerinin) ölümü halinde ortaya çıkmakta ve “dijital miras” kavramını *bilhassa* miras hukuku kapsamında incelemeyi gerektirmektedir.

Alman Federal Mahkemesi (BGH-Bundesgerichtshof), 12.07.2018 tarihli kararında,¹ 15 yaşındaki bir Facebook kullanıcısının ölümü halinde sosyal medya hesabının miras kalıp kalamayacağı hususunu değerlendirmiş ve dijital teknoloji alanında Avrupa hukukunun temel

¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178 vd.

taşlarından birini oluşturacak bir hükme imza atmıştır. Söz konusu hüküm, yalnızca bir süredir tartışmalara konu olan “dijital miras” konusunun bir yüksek mahkeme tarafından etraflıca ele alındığı ilk karar olmakla kalmayıp aynı zamanda, internet ortamında (bir diğer ifadeyle çevrimiçi platformlarda) sözleşme özgürlüğünün sınırlandırılabilirliği hususunda da önemli ipuçları vermektedir.²

Bu çalışmada; öncelikle “dijital miras” konusu ele alınarak söz konusu kavramın anlamı ve içeriği değerlendirilecek, akabinde sosyal medya (somut olay bakımından *Facebook*) kullanıcı hesaplarının miras yoluyla yasal mirasçılara geçip geçemeyeceği hususunu etraflıca ele alan Alman Federal Mahkemesi’nin *Facebook* kararı incelenecek ve ardından “dijital miras” kavramı Türk hukuku bakımından ele alınacaktır.

II. “DİJİTAL MİRAS” KAVRAMI

Dijital dünyanın hızla *analog dünyanın* yerini alması sonucunda, pek çok özel hukuk ilişkisi de dijital platformlarda kurulur hale gelmiştir. Bu ilişkilerin doğal bir sonucu olarak; sanal edinimlerin artması sebebiyle, ölüm halinde söz konusu hukuki ilişkilerin ve edinimlerin akıbetinin ne olacağı sorusu bir süredir hukuki tartışmaların konusunu oluşturmaktadır.³

Öğretide “*dijital miras*” (digital inheritance / digitales Erbe)⁴ olarak ifade edilen bu kavram bakımından, henüz genelgeçer bir tanımlamadan söz etmek mümkün değildir. Federal Mahkeme konuya ilişkin kararında da dijital miras kavramını tanımlamamıştır. Dijital mirasın kapsamı ile ilgili genelgeçer bir tanımlama bulunmadığı gibi *dijital olmayan* mirasın (malvarlığının) kapsamına ne girdiğine ilişkin herkesçe kabul gören bir belirleme de bulunmamaktadır.⁵ Her ne kadar Federal

² Giorgio Resta, “Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling”, *EuCML* 2018, s. 201.

³ Christina-Martina Leeb, “Bekannt verstorben - Rechtsfragen des Umgangs mit Social Media Daten Verstorbener”, *K&R* 2014, s. 693.

⁴ Bastian Biermann, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, 5. Baskı 2018, § 50 N. 2; Hannes Ludyga, “„Digitales Update“ für das Erbrecht im BGB?”, *ZEVI* 2018, s. 1.

⁵ Stephanie Herzog, Kroiß/Horn/Solomon, *Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass*, 2. Baskı 2019, N. 2.

Mahkeme⁶ ve öğretilerdeki bazı yazarlar;⁷ Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesinde ifade edilen "*külli halefiyet ilkesi*" gereğince böyle bir ayırımın yapılamayacağını, bu kapsamda dijital olsun veya olmasın *tüm malvarlığı değerlerinin* miras hukuku bağlamında miras kapsamında olacağını ifade etseler de, değerlendirme yapılırken bilhassa fiziki farklılıkları nedeniyle iki alan birbirinden ayrılmakta ve "*dijital dünya*" ile "*çevrimdışı/analog dünya*" biçiminde ele alınmaktadır.⁸

Alman hukukunda dijital miras kavramına ilişkin olarak çoğunlukla Alman Barolar Birliği'nin 2013 yılına ait görüş⁹ yazısına atıf yapılmakta ve burada ifade edildiği üzere dijital miras (digitaler Nachlass / digitales Erbe) şu şekilde tanımlanmaktadır: "Fikri mülkiyet hakları, web sitelerindeki haklar ve alanlar (domains) ile sağlayıcı ile miras bırakan arasında internetin kendisinin ve aynı zamanda çeşitli internet hizmetlerinin *kullanılması* bakımından kurulmuş tüm sözleşme ilişkileri dâhil olmak üzere dijital malvarlığının tümü dijital mirastır."¹⁰ Dijital mirasa ilişkin bir başka tanımlama ise şu şekildedir: "Dijital miras kavramının içine miras bırakanın dijital malvarlığının tümü girmektedir;¹¹ buna göre, donanım ve yazılıma ek olarak kaydedilmiş veriler, telekomünikasyon şirketleri ve internet servis sağlayıcıları ile kurulmuş sözleşme ilişkileri, erişim yetkileri, e-posta hesaplar, sosyal medya ağlarındaki üyelikler ve internetteki kullanıcı hesapları dijital mirasın kapsamındadır."¹²

Dijital miras, "miras bırakanın internet ortamındaki hesaplarının ve verilerinin tümü" biçiminde de tanımlanabilir.¹³

⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178.

⁷ Knut Lange-Werner/Marian Holtwiesche, "Digitaler Nachlass - eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis (Teil 1)", ZErB 2016, s. 125; BeckOGK/Preuß, 41. Baskı 2016, BGB §1922 N.376.

⁸ Herzog, a.g.e., N. 1.

⁹ Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass - 34/2013, <https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf> Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).

¹⁰ Bräutigam, Peter, DAV Stellungnahme Nr. 34/2013, s. 93.

¹¹ Wolfgang Burandt/Dieter Rojahn, Erbrecht (Beck'sche Kurz-Kommentare), 3. Baskı 2019, § 1922 N. 3.

¹² Staudinger/Kunz, 17. Baskı 2017, BGB §1922 N. 594.

¹³ Age.

Söz konusu tanımlama, öğretide bazı yazarlarca dar kapsamlı bulunmakta ve bilhassa miras bırakanın kendisinde (kendi uhdesinde) saklanan dijital bilgi ve verilerin dijital miras kapsamına alınmamış olması yönünden eleştirilmektedir.¹⁴ Bir diğer ifadeyle; dijitalleşmenin akıl almaz artış hızı karşısında dijital miras bakımından mümkün mer-tebe en geniş kapsamlı tanımlamanın tercih edilmesi gerektiği ifade edilmektedir.¹⁵

Öğretide bazı yazarlar tarafından öne sürülen ve oldukça geniş kapsamlı biçimde oluşturulmuş “dijital miras” tanımı şu şekildedir:¹⁶

- “Sabit disklerde, tablet PC’lerde, akıllı telefonlarda, CD’lerde, DVD’lerde, USB yığın depolama aygıtları, disketler veya diğer depolama ortamlarında depolanan veriler,¹⁷
- Kapsamına uygun düşen yazılım ve donanımlar da dâhil olmak üzere internette veya bulut (Cloud) sisteminde depolanan veriler ile internet ağına erişimler (World Wide Web),¹⁸
- Miras bırakanın e-posta hesapları, profesyonel veya sosyal ağlar veya internette ödeme hizmeti sağlanmasına ilişkin hizmet sağlayıcılarıyla ak-detmiş olduğu sözleşme ilişkileri,¹⁹
- Elektronik postalar, çevrimiçi adres defterleri, internetteki iletişim bilgileri, web sitelerindeki haklar ve miras bırakanın dijital parası,²⁰
- İnternette depolanan fotoğraf ve videolar ile internet ortamındaki forum ve blog sitelerindeki yazılara (paylaşımlar) ilişkin telif hak-ları, dijital fotoğraflar üzerindeki resim hakkı,²¹

¹⁴ Pascal Salomon, “Digitaler Nachlass – Möglichkeiten der notariellen Vorsorge”, *NotBZ* 2016, s. 325; Anton Steiner/Anna Holzer, “Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass”, *ZEV* 2015, s. 262; Florian Deusch, “Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0”, *ZEV* 2014, s. 2.

¹⁵ Bastian Biermann, *Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht*, 5. Baskı 2018, § 50 N. 2.

¹⁶ Hannes Ludyga/Veris-Pascal Heintz, “Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das “Facebook-Urteil” des BGH”, *JM* 2018, s. 398.

¹⁷ Deusch, a.g.e., s. 2.

¹⁸ Philip Wunderlin/Andrzej Bielajew, “Digitaler Nachlass – was geschieht mit unseren “IT-Daten” nach dem Tod?”, *IPRB* 2014, s. 224; Stephanie Herzog, “Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverständenes Problem”, *NJW* 2013, s. 3745.

¹⁹ Ludyga/Heintz, a.g.e., s. 399.

²⁰ Hannes Ludyga, “Digitales Update für das Erbrecht im BGB?”, *ZEV* 2018, s. 2; Benedikt Klas/Christine Möhrke-Sobolewski, “Digitaler Nachlass – Erbschutz trotz Datenschutz”, *NJW* 2015, s. 3473.

²¹ Steiner/Holzer, a.g.e., s. 262.

- Çevrimiçi sağlayıcılar aracılığıyla alınan müzik ve dil eserleri ile elektronik kitaplar üzerinde edinilen kullanım hakları,²²
- *Ve diğer tüm mevcut veya gelecekte ortaya çıkacak dijital ürünler*"²³ dijital miras kapsamına girmektedir.

Bir başka görüşe göre ise dijital mirasın tanımı şu şekilde de yapılabilmektedir: "Miras bırakanın dijital malvarlığının tümü, bir diğer deyişle, miras bırakanın tüm elektronik verileri de dâhil olmak üzere bilgi teknolojileri sistemlerini ilgilendiren hukuki ilişkilerinin tümü dijital miras anlamına gelmektedir."²⁴

Teknolojinin önlenemez hızına ayak uydurmakta güçlük çeken hukuk düzeni, dijital dünyanın gereklerine ve insan hayatına derin müdahalesine daha fazla duyarsız kalamamış olacak ki son yıllarda dijital platformlarda kurulan hukuki ilişkilerin yapısı ve sonuçları üzerine kaleme alınan eserlerde bir artış olduğu gözlemlenmektedir.²⁵ Dijital miras kavramı da söz konusu ilişkilerin dikkate değer bir boyutunu oluşturmaya rağmen; bu konu, (en azından Almanya'da) ancak çok kısa bir süredir yargı kararlarında ele alınmaya başlanmıştır.²⁶ Aşağıda kapsamlı şekilde değerlendirileceği üzere; "*Facebook davası*"²⁷ ile bir yüksek mahkeme ilk defa dijital miras kavramını çeşitli açılardan inceleyerek konuya ilişkin pek çok hukuki soruya ışık tutmuştur. Alman Federal Meclisi (*Bundestag*) de konuyu yasama gündemine alması durumdadır.²⁸

²² Stefan Gloser, "Digitale Erblasser und digitale Vorsorgefälle" – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I", *MittBayNot* 2016, s. 13.

²³ Herzog, a.g.e., N. 1.

²⁴ A.g.e.

²⁵ Dijital miras bakımından bkz. Christian Alexander, "Digitaler Nachlass als Rechtsproblem? – Überlegungen aus persönlichkeitsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und vertragsrechtlicher Sicht", *K&R* 2016, s. 30; Bastian Biermann, "Der digitale Nachlass im Spannungsfeld zwischen Erbrecht und Datenschutz, zugleich Besprechung des Urteils des KG Berlin v. 31.5.2017 – 21 U 9/16", *ZErB* 2017, s. 210; Holger Bleich, "Ableben 2.0 – Wie mit den Internet-Hinterlassenschaften Verstorbener umzugehen ist", *c't* 2013, s. 62; Merle Bock, "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", *AcP* 2017, s. 370; Peter Bräutigam, "Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistungen gegen personenbezogene Daten", *MMR* 2012, s. 635 vs.

²⁶ Herzog, a.g.e., N. 9.

²⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, *NJW* 2018, s. 3178 vd. (Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15 ve Kammergericht Berlin, 31.05.2017 – 21 U 9/16 sayılı kararları, *FamRZ* 2017, s. 1348 vd.)

²⁸ Konuya ilişkin bkz. www.digitaler-neustart.de (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).

III. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ FACEBOOK KARARI

A. SOMUT OLAY

2012 yılında 15 yaşındaki kızını Berlin'deki bir metro (tren) kazasında kaybeden bir anne, söz konusu olayın gerçekten bir kaza mı yoksa intihar mı olduğunu anlamak, yani kızının gerçek ölüm nedenini bilmek istemektedir. Bu sebeple; ölen kızının Facebook hesabındaki yazışmalara ulaşmak isteyen anne, söz konusu yazışmaların olası bir intihar bakımından ipucu verebileceğini düşünmektedir.

Kızının Facebook hesabının giriş bilgilerine (kullanıcı adı ve şifre) sahip olan anne, hesaba ulaşmaya çalıştığında girişimi başarısız olur çünkü söz konusu hesap, ölen kızının vefatının Facebook'a (muhtemelen herhangi bir başka kullanıcı tarafından) bildirilmesinden sonra *anıtlaştırılmış*²⁹ durumdadır. Anıtlaştırılmış hesabın sahibi olan müteveffa; ölmeden önce hesabının kime miras kalacağını belirlemediği, ayrıca bunu Facebook'a bildirmediği ve dolayısıyla hesap anıtlaştırıldığı için,³⁰ annenin ölen kızının Facebook hesabına girişi mümkün olmaz. Erişim amacını da bildirerek söz konusu hesaba giriş talebiyle Facebook'a başvuran anne, Facebook'un ret cevabıyla karşılaşır. Facebook şirketi, ret cevabına gerekçe olarak kullanıcı sözleşmesi genel işlem şartlarını ve en önemlisi Telekomünikasyon Kanunu'nun (*Telekommunikationsgesetz – TKG*) 88. maddesinin 3. fıkrasında ifadesini bulan "telekomünikasyonun gizliliği"³¹ ilkesini gösterir.

²⁹ "Anıtlaştırılmış hesaplar, bir kişi vefat ettikten sonra kişinin arkadaşlarının ve ailesinin bir araya gelip anılarını paylaşmalarını sağlayan Facebook ortamındaki bir platformdur. Bir hesabın anıtlaştırılması ayrıca hesaba giriş yapılmasını engelleyerek hesabın güvende tutulmasına yardımcı olur. Vefat eden kişinin bir aile üyesi veya yakın arkadaşı kişinin vefat ettiğini Facebook'a bildirirse söz konusu hesap anıtlaştırılır." (Daha fazla bilgi için bkz. <https://tr-tr.facebook.com/help/requestmemorialization> Son erişim tarihi: 01.05.2019)

³⁰ Facebook, kullanıcı hesaplarının sahiplerinin vefatları halinde hesaplarını miras bırakabilecekleri kişiyi tayin etmelerine imkân tanımakta, bir diğer ifadeyle atanmış mirasçılığın geçerliliğine ilişkin herhangi bir beis görmemektedir. (Daha fazla bilgi için bkz. <https://tr-tr.facebook.com/help/requestmemorialization> Son erişim tarihi: 01.05.2019)

³¹ Telekomünikasyon Kanunu'nun 88. maddesine göre; telekomünikasyonun içeriği ve telekomünikasyona ilişkin tüm durumlar (bilhassa telekomünikasyona dâhil olan kişiler), telekomünikasyon gizliliğinin kapsamına girmektedir. Telekomünikasyon gizliliği ayrıca bağlantıdaki başarısız denemelerin özel koşullarını da kapsar. Her hizmet sağlayıcısı, telekomünikasyonun gizliliğini korumakla yükümlüdür. Söz konusu yükümlülüğe sahip bir hizmet sağlayıcısı, teknik sistemlerinin

Bunun üzerine ölen kızın annesi; kızının “mirasçısı” sıfatıyla Facebook’u dava ederek, vefat eden küçük kızının Facebook hesabına ve esasen hesapta tutulan konuşma geçmişine ulaşmayı talep etmiştir. Davacı anne ile dava dışı baba, vefat eden kızlarının mirasçıları ve (kızlarının sağlığında) onun yasal temsilcileridir.

B. YARGILAMA SÜRECİ

Davacı annenin talebinin Berlin Eyalet Mahkemesi³² tarafından kabul edilmesinin akabinde; davalı Facebook’un temyiz yoluna gitmesi sonucunda Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi,³³ Facebook’un temyiz talebini kabul etmiş ve kararını esasen Facebook’un savına benzer şekilde gerekçelendirmiştir: Telekomünikasyonun gizliliği prensibi, vefat eden kişinin mirasçılarının (kızlarının sosyal medya hesabına) erişim hakkını engellemektedir.

Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında; miras hukuku bakımından, Alman Medeni Kanunu’nun (*Bürgerliches Gesetzbuch - BGB*) 1922. maddesi uyarınca, miras ortaklığının vefat eden kişinin kullanıcı hesabına erişim hakkı talep edip edemeyeceğini tartışmamıştır. Eyalet Yüksek Mahkemesi bunun yerine Telekomünikasyon Kanunu’nun 88. maddesinin 3. fıkrasını dayanak göstererek; hizmet sağlayıcısı Facebook’un, vefat eden küçüğün kullanıcı hesabı aracılığıyla gerçekleştirilen ve hâlihazırda davalı Facebook’un servis sunucuları üzerinde saklanan iletişim geçmişinin içeriğini ve koşullarını müteveffanın ailesine (mirasçılara) bildirmesinin yasak olduğunu ifade etmiştir.³⁴

Telekomünikasyon Kanunu’nu dijital miras kurumu önünde bir engel olarak gören Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı, -bilhassa sohbet arkadaşları arasındaki ilişki bakımından- 3. kişi konumundaki servis

korunması da dâhil olmak üzere, telekomünikasyon hizmetlerinin ticari tedariki için gerekli olanın ötesinde içerik veya özel telekomünikasyon koşullarının bilgisini edinemez ya da bunları 3. kişiler ile paylaşamaz. Hizmet sağlayıcıları, telekomünikasyon gizliliği kapsamında kalan bilgi ve olguları yalnızca hükümde belirtilen amaçlar için edinebilir ve kullanabilirler. Söz konusu bilgi ve olguların “başkaları” (3. kişiler) ile paylaşılması yalnızca Telekomünikasyon Kanunu ya da bir başka yasal düzenlemenin öngördüğü ve açıkça telekomünikasyon işlemlerine ilişkin olduğu durumlarda mümkündür.

³² Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15.

³³ Kammergericht Berlin, 31.05. 2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, s. 1348 vd.

³⁴ Kammergericht Berlin, 31.05. 2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, s. 1350.

sağlayıcılarında bulunan dijital verilerin miras bırakılmasını imkânsız hale getirmesi sebebiyle eleştirilere hedef olmuştur.³⁵

Davacı anne, Eyalet Yüksek Mahkemesi kararı üzerine davayı bir üst mahkemeye taşımış ve netice itibariyle uyuşmazlık, Alman Federal Mahkemesi tarafından ele alınarak nihayete kavuşturulmuştur.³⁶

C. FEDERAL MAHKEME KARARI

Sosyal medya hesaplarının hukuki açıdan ne şekilde sınıflandırılıp ele alınacağını değerlendiren Federal Mahkeme, dijital miras bağlamında hukuk pratiği açısından yol gösterici olacak bir karara imza atmıştır.

Somut uyuşmazlığı farklı hukuki perspektiflerden ele alan Federal Mahkeme; esas olarak Alman miras hukukunun en temel prensibi olan “külli halefiyet ilkesi”nden (*Universalsukzession*) yola çıkarak, dijital miras konusunun da Alman Medeni Kanunu’nun miras hukukuna ilişkin 5. kitabı (1922 vd. maddeleri) kapsamında ele alınabileceğini ifade etmiştir.³⁷

Federal Mahkeme; kararında, Telekomünikasyon Kanunu ve Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Yönetmeliği’nin koruma amaçlarından uzak bir konum benimsemiş ve telekomünikasyonun gizliliği ya da kişisel verilerin korunması ilkelerinin dijital miras bakımından istisnai bir hukuki muameleyi haklı çıkarmayacağını belirtmiştir.³⁸

1. MİRAS HUKUKU BAKIMINDAN

Telekomünikasyonun gizliliği ya da kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilkelerin; terekenin, müteveffanın ailesine (mirasçılara) intikaline engel oluşturmayacağı kabulüne dayanan Federal Mahkeme, bu nedenle de miras hukuku bakımından nazara alınacak özel bir duru-

³⁵ Bastian Biermann, “Mündliche Verhandlung zum digitalen Nachlass vorm BGH Facebook und die Toten”, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-verhandlung-digitaler-nachlass-erbe-facebook-telekommunikation/> (Son erişim tarihi: 01.05.2019).

³⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178 vd.

³⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 17.

³⁸ Nicola Preuß, “Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk”, NJW 2018, s. 3146.

mun söz konusu olmadığını, meselenin genel miras hukuku esaslarına dayanılarak çözüleceğini hükme bağlamıştır.

Öğretide ileri sürülen hâkim görüşe göre; miras hukukuna ilişkin külli halefiyet ilkesi, esasen malvarlığına dayalı bir intikal anlamına geldiğinden, yalnızca kişinin kendisini ilgilendiren ya da doğrudan kişilik hakkına ilişkin olan hukuki ilişkiler veya kişiye sıkı sıkıya bağlı olan haklar, miras yoluyla intikal etmez, miras bırakanın ölümüyle sona erer.³⁹ Buna karşılık; miras bırakanın malvarlıksal hakları ve/veya malvarlığını ilgilendiren hukuki ilişkileri –aynı zamanda kişiye bağlı unsurları bünyelerinde bulundursalar dahi- kural olarak mirasçılara geçmektedir.⁴⁰ Buna göre; miras bırakanın borçlar hukuku ilişkileri de kural olarak miras yoluyla intikal etmekte, dolayısıyla mirasçılar, miras bırakanın tarafı olduğu borç ilişkisinden doğan tüm hak ve borçların varisi olmaktadır.⁴¹ Konuyu bu bağlamda ele alan Federal Mahkeme de Facebook ile miras bırakan arasındaki kullanıcı sözleşmesi ve bu sözleşmeden doğan “(sosyal medya) kullanıcı hesabına erişim hakkı”nın miras yoluyla mirasçılara intikal ettiğini karara bağlamıştır.⁴²

Federal Mahkeme; kullanıcının vefatı üzerine Facebook hesabının mirasçılara intikali sebebiyle ortaya çıkan sözleşmedeki taraf değişikliği durumunda, (sosyal medya) kullanıcı hesabına erişim talebinin kişiye sıkı sıkıya bağlı bir özellik gösterdiği gerekçesiyle hesaba erişimin engellenemeyeceğini ifade etmiştir.⁴³

Aksi kararlaştırılmadığı sürece, kullanıcı hesabının aktif (etkin) şekilde kullanımı yalnızca miras bırakanın kendisine özgülenmiştir; bir diğer ifadeyle, hesabın aktif şekilde kullanım hakkı, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak özelliğini göstermekte olup terekeye dâhil değildir, dolayısıyla miras bırakana ait sosyal medya hesabını aktif şekilde kullanım imkânı, miras bırakanın ölümü ile ortadan kalkmaktadır.⁴⁴

³⁹ BeckOK BGB/Müller-Christmann, § 1922 N. 24; BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB N. 158; Knut Lange-Werner, „Erbrecht“, 2. Baskı 2017, § 9 N. 31; MüKoBGB/Leipold, 7. Baskı 2017, § 1922 N. 19; Staudinger/Kunz, § 1922 N. 70.

⁴⁰ BeckOK BGB/Müller-Christmann, § 1922 N. 24; BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB N. 158.

⁴¹ BeckOGK/Preuß, § 1922 BGB Rn. 175; Preuß, a.g.e., s. 3146.

⁴² BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 23.

⁴³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 32 vd.

⁴⁴ Herzog, a.g.e., N. 27; Karin Raude, “Der digitale Nachlass in der notariellen Pra-

Bunun haricinde ise sosyal medya hesabına ilişkin sözleşme ilişkisi mirasçılara intikal etmektedir ve bu bağlamda, sosyal medya hesabının, miras hukukuna ilişkin genel ilkelerden hareketle ele alınması mümkündür.⁴⁵ Bu durumun sonucu olarak da mirasçılar, söz konusu kullanıcı sözleşmesinin tarafı haline geldiklerinden, bunların hesaba ve hesap içeriğine erişimleri de mümkün olmalıdır; ancak mirasçılar, vefat edene ait sosyal medya hesabını (aktif biçimde) kullanmaya devam edemezler.

Federal Mahkeme; Facebook kararında, oldukça ayrıntılı gerekçelerle şu soruya yanıt aramıştır: *Kullanıcı sözleşmesinin konusu ve içeriği (bilhassa miras bırakanın sohbet arkadaşlarının kişilik haklarının korunmasına yönelik temel gerekçeler), gizlilik esasına tabi içeriklerin korunması bakımından hesabın mirasçılara intikali hususunda bir sınırlama doğurur mu?*⁴⁶ Federal Mahkeme bu hususta, sohbet arkadaşlarının muhtemel azami gizlilik beklentileri ile “sözleşme kuralları ve bunun altında yatan teknik koşullara göre” gizliliğin korunması gerekliliği arasında bir ayrım yapmaktadır.⁴⁷ Bu bağlamda; her kullanıcı, sohbet arkadaşı/partneri ile mesajlaşırken yazılan mesajların akıbeti, üçüncü kişiler tarafından görülebilme ve ulaşılabilme ihtimali ile bunların üzerindeki tasarruf imkânı bakımından kendi riskini ve sonuçlarını üstlenir.⁴⁸

Miras hukuku bakımından da geçerli olan irade serbestisinin koşulları göz önünde bulundurulduğunda; kural olarak, ölüme bağlı bir tasarruf ile bir kişinin mirasçılıktan çıkarılması kabul edilebilir bir durumdur ve koşulları varsa bu işlem, geçerli olmaktadır. Federal Mahkeme kararına göre; böylesi bir mirasçılıktan men etme durumu, Facebook’un genel işlem şartlarında öngörülmemiş olduğu için, Federal Mahkeme bu soruyu cevaplandırmamış ve Facebook hesabının mirasçılara intikalinin genel işlem şartlarıyla topyekûn engellenebilmesinin mümkün olup olmadığı sorusunu tartışmaya açık bırakmıştır.⁴⁹

xis”, RNotZ 2017, s. 20; Antonia Kutscher, Der digitale Nachlass, 1. Baskı 2015, s. 101; MüKoBGB/Leipold, § 1922 N. 25.

⁴⁵ Preuß, Nicola, “Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk”, NJW 2018, s. 3148.

⁴⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 39 vd.

⁴⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 39 vd.

⁴⁸ Preuß, a.g.e., s. 3148.

⁴⁹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

Federal Mahkeme kararında ayrıca, Facebook’un öngördüğü anıtlştırılmış hesap düzenlemesinin genel işlem şartlarının denetimine ilişkin hükümler kapsamında değerlendirildiğinde geçerli olmadığını, çünkü söz konusu düzenlemenin, Alman Medeni Kanunu’nun genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin 307. maddesinin 1. ve 2. fıkraları uyarınca sözleşmenin karşı tarafının durumunu ağırlaştırıcı nitelik taşıdığını belirtmiştir.⁵⁰ Öyle ki söz konusu anıtlştırılmış hesap düzenlemesi, her ne kadar kullanıcı sözleşmesinin miras yoluyla intikalini engellemese de, miras yoluyla elde edilen bu ilişkinin (mirasçılar açısından) tabir yerindeyse içini boşaltmaktadır. Federal Mahkeme; Facebook’un anıtlştırılmış hesap uygulamasının malvarlığının tüm hak ve borçlarıyla mirasçılara intikal edeceğini öngören külli halefiyet ilkesini, dolayısıyla Alman Medeni Kanunu’nun 1922. maddesini ihlal ettiğini, bu uygulamanın 1922. maddenin öngördüğü temel ilkelere aykırı olduğunu ve bu sebeple de söz konusu genel işlem şartları düzenlemesinin geçersiz olduğunu karara bağlamıştır.⁵¹

Bu hususta ileri sürülen bir görüşe göre; anıtlştırılmış hesap uygulaması yoluyla ortaya çıkan kullanıcı sözleşmesinin “içinin boşaltılması” durumu, yasal olarak öngörölmüş külli halefiyet ilkesi ile bağdaşmıyorsa, bu durumda, kullanıcı hesabının miras yoluyla intikalinin toptan engellenmesi durumu da evleviyetle sözleşmenin karşı tarafının durumunu ağırlaştırıcı nitelik taşımaktadır ve bu nedenle, böylesi bir standart sözleşme hükmü de genel işlem şartlarının içerik denetimine ilişkin kurallarla bağdaşmaz.⁵²

Yukarıda ifade edildiği üzere; Federal Mahkeme’ye göre Facebook kullanıcı sözleşmesinin doğasından, sözleşme ilişkisinin miras yoluyla devredilemeyeceği ve özellikle sözleşme ilişkisinin kişiye sıkı sıkıya bağlılık özelliği taşıdığı sonucu çıkmamaktadır. Federal Mahkeme; davalı Facebook’un ileri sürdüğünün aksine, kullanıcı sözleşmesinin temelinde yatan ve zımni bir şekilde öngörölen miras bırakanın sohbet arkadaşlarının kişilik haklarının korunması amacının, sözleşmeye kişiye sıkı sıkıya bağlı bir nitelik kazandırdığı görüşünü reddetmektedir.⁵³

⁵⁰ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

⁵¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

⁵² Preuß, a.g.e., s. 3148.

⁵³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 35.

Öte yandan Federal Mahkeme somut olayda bu görüşü bir adım öteye taşıyarak, bir sosyal medya (Facebook) hesabının miras yoluyla intikali sorusuna cevap aranırken; kullanıcı hesabı içeriklerinin ölenin şahsına bağlı haklara mı yoksa miras yoluyla intikal edebilen malvarlıksal haklara mı ilişkin olduğuna yönelik bir ayırım yapılamayacağına işaret etmektedir.⁵⁴ Federal Mahkeme'ye göre; kanun koyucunun iradesi, kişiye sıkı sıkıya bağlı nitelik gösteren hukuki ilişkilerin de mirasçılara intikal edebileceği yönündedir çünkü Alman Medeni Kanunu'nun 2047. maddesinin 2. fıkrası ve 2373. maddelerine göre dijital olmayan (analog) belgeler ve bu kapsamda miras bırakana ait günlükler ile kişisel mektuplar mirasçılara kalmaktadır.⁵⁵

Netice itibariyle konuyu bilhassa miras hukuku bağlamında ele alan Federal Mahkeme, somut olayda Facebook kullanıcı hesabının intikali bakımından miras hukukunun alışlagelmiş ilkelerinin uygulanmaması için hiçbir sebep bulunmadığını belirterek, hukuken dijital içeriklerin de analog dünya içerikleriyle aynı şekilde ele alınması gerektiğini karara bağlamıştır.

2. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI, TELEKOMÜNİKASYON VE ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİ BAKIMINDAN

Federal Mahkeme tarafından; anayasal bir hak olan ve Telekomünikasyon Kanunu'nun 88. maddesinin 3. fıkrasında da ifadesini bulan telekomünikasyonun gizliliği ilkesi ile öngörülen koruma kapsamının alanına mirasçılarının girmediği, aksine mirasın intikali ile birlikte mirasçılarının "telekomünikasyonun gizliliği kapsamında korunan iletişimin bir parçası" olduğu, bir diğer ifadeyle; Facebook hesap sahibinin mirasçılarının kanun kapsamında korunan iletişimin dışında kalan "diğerleri/ diğer 3. kişiler" arasında sayılamayacağı kabul edilmektedir.⁵⁶

Her ne kadar bir sosyal medya hizmet sağlayıcısı ile kullanıcı sözleşmesi akdedildiğinde, sosyal medya kullanıcıları arasındaki yazışmaların her koşulda gizli kalması ve bu yazışmaların sosyal medya hizmet sağlayıcısı (somut olayda Facebook) tarafından üçüncü kişiler-

⁵⁴ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 35.

⁵⁵ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 41.

⁵⁶ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 54.

le paylaşılmaması haklı ve yerinde bir beklenti olsa da, sosyal medya hizmet sağlayıcısının kullanıcı sözleşmesinden doğan yazışmaları ve diğer içerikleri sağlama ve iletme yükümlülüğü baştan itibaren kullanıcının kendi şahsına değil, kullanıcı “hesabına” bağlı bir yükümlülüktür.⁵⁷ Bir diğer ifadeyle; sosyal medya servis sağlayıcısı (Facebook), içerik ve yazışmaları belli bir kişiye değil, aksine ilgili kullanıcı hesabına iletmekle yükümlüdür.⁵⁸ Buna göre; bir başka kullanıcı hesabına mesaj gönderen bir Facebook kullanıcısı, sosyal medya servis sağlayıcısının (somut olayda Facebook’un) söz konusu mesajı, yalnızca hedeflenen hesaba ileteceğine güvenmekte haklıdır. Bununla birlikte; hiç kimse, bir başka kullanıcı hesabına gönderdiği mesajın yalnızca hesap sahibi tarafından görülmesini (hesap sahibi dışındaki tüm 3. kişiler tarafından görülmemesini) bekleyemez ve aynı şekilde, buna yönelik herhangi bir talepte de bulunamaz.⁵⁹ Bu sebeple; bir Facebook kullanıcısı, üçüncü kişilerin hukuka uygun olmayan yollardan ve hatta hesap sahibinin izniyle hesaba erişebileceğini, ayrıca aynı zamanda hesap sahibinin ölümü durumunda, söz konusu kullanıcı sözleşmesinin miras yoluyla mirasçılara intikal edebileceğini hesaba katmak zorundadır.⁶⁰

Federal Mahkeme kararında ayrıca, 25.05.2018 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü (GDPR) kapsamında da bir değerlendirme yaparak ve bahsi geçen tüzüğü somut olaya uygulayarak, davacıların talebinin söz konusu tüzük ve bu tüzük kapsamında korunan kişisel verilerin korunması ilkesi ile çelişmediğini ifade etmiştir. Federal Mahkeme’ye göre; Genel Veri Koruma Tüzüğü, yalnızca hayatta olan kişiler bakımından uygulama alanı bulduğundan, miras bırakanın veri korunmasına ilişkin haklarının etkilenip etkilenmediğinin yürürlükte olan tüzük bağlamında değerlendirilmesi mümkün değildir.⁶¹

Federal Mahkeme; Genel Veri Koruma Tüzüğü’nün 6. maddesi 1/(b) bendi (1. alternatif) ya da 6. maddesi 1/(f) bendi⁶² kapsamında,

⁵⁷ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 40.

⁵⁸ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 41.

⁵⁹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 44.

⁶⁰ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 44.

⁶¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 14.

⁶² Avrupa Birliği Genel Veri Koruma Tüzüğü m. 6/1 (b) bendi 1. alternatifine göre, veri sahibinin taraf olduğu bir sözleşmenin uygulanması ve (f) bendine göre, özellikle veri sahibinin çocuk olması halinde veri sahibinin kişisel verilerin korunmasını

mirasçılara hesap içeriğinin iletilmesi ve söz konusu içeriklere daimi şekilde ulaşmalarının sağlanması yoluyla miras bırakanın sohbet arkadaşlarının kişisel verilerinin işlenmesinin mümkün olduğunu hükme bağlamıştır.⁶³ Bu bağlamda; bir diğer ifadeyle, hem miras bırakanın sohbet arkadaşlarına karşı olan sözleşmesel yükümlülüklerinin yerine getirilmesi (Genel Veri Koruma Tüzüğü 6. maddesi 1/(b) bendi 1. alternatif) hem de (çocuk) miras bırakanın korunmayı gerektiren üstün menfaati sebebiyle (Genel Veri Koruma Tüzüğü 6. maddesi 1/(f) bendi) verilerinin işlenmesi hukuka uygun ve gereklidir.⁶⁴

3. DEĞERLENDİRME VE ELEŞTİRİLER

Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesinin 1. fıkrasına göre; bir kişinin ölümü halinde, o kişinin "*malvarlığı*" mirasçılara intikal eder.⁶⁵ Bundan hareketle; Alman hukukunda bazı yazarlarca ve birtakım yargı kararlarında, yalnızca malvarlığı değerlerinin terekeye dâhil olacağı ve dolayısıyla mirasçılara intikal edeceği, kişiye sıkı sıkıya bağlı hak ve değerlerin (*höchstpersönliche Positionen*) ise külli halefiyet ilkesi kapsamında değerlendirilemeyeceği savunulmuştur.⁶⁶ Benzer bir değerlendirme ve sınıflandırma, dijital veri ve içerikler bakımından da yapılmaktadır.⁶⁷

Alman Federal Mahkemesi, yukarıda detaylarıyla incelenen Facebook kararında esasen şu soruya yanıt vermiştir: "*Medeni hukuk perspektifinden, vefat eden bir kimsenin dijital mirasının mirasçısı kimdir?*" Fe-

gerektiren menfaatleri veya temel hakları ve özgürlüklerinin bir kontrolör veya üçüncü bir kişi tarafından gözetilen meşru menfaatlere ağır basması haricinde, söz konusu menfaatler doğrultusunda işleme faaliyetinin gerekli olması halinde (verileri) işleme faaliyeti hukuka uygundur.

⁶³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 70.

⁶⁴ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 71.

⁶⁵ Hükmün Almanca orijinal hali şu şekildedir: Mit dem Tode einer Person (Erbfall) geht deren Vermögen (Erbschaft) als Ganzes auf eine oder mehrere andere Personen (Erben) über.

⁶⁶ Thomas Hoeren, "Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers", NJW 2005, s. 2114; Mario Martini, "Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet", JZ 2012, s. 1147; Klaus Brisch/ Marco Müller-ter Jung, "Digitaler Nachlass – Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Mediacenter-Inhalten", CR 2013, s. 446; Kammergericht Berlin, 31.05. 2017 – 21 U 9/16, FamRZ 2017, s. 496.

⁶⁷ Bräutigam, a.g.e., s. 635.

deral Mahkemeye göre; dijital miras kurumu, ancak miras hukukunun genel ilkeleri doğrultusunda ele alınacaktır.⁶⁸

Wüsthof'a göre, sınırlı (sınırlandırılmış) dijital miras diye bir kavram bulunmamaktadır.⁶⁹ Lange/Holtwiesche'ye göre ise dijital ve dijital olmayan miras biçiminde bir ayırım yapmak hukuken mümkün değildir; miras hukuku açısından, çeşitli aktif ve pasiflerden meydana gelen yalnızca bir ve tek miras söz konusu olabilmektedir.⁷⁰

Bu bağlamda, öğretide ileri sürülen bir görüşe göre; malvarlığı kavramının yalnızca parayla ölçülebilen değerlerle eş tutulamayacağı, bu kavramın içinde kişisel ya da kişiye sıkı sıkıya bağlı hakların da bulunabileceği kabul edilmelidir.⁷¹ Benzer şekilde; Alman Medeni Kanunu'nun 1922. maddesi çerçevesinde kastedilen malvarlığı kavramının kapsamının, genel malvarlığı kavramından daha geniş olduğu ve "miras bırakılabilir malvarlığı" ifadesinin mümkün olan en geniş bağlamda ele alınması gerektiği savunulmaktadır.⁷² Bir diğer deyişle; Alman Medeni Kanunu'nun 1922 ve 1967. maddeleri uyarınca, hak ve borçların (aktif ve pasiflerin) tümü bir küle halinde mirasçılara intikal etmektedir. Bu intikal durumu; eşyanın kendisine değil, aksine eşya üzerindeki hukuki konuma ilişkindir.⁷³

Dijital dünyanın popüler unsurlarından biri olan sosyal medya uygulamaları bakımından; hesap sahiplerinin ölümü halinde sosyal medya hesaplarının (ya da hesabın kullanıldığı internet sayfalarının) miras hukuku açısından akıbetinin ne olacağı hususu, Federal Mahkemenin kararı öncesinde de son birkaç yıldır Alman öğretisinde tartışıl-

⁶⁸ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 71.

⁶⁹ Lucas Wüsthof, "Anmerkung zum Urteil des LG Berlin vom 17.12.2015 (20 O 172/15) - Zum digitalen Nachlass", ErbR 2016, s. 223.

⁷⁰ Lange/Holtwiesche, a.g.e., s. 125.

⁷¹ Stephanie Herzog, "Der digitale Nachlass - ein bisher kaum gesehener und häufig missverstandenes Problem", NJW 2013, s. 3747. (Karşı görüş olarak örneğin bkz. Beck'scher Onlinekommentar, 48. Baskı 2018, §1922 N.99. "Dijital mirasın miras yoluyla intikali bakımından dikkate alınacak herhangi bir özel hüküm bulunmayıp mevcut Miras Hukuku hükümleri kapsamında değerlendirme yapılması gerekir. Tereke, kişiye sıkı sıkıya bağlı haklar ve kişilik hakkının fazlasıyla ön plana çıktığı pozisyonlar ve ilişkiler haricinde tüm malvarlığı hakları ve malvarlıksal olmayan haklar biçiminde mirasçılara intikal eder.")

⁷² Staudinger/Marotzke, §1922 N. 46 ve N. 113; Andreas Frieser, Erbrecht Kommentar, 4. Baskı 2013, BGB §1922 N. 8.

⁷³ Staudinger/Marotzke, §1922 N. 236.

maya başlanmıştı. Öğretide bu kapsamda ileri sürülen bir görüşe göre; mirasçılar, Alman Fikri Mülkiyet Kanunu'nun 28, 30 ve 64. maddelerine göre -hesap sahiplerinin ölümü halinde- sosyal medya hesaplarının sahibi konumundadır ve vefat eden kişinin, fikri mülkiyet haklarını kullanmaya yetkilidir.⁷⁴

Federal Mahkeme'nin güncel kararı öncesinde de sosyal medya hesaplarına ilişkin olarak kurulan sözleşme ilişkileri, bu ilişkilerin arka planlarında fazlasıyla kişisel bir karaktere sahip olmaları sebebiyle tartışma konusu olmuştur; çünkü gerçekten de Facebook ve benzeri sağlayıcılarda oluşturulan kullanıcı profilleri, kullanıcının kişiliğine ve kişilik özelliklerine uyarlanmış durumdadır.⁷⁵ Bu bakımdan; sosyal medya üyeliği, kişisel özelliklerin öne çıkması bakımından dernek üyeliğine benzetilmiş ve Alman Medeni Kanunu'nun 399 ve 38. maddelerinin⁷⁶ kıyasen sosyal medya hesapları bakımından da uygulanabileceği ifade edilmiştir.⁷⁷ Öte yandan bu görüş, Berlin Eyalet Mahkemesi ve Alman Federal Mahkemesi tarafından (Facebook'a ilişkin olarak) kabul görmemiş; çünkü hesap sahipliği bakımından açık ve net bir isim (hesap sahibinin kullanıcı adı oluşturma) yükümlülüğü bulunsa da, en nihayetinde buna yönelik bir içerik denetiminin yapılmadığı ifade edilmiştir.⁷⁸

Bu bağlamda her ne kadar bir görüşe göre; bir kimsenin kullanıcı profili başka bir kimse tarafından devralınamasa da,⁷⁹ Alman Federal Mahkemesi, bu durumun hesap sahibinin ölümü halinde ortaya çıkan sözleşmenin tasfiyesi ilişkisinin mirasçılara intikalini etkilemeyeceğini ve bu nedenle, mirasçıların içeriğe erişim hakkı bulunduğunu hükme

⁷⁴ Herzog, NJW 2013, s. 3750; Hoeren, a.g.e., s. 2116; Martini, a.g.e., s. 1147; BeckOGK/Preuß, BGB §1922 N.390.

⁷⁵ Herzog, Stephanie, Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, 2. Baskı 2019, Rn. 35a.

⁷⁶ Alman Medeni Kanunu'nun m. 38 hükmüne göre, dernek üyeliği devredilemez ve miras yoluyla intikal edemez. Madde 399'a göre ise edim borcunun asıl alacaklıdan başka birine ifa edilmesi alacağın kapsamı değiştirilmeden mümkün olamaz ya da alacağın devri borçlu ile yapılan anlaşma neticesinde yasaklanmış ise bu durumda alacak devredilemez.

⁷⁷ Klas/Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3474; Frieser, a.g.e., §1922 N. 20, MüKo-BGB/Leipold, §1922 N. 21; OLG Hamm, 07.03.2006 Az.: 15 W 99/05, ZEV 2006, s. 322.

⁷⁸ Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 223; BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25 ve N. 33.

⁷⁹ Klas/Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3474.

bağlamıştır.⁸⁰ Buna göre; mirasçılar, sağlayıcıdan hesaptaki içeriğe ulaşımı talep edebilecekleri gibi, hangi içeriğin hesapta kalacağına ya da silinmesi gerektiğine de karar verme yetkisini haizdirler.⁸¹ Bir diğer ifadeyle, hesap sahibinin vefatı ile kullanıcı hesabında yer alan dijital veriler ve içerikler üzerinde tasarruf etme yetkisi mirasçılara intikal etmektedir. Buna göre; Berlin Eyalet Mahkemesi somut olaya ilişkin verdiği kararda açıkça, *en azından* hesaptaki içerik ve verilerin akıbetine karar verilmesi amacıyla dahi olsa, vefat eden kullanıcının hesabına erişim izninin mirasçılara verilmesi gerektiğini belirtmiştir.⁸²

Öte yandan; Federal Mahkeme ve öğretideki hâkim görüşe göre; sosyal medya hesaplarına ilişkin sözleşme ilişkileri de Alman Medeni Kanunu’nun 1922. maddesi uyarınca, hesap sahibinin vefatı halinde mirasçılara intikal etmektedir.⁸³ Bu görüş, Federal Mahkeme kararı öncesinde de öğretide ileri sürülmüş olup borçlar hukuku bağlamında bir kullanma ilişkisi sayılan sosyal medya hesaplarına yönelik sözleşmelerin de terekeye dâhil olduğu ve mirasçılara intikal ettiği ve bu nedenle, mirasçıların da hesapta saklanan verilere ulaşma hakkı bulunduğu ifade edilmiştir.⁸⁴ Buna göre; söz konusu intikalin, servis sağlayıcılarının çıkarlarına ters düşmediği çünkü (kişiye değil) *hesaba bağlı kullanım ilişkisinde* intikali engelleyebilecek nitelikte bir gizlilik ilişkisinin mevzu bahis olmadığı kabul edilmektedir.⁸⁵ Bu görüşün tam aksini savunan ve verdiği hüküm Federal Mahkeme tarafından bozulan Berlin Eyalet Yüksek Mahkemesi kararında, Telekomünikasyon Kanunu’nun 88. maddesinin 3. fıkrasının, sosyal medya hesabı üzerindeki hakların mirasçılara (somut olayda müteveffanın ebeveynlerine) geçişine engel olacağı; çünkü olası bir intikal halinde, 88. maddede ifadesini bulan telekomünikasyonun gizliliği ilkesi kapsamında korunan ve mirasçının sohbet arkadaşlarına ait olan hakların zedeleneyeceği ileri sürülmüştür.⁸⁶

⁸⁰ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 25.

⁸¹ Herzog, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, N. 35a.

⁸² Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 223.

⁸³ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178; Stephanie Herzog/ Matthias Pruns, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, 1. Baskı 2018, §4 N. 41 vd.; Constantin Willems, “Erben 2.0 – zur Beschränkbarkeit der Rechtsnachfolge in das digitale Vermögen”, ZfPW 2016, s. 506; Steiner/Holzer, a.g.e., s. 263; Klas/Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3474; Herzog, NJW 2013, s. 3747 vd.

⁸⁴ BeckOGK/Preuß, N. 101.

⁸⁵ Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 224.

⁸⁶ Paul Czaplinski/Steffen Kurth, “Annahme zu KG: Kein Recht der Eltern auf Zu-

Berlin Eyalet Mahkemesi ise Federal Mahkeme ile benzer şekilde, Facebook ve benzer nitelikteki sağlayıcıların asli edim borcunun kullanıcılara bir iletişim platformu sağlamak ve iletişim içeriklerinin paylaşılmasına aracılık etmek olduğunu hükme bağlamıştır.⁸⁷ Bu nedenle; sözleşmenin tarafının değişmesi –ya da hesabın kime ait olduğu- hususu, hizmet sağlayıcısı Facebook tarafından yerine getirilen edim borcunda herhangi bir değişiklik yaratmamaktadır.⁸⁸

Benzer şekilde; Federal Mahkeme de kararında açıkça, Facebook'un edim yükümlülüğünün yalnızca hesap ("*kullanıcı hesabının kendisi*") odaklı olduğunu, dolayısıyla kullanıcı odaklı olmadığını ifade etmiştir.⁸⁹ Federal Mahkeme'ye göre Facebook'un edim yükümlülüğü; bir iletişim platformu sağlamak, kullanıcıların talebi doğrultusunda içerikleri yayımlamak ve mesajları bir başka kullanıcı hesabına iletmekten ibarettir. Buna göre; Facebook'un edimi, salt teknik bir edim olup hesap sahibinin kim olduğuyla ilgili değildir.⁹⁰ Bu nedenle somut olayda, Facebook hesabının miras yoluyla intikali sözleşmeyle ya da Alman Medeni Kanunu'nun 38 ve 399. maddeleri uyarınca ortadan kalkmamıştır.⁹¹ Bu noktada önemle tekrar belirtmek gerekir ki hesabın miras yoluyla intikalinin Genel İşlem Şartları (sözleşme) ile engellenmesinin mümkün olup olmadığı sorusu Federal Mahkeme tarafından cevaplanmamıştır.

Söz konusu karar, öğretide genel olarak memnuniyetle karşılanırsa da kimi yazarlarca eleştirilmektedir: Federal Mahkeme kararına yöneltilen en önemli eleştirilerden biri; Federal Mahkeme'nin vermiş olduğu kararda iki temel anayasal hakkı (miras hakkı ve kişisel verilerin korunmasını isteme hakkı) karşı karşıya getirerek, bunlardan birine açıkça üstünlük tanınması noktasındadır. İnternet Hukuku Uzmanı Boehme-Neßler'a göre; Federal Mahkeme'nin Facebook kararı hukuki açıdan oldukça problemli olup Federal Mahkeme meseleyi yalnızca miras hukuku bakış açısıyla değerlendirerek eksik inceleme yapmış ve analog dünya ile dijital dünya arasındaki mevcut ve yadsınamaz farkı

⁸⁷ gang zum Facebook-Accounts des verstorbenen Kindes", EWIR 2017, s. 543. Landgericht Berlin, 17.12.2015, Az. 20 O 172/15, ErbR 2016, s. 224.

⁸⁸ Herzog, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, N. 35a.

⁸⁹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 41.

⁹⁰ Herzog, a.g.e., N. 35a.

⁹¹ BGH, 12.07.2018 - III ZR 183/17, NJW 2018, s. 3178, N. 35 vd.

görmezden gelmiştir.⁹² Boehme-Neßler; bu durumu bir örnekle açıklamakta ve bir dolapta duran fotoğraf albümü ya da mektuplarla dolu bir çekmecenin, bir dijital ortamda bulut (*Cloud*) sisteminde depolanan veriler ile eş değer tutulamayacağını ifade etmektedir.⁹³

Federal Mahkeme kararının kilit noktalarından birini, Facebook’taki diğer kullanıcıların (miras bırakanın sohbet arkadaşlarının/iletişim ortaklarının) haklarının etkilendiği durumda, dijital miras hususunun ne şekilde ele alınacağı sorusu oluşturmaktadır. Kararı eleştiren bir görüşe göre;⁹⁴ telekomünikasyonun gizliliği ile miras hukuku bağdaşmaz iki kavramsa, bir diğer deyişle, birbirleri ile çelişiyorsa bu durumda somut olay bakımından iletişimin gizliliği üstün tutulmalıdır. Buna göre; bu üstünlük, sosyal medya platformunda mesajlarını paylaşan herkesin korunması adına mirasçılara karşı da ileri sürülmelidir.

Boehme-Neßler; Federal Mahkeme’nin somut olayı oldukça spesifik ve dar bir bakış açısıyla yalnızca miras hukuku açısından ele aldığını ve mektupların miras yoluyla intikalinden yola çıkarak Facebook hesaplarının da miras yoluyla intikal edebileceği biçiminde bir değerlendirmede bulunduğunu, ancak bu karşılaştırmanın son derece sakıncalı olduğunu ve bu karşılaştırmada bilhassa diğer sohbet arkadaşlarının haklarının göz ardı edildiğini ifade etmektedir.⁹⁵ Bir diğer ifadeyle; Facebook ile kullanıcılar arasındaki sözleşme modelinin “gizlilik” esasına dayandığı, kullanıcıların aralarındaki yazışmaların yine gizlilik ilkesi kapsamında olduğu ve bu yazışma ortamlarının “özel alan” olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmektedir.⁹⁶ Facebo-

⁹² Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: “Juristisch hochproblematisch”, 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹³ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: “Juristisch hochproblematisch”, 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹⁴ Görüş yazısı için bkz. <https://www.datev-blog.de/2018/07/17/rechtsnachfolge-in-der-virtuellen-welt/> (Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).

⁹⁵ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: “Juristisch hochproblematisch”, 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹⁶ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: “Juristisch hochproblematisch”, 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

ok hesapları üzerinden sohbet (*chat*) ortamında birbirlerine mesajlar gönderen kullanıcılar, bu iletişimi kurarken göndermiş oldukları mesajların ve dolayısıyla konuşma içeriklerinin gizli kalacağını varsaymakta olup bu varsayıma dayanmakta da Facebook ile aralarındaki sözleşme gereğince haklıdırlar.⁹⁷

Yukarıda da ifade edildiği üzere; Federal Mahkeme'nin Facebook kararında en çok eleştirildiği noktalardan biri, dijital dünya ile dijital olmayan (analog) dünya arasındaki yadsınamaz farkın görmezden gelindiğine yöneliktir. Meseleyi Facebook kararından önce de ele alan bazı yazarlara göre; dijital mirası dijital olmayan mirastan ayıran karakteristik özelliği, dijital ortamdaki bazı verilere yalnızca ilgili servis hizmeti sağlayıcıları aracılığıyla erişilebilmesidir ki bu sağlayıcılar, kişisel verilerin korunması ya da kişilik hakkına ilişkin itiraz ve gerekçeler ileri sürerek dijital ortamdaki söz konusu verilere erişimi engellebilirler.⁹⁸

Yukarıda ifade edildiği üzere, özel ve kişisel içerikli verilere erişim hakkının mirasçılara intikal edip edemeyeceği meselesi öğretide tartışmalıdır. Bir görüşe göre; verilerin malvarlıksal haklara mı yoksa kişilik hakkına mı ilişkin olduğu ayrımı, dijital verilerin miras yoluyla intikalinin değerlendirilmesi bakımından yeterli bir ölçüt değildir.⁹⁹

IV. TÜRK HUKUKU AÇISINDAN İNCELEME

A. GENEL OLARAK

Alman hukuku ile paralel şekilde, Türk hukukunda da külli halefiyet ilkesi geçerli olup vefat halinde, miras bırakanın özel hukuk ilişkilerinin tümü (tereke) aktifi ve pasifiyle bir küll halinde mirasçılara intikal etmektedir.¹⁰⁰ Miras bırakanın ölümüyle mirasçılara geçen özel hukuk ilişkilerinin tümü tereke olarak nitelendirilmektedir.¹⁰¹

⁹⁷ Boehme-Neßler, Voelke, zur BGH-Entscheidung: "Juristisch hochproblematisch", 12.07.2018, <https://www.tagesschau.de/inland/facebook-erbe-107.html>, Son Erişim Tarihi: 01.05.2019.

⁹⁸ Bräutigam, Peter, DAV Stellungnahme Nr. 34/2013, s. 93 vd.; Klas/ Möhrke-Sobolewski, a.g.e., s. 3476.

⁹⁹ BeckOGK/Preuß, N. 390; Herzog/Pruns, a.g.e., § 2 N. 17 vd.

¹⁰⁰ Mustafa Dural, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 7. Baskı 2013, N. 41.

¹⁰¹ Necip Kocayusufoğlu, Miras Hukuku, 3. Baskı 1987, §3 II.

Her ne kadar tereke; Türk Medeni Kanunu’nun 576. maddesinde malvarlığına eşit bir kavram olarak nitelendirilmiş ve kullanılmış olsa da, malvarlığı kavramının tanımı kanunda yapılmamıştır. Bu nedenle, malvarlığı ya da tereke kavramının kapsamına hangi hukuki ilişkilerin girdiği meselesi yoruma ve değerlendirmeye açıktır.

Bununla birlikte, öğretide ileri sürüldüğü üzere; ölümle birlikte, mirasçılara, miras bırakanın “sadece devir ve intikal edebilen özel hukuk ilişkileri geçer, onun şahsına bağlı olanlar ölüm ile sona erer.”¹⁰² Bir diğer ifadeyle; miras yoluyla geçebilecek hakların malvarlıksal haklar olduğu ancak kişiler hukuku ya da aile hukukuna ilişkin hak ve borçların mirasçılara intikal etmeyeceği ileri sürülmektedir.¹⁰³

Yukarıda ifade edildiği üzere; Alman kanun koyucusu, miras bırakanın günlüklerinin ve kişisel mektuplarının dolayısıyla bunlar üzerindeki miras bırakanın şahsına ait hakların mirasçılara intikal edeceğini açıkça düzenleyerek, bir anlamda, kimi durumlarda terekeye miras bırakanın şahsına ait olan (ve malvarlıksal haklardan sayılmayan) hakların da dâhil olabileceğini öngörmüştür. Türk Medeni Kanunu’nun miras hukukuna ilişkin hükümlerinde ise böyle bir düzenleme öngörülmemiştir. Dolayısıyla; Alman Federal Mahkemesi’nin benimsediği şekilde, kanun koyucunun iradesinden yola çıkarak ve günlükler ve kişisel mektuplar ile benzerlik kurularak, Türk hukukuna göre de bir sosyal medya hesabının mirasçılara intikal edebileceği *doğrudan* ileri sürülememektedir. Öte yandan; Türk Medeni Kanunu’nun 653. maddesi 2. fıkrasının ilk cümlesinden hareketle bir değerlendirme yapılması mümkün olabilir: Buna göre, aile belgeleri ile aile için özel anı değeri olan eşya, mirasçılardan birinin karşı çıkması hâlinde kural olarak satılamaz. Aile fotoğrafları, hatıra defterleri, günlükler ve mektupların bu kapsamda değerlendirilmesi mümkündür.¹⁰⁴ Söz konusu manevi değeri olan belgeler, kural olarak miras bırakanın yakınlarına ve ailesine özgülenmektedir. Bir diğer ifadeyle, manevi değeri olan bu belgeler üzerinde de mirasçılardan söz hakkı bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanunu’nun ilgili hükmünden hareketle, bu hükmün kapsamına giren belge ve eşyalar bakımından öğretide yalnızca fiziki

¹⁰² Dural, a.g.e., N. 57.

¹⁰³ Dural, a.g.e., N. 68.

¹⁰⁴ Dural, a.g.e., N. 2053.

belge ve eşyalar örnek verilmiş olsa da, zamanın gerekleri ve teknolojinin mevcut durumu göz önüne alındığında, aile belgeleri ve aile için özel anı değeri olan *eşyalara* dijital ortamda rastlanması kuvvetle muhtemeldir. Örneğin; miras bırakanın sosyal medya hesabında yer alan aile fotoğrafları bakımından, Türk Medeni Kanunu'nun 653. maddesinin 2. fıkrası gündeme gelecek ve sosyal medya hesabında yer alan ve bilhassa manevi değeri olan bilgi ve belgeler bakımından mirasçılardan miras bırakanın ölümünden sonra hesaba erişim talebi -miras hukuku bakımından- hukuka uygun bir hal alacaktır. Bu bağlamda ayrıca, Alman Federal Mahkemesi'nin değerlendirme biçimine uygun şekilde, miras bırakanın sosyal medya hesabında yer alan yazışmaların da günlükler ve kişisel mektuplar ile benzer biçimde ele alınmaması için Türk miras hukukunda da hiçbir hukuki bir engel bulunmamaktadır. Bununla birlikte, meselenin birden çok boyutu olduğu unutulmamalı ve bilhassa sosyal medya hesabı üzerinden kişisel paylaşımların yapıldığı dijital platformlara giriş şartları (örneğin kullanıcı sözleşmeleri) ile bunların hukuki nitelikleri göz önünde bulundurulmalıdır.

B. TÜRK HUKUK ÖĞRETİSİNDE “DİJİTAL MİRAS” KAVRAMI

Başta Almanya olmak üzere pek çok Avrupa ülkesi ve bilhassa ABD’de dijital miras kavramı ve bundan kaynaklı ilişki ve problemler hukuk düzeni içerisinde yer bulmaya başlamıştır ve bu kavram, güncel hukukun önemli sorunlarından biri olarak işaret edilmektedir.

Türk hukukunda ise konuya ilişkin herhangi bir yasal düzenleme olmamasının yanı sıra dijital miras kavramı, Türk öğretisinde de sınırlı sayıda yazar tarafından ele alınmıştır. Meseleyi farklı yön ve bakış açılarından değerlendiren yazarlar, en nihayetinde dijital içerikli malvarlığı değerleri ya da hukuki ilişkilerin miras yoluyla intikali bakımından görüş bildirmişlerdir.

Bir kimsenin ölümünden sonra dijital dünyada sahip olduğu malvarlığı değerlerinin ya da yürüttüğü hukuki ilişkilerin (somut inceleme özelinde sosyal medya hesaplarının) mirasçılara intikalinin yani en nihayetinde dijital mirasın hukuken mümkün olup olmadığı sorusu tartışmaya açıktır, çünkü dijital mirası mümkün kılan hiçbir yasal düzenleme (en azından şu an için) bulunmamaktadır.¹⁰⁵

¹⁰⁵ Yasemin Maraşlı Dinç, “Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akı-

Öğretideki bir görüşe göre, sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali sorunu, hesabın niteliğine göre ele alınmalı; hesabın salt kişiler arasındaki iletişim için kullanımı, hesap aracılığıyla maddi kazanç elde edilmesi ya da hesabın her iki kullanım tarzını da bünyesinde barındıran karma bir nitelik taşıyıp taşımadığı hususları üzerinde durularak inceleme yapılmalıdır.¹⁰⁶ Bu görüşe göre; hesabın salt kişiler arasındaki iletişim için kullanımı durumunda, her ne kadar anayasal hak niteliğini taşıyan özel hayatın ve haberleşmenin gizliliği ilkelerinin –bilhassa sosyal medya üzerinden kurulan iletişimin diğer tarafı bakımından- ihlali iddia edilebilir olsa da, yine anayasal bir hak olan miras hakkı gereğince sosyal medya hesaplarının özel anı niteliği taşıyan bir eşya olarak kabulü ile kanuni mirasçılara intikalinin mümkün olduğu ileri sürülmektedir.¹⁰⁷ Bu görüş aynı zamanda, maddi kazanç elde edilmesi amacıyla kullanılan (bilhassa reklam alınması yoluyla gelir edilen) sosyal medya hesaplarının da tıpkı fiziki bir malvarlığı değeri gibi sağlar arası tasarruflara konu olabilmesi imkânından hareketle hakkaniyet gereğince ölüm halinde mirasçılara intikal edebileceğini savunmaktadır.¹⁰⁸ Aynı görüşe göre, her iki kullanım amacını da bünyesinde barındıran karma nitelikli sosyal medya hesapları bakımından da yine bunların miras yoluyla intikali mümkün sayılmaktadır.¹⁰⁹

Dijital miras konusunu e-posta hesaplarının intikali bakımından ele alan bir görüşe göre; özel yaşamın gizliliği kapsamında değerlendirilerek aile bireyleri arasında dahi paylaşılmayan ve kişiye özel sayılan özel mektuplarla benzer şekilde, kişisel paylaşımları içeren e-postaların mahremiyeti de bu açıdan değerlendirilmeli ve özel yaşamın gizliliğinin mirasçılara karşı da geçerli olduğu kabul edilmelidir.¹¹⁰ Bununla beraber; aynı görüş tarafından, e-posta hesabı içeriğinde e-imza alt yapısı ile yapılmış sözleşmeler ya da maddi değeri olan ekonomik verilerin bulunması durumunda bunların miras yoluyla intikal edebileceği

beti: Dijital Miras", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, S. 142, s. 275.

¹⁰⁶ A.g.e., s. 278 vd.

¹⁰⁷ A.g.e., s. 280. Özel anı değeri taşıyan eşyalar bakımından bkz. Ömer Uğur Gençcan, *Miras Hukuku*, Ankara 2016, s. 1385.

¹⁰⁸ A.g.e., s. 281 vd.

¹⁰⁹ A.g.e., s. 283.

¹¹⁰ Servet Yetim, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2008, C. 3, S. 21, s. 57-60.

savunulmaktadır.¹¹¹ Bir diğer ifadeyle, kişinin özel hayatını ilgilendiren e-posta içeriklerinin miras yoluyla intikal etmeyeceği, öte yandan söz konusu e-posta hesaplarında maddi içerikli (bilhassa iş hayatına ya da ticari hayata ilişkin) verilerin ise mirasçılar tarafından öne sürülmesi ve bilirkişi aracılığıyla da ispatlanması şartıyla mirasa konu olabileceği kabul edilmektedir.¹¹² Yine öğretide benzer şekilde; kişilik hakkının ölümle sona ermeyeceği, ölen kişinin mahremiyetine saygı duyulması gerektiği öne sürülmekte ve bu bağlamda, kişinin mahremiyet bilgilerini taşıyan e-posta hesaplarının -aksi yönde bir vasiyetname yoksa- mahremiyet hakkı gereğince mirasçılara intikal etmeyeceği ileri sürülmektedir.¹¹³ Bununla birlikte, ölenin bilhassa ticari işleri için kullandığı e-posta hesap içeriklerinin ise intikal kapsamında değerlendirilebileceği kabul edilmektedir.¹¹⁴

Öğretideki bir başka görüş ise sosyal medya hesaplarının akıbeti tartışmasında, miras bırakanın sosyal medya hesaplarını kullanmak için servis sağlayıcıları ile yaptığı kullanım sözleşmesinden yola çıkılması gerektiğini ileri sürmekte ve bu sözleşmenin esas itibarıyla borç doğuran bir sözleşme olarak kabulü ile sözleşme taraflarının kimliklerinin önem arz etmemesi sebebiyle miras yoluyla intikalının mümkün olduğunu savunmaktadır.¹¹⁵ Aynı görüş tarafından, dijital bilgilerin ekonomik değeri olsun ya da olmasın miras yoluyla intikalının mümkün olduğu, çünkü miras bırakana gönderilmiş özel hayatıyla ilgili bir mektup ya da miras bırakanın günlüğü mirasçılara intikal ediyorsa bu durumun dijital bilgilerin geçişine de kıyasen uygulanması gerektiği ileri sürülmektedir.¹¹⁶

C. DEĞERLENDİRME

Öğretide de isabetli şekilde ileri sürüldüğü üzere; sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali bakımından, yalnızca sosyal medya

¹¹¹ A.g.e., s. 57.

¹¹² A.g.e., s. 57-59.

¹¹³ İlyas Çeliktas, "Vefat Eden Kişinin Elektronik Posta Hesabı Mirasçılara İntikal Eder Mi?", *Terazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2011, C. 6, S. 62, s. 38.

¹¹⁴ A.g.e., s. 38.

¹¹⁵ Nurten İnce Akman, "Miras Bırakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2018, C. 9, S. 2, s. 555.

¹¹⁶ A.g.e., s. 556.

hesabında yer alan içeriklerin değil, aynı zamanda sosyal medya kullanıcı sözleşmesinin mirasçılara miras yoluyla geçip geçmeyeceğinin değerlendirilmesi gerekir.

Federal Mahkeme; Facebook kararında her ne kadar sözleşmesel ilişki bakımından da bir değerlendirme yapmış olsa da, kararının temel dayanak noktasını, Alman Medeni Kanunu’nun günlükler ve kişisel mektupların da terekeye dâhil olduğunu öngören 1922. maddesi oluşturmaktadır. Yalnızca bu bağlamda bir değerlendirme yapıldığına; sosyal medya (Facebook) hesabında yer alan bilgi ve yazışmaların, günlükler ve kişisel mektuplar gibi mirasçılara intikal edeceği çıkarımını, yukarıda değinildiği üzere Türk miras hukuku bakımından da yapmak mümkündür.

Ne var ki bu hususta, Alman öğretisinde de ifade edildiği üzere, yalnızca miras hukuku bakımından değerlendirme yapılması hukuki açıdan sakıncalı sonuçlar doğurabilir. Dolayısıyla, sosyal medya (Facebook) ortamında yapılan paylaşım ve yürütülen yazışmaların (bunların analog dünyada karşılığını bulan) günlük ve kişisel mektuplardan ayrıldığı noktaya değinmek gerekir: Facebook kullanıcı hesabı aracılığıyla yürütülen tüm faaliyetlerin ön şartı, Facebook kullanıcı sözleşmesinin akdedilmesidir. Söz konusu kullanıcı sözleşmesinin en önemli özelliği ise sözleşme taraflarının (yani sosyal medya kullanıcı hesabı sahiplerinin) yukarıda da ifade edildiği üzere, gizlilik esasına dayanarak ve güvenerek söz konusu kullanıcı sözleşmesine taraf olmalarıdır. Dolayısıyla; kullanıcı hesabı sahipleri, sözleşme ilişkisine girerken, paylaşılan hesap içeriklerine ve yazışmalara yalnızca muhatap olunan hesap sahipleri tarafından ulaşılabileceğine güvenmekte haklıdırlar. Bu nedenle; her ne kadar bir sosyal medya (Facebook) hesabı kullanıcısı, hesap içeriklerinin ve diğer hesap sahipleriyle olan yazışmaların (muhatap hesap sahipleri dışında) 3. kişiler tarafından görülebilme ihtimalini mutlak surette engelleyemeyecek olsa da, bu durum ancak istisnaidir ve hâlihazırda zaten Facebook kullanıcı sözleşmesi ile sözleşmenin temel dayanağı olan gizlilik ilkesine uygun değildir. Dolayısıyla; hesap içeriklerine 3. kişiler tarafından her zaman ulaşılabileceği (dolayısıyla kullanıcı sözleşmesinin ihlali) riskinin bulunduğu gerekçesine dayanarak, bu verilerin evleviyetle mirasçılara intikal edebileceği sonucunu çıkarmak Facebook kullanıcı sözleşmesinin prensipleriyle bağdaşmamaktadır.

Alman hukukunda da söz konusu olduğu üzere, Türk hukuku bakımından da kanunlarla korunan ve anayasal bir hak olan özel hayatın gizliliği ilkesinin (Türkiye Cumhuriyeti Anayasası 20. maddesi) önemli bir yansıması olan telekomünikasyonun gizliliği prensibi ve kişisel verilerin korunması mevzuatı kapsamında yapılacak bir değerlendirmeye göre de, mirasçılarının sosyal medya hesabını miras yoluyla elde etmelerini *doğrudan* engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır. Federal Mahkeme kararında da incelendiği üzere, hesap sahibinin mirasçılarının, bu ilkeler kapsamında kendilerine karşı koruma sağlanması amaçlanan 3. kişilerden olup olmadığı ise bir yorum ve değerlendirme meselesidir.

Dijital miras konusuna ilişkin Türk mevzuatında da herhangi bir hüküm bulunmaması sebebiyle, *hukukun dijitalleştirilmesi* süreci başlayana ve mevzuatta bu hususa ilişkin bir düzenlemeye yapılncaya kadar, meselenin öğreti ve yargı kararları ile alınması ve ilerleyen zamanlarda daha da önem kazanacak olan dijital miras meselesine bir çözüm getirilmesi beklenmektedir.

V. SONUÇ

Teknolojinin ve internetin gündelik hayatı hızla ele geçirmesi sonucunda bilhassa özel hukuk ilişkilerinin internet ortamında kurulması, yürütülmesi ve sonlandırılması oldukça sık rastlanır bir durum haline gelmiştir. Durum böyle olmakla birlikte, internet ortamında yürütülen özel hukuk ilişkilerinin hukuki açıdan ne şekilde ele alınacağı sorusuna halen tam anlamıyla bir cevap verebilmek ise mümkün değildir.

Durum yalnızca Türk hukuku ya da Alman hukuku bakımından böyle olmayıp pek çok ülke hukukunun, dijital dünyanın gereklerine yetişemediği ve bunların gerisinde kaldığı aşikârdır. Dijital hayatın ve dijitalleşmiş hukuki ilişkilerin görünüm biçimlerinden biri olan dijital miras kavramı, ilk defa bir Federal Mahkeme tarafından kapsamlı şekilde ele alınmış olmakla birlikte, verilen karar pek çok soru işaretini de beraberinde getirmiştir.

Sosyal medya hesaplarının miras yoluyla intikali hususunun yalnızca miras hukuku açısından değerlendirilmesi, Alman öğretisinde de işaret edildiği üzere isabetli olmayacaktır. Facebook kullanıcı he-

sabını, günlük ve kişisel mektuplardan ayıran en önemli fark, kişisel paylaşımların yapıldığı sosyal medya platformuna girilmesi için Facebook kullanıcı sözleşmesinin akdedilmiş olmasıdır. Dolayısıyla, Alman hukuku bakımından değerlendirme yapılırken, bahsi geçen sözleşme şartlarının göz ardı edilmemesi gerekir. Sözleşmenin temelde yatan gizlilik prensibi gereğince; kullanıcı sözleşmesini akdeden kullanıcı hesap sahiplerinin hesap içeriklerine, muhatap olunan hesap sahibi ve/veya sahipleri dışında hiç kimsenin ulaşamayacağının kabulü gerekir. Benzer bir değerlendirmenin Türk hukuku açısından da yapılması mümkündür. Bu kapsamda; Facebook hesabında yer alan içeriklerin, günlük ve kişisel mektuplarla benzer biçimde mirasçılara intikal edebileceği sonucunu çıkarmak Facebook kullanıcı sözleşmesinin şartları ve Anayasa’da ifadesini bulan “özel yaşamın gizliliği/ telekomünikasyonun gizliliği” ilkeleri ile bağdaşmamaktadır. Dolayısıyla; Türk ve Alman hukukları bakımından, Facebook kullanıcı hesabı ile günlük ve kişisel mektupların aynı kapsamda değerlendirilmemesi, Facebook kullanıcı hesabının, kullanıcı sözleşmesi ve anılan anayasal haklar uyarınca miras yoluyla intikal edemeyeceğinin kabulü gerekir.

İfade edildiği üzere; dijital miras meselesi, Türk hukuku bakımından –en azından şu an için- tam anlamıyla yabancı bir kavramdır. Bu sebeple; mesele yasal bir düzenlemeye kavuşuncaya kadar, dijital miras konusuna öğreti ve yargı kararları ile yön verilmesi gerekmektedir. En nihayetinde, önemi ve hukuki ilişkilerdeki yeri giderek artan dijital dünyanın gereklerine hukuk düzeni içerisinde de bir an evvel cevap verilmeli, ayrıca bu bağlamda, bu ilişkilerin görünüm biçimlerinden biri olan dijital miras kavramının Türk Medeni Kanunu kapsamındaki yeri değerlendirilmeli ve hukukun dijitalleştirilmesi hususu mutlak surette en yakın zamanda yasama gündemine alınmalıdır.

Kaynakça

- Alexander Christian, “Digitaler Nachlass als Rechtsproblem? – Überlegungen aus persönlichkeitsrechtlicher, datenschutzrechtlicher und vertragsrechtlicher Sicht”, K&R 2016, s. 30.
- Beck’scher Online-Kommentar BGB, 41. Baskı 2016.
- Biermann Bastian, “Der digitale Nachlass im Spannungsfeld zwischen Erbrecht und Datenschutz, zugleich Besprechung des Urteils des KG Berlin v.31.5.2017 – 21 U 9/16”, ZErB 2017, s. 210.

- Biermann Bastian, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 5. Baskı 2018, s. 1.
- Biermann Bastian, "Mündliche Verhandlung zum digitalen Nachlass vorm BGH Facebook und die Toten", <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/bgh-verhandlung-digitaler-nachlass-erbe-facebook-telekommunikation/> (Son erişim tarihi: 01.05.2019).
- Bleich Holger, "Ableben 2.0 – Wie mit den Internet-Hinterlassenschaften Verstorbener umzugehen ist", *c't* 2013, s. 62.
- Bock Merle, "Juristische Implikationen des digitalen Nachlasses", *AcP* 2017, s. 370.
- Bräutigam Peter, "Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistungen gegen personenbezogene Daten", *MMR* 2012, s. 635.
- Brisch Klaus/Müller-ter Jung Marco, "Digitaler Nachlass – Das Schicksal von E-Mail- und De-Mail-Accounts sowie Medientcenter-Inhalten", *CR* 2013, s. 446.
- Burandt Wolfgang/Rojahn Dieter, Erbrecht (Beck'sche Kurz-Kommentare), 3. Baskı 2019.
- Czaplinski Paul/Kurth Steffen, "Annahme zu KG: Kein Recht der Eltern auf Zugang zum Facebook-Accounts des verstorbenen Kindes", *EWiR* 2017, s. 543.
- Çeliktaş İlyas, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Terrazi Hukuk Dergisi*, Ankara 2011, C. 6, S. 62, s. 34.
- Deusch Florian, Digitales Sterben: Das Erbe im Web 2.0, *ZEV* 2014, s. 2.
- Dural Mustafa, Türk Özel Hukuku Cilt IV Miras Hukuku, 7. Baskı 2013.
- Frieser Andreas, Erbrecht Kommentar, 4. Baskı 2013, BGB §1922 N.8.
- Gençcan Ömer Uğur, Miras Hukuku, Ankara 2016, s. 1385.
- Gloser Stefan, "Digitale Erblasser und digitale Vorsorgefälle – Herausforderungen der Online-Welt in der notariellen Praxis – Teil I", *MittBayNot* 2016, s. 13.
- Herzog Stephanie, "Der digitale Nachlass – ein bisher kaum gesehenes und häufig missverstandenes Problem", *NJW* 2013, s. 3745.
- Herzog Stephanie, Nachfolgerecht, Der digitale Nachlass, 2. Baskı 2019.
- Herzog Stephanie/Pruns, Matthias, Der digitale Nachlass in der Vorsorge- und Erbrechtspraxis, 1. Baskı 2018, §4 N. 41 vd.
- Hoeren Thomas, "Der Tod und das Internet – Rechtliche Fragen zur Verwendung von E-Mail- und www-Accounts nach dem Tode des Inhabers", *NJW* 2005, s. 2114.
- İnce Akman Nurten, "Miras Birakanın Dijital Bilgilerinin Mirasçılara Geçiş (Dijital Tereke)", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Kayseri 2018, C. 9, S. 2, s. 555.
- J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: Staudinger BGB - Buch 5: Erbrecht, 17. Baskı 2017.
- Klas Benedikt/Möhrke-Sobolewski Christine, "Digitaler Nachlass – Erbenschutz trotz Datenschutz", *NJW* 2015, s. 3473.
- Kocayusufpaşaoğlu Necip, Miras Hukuku, 3. Baskı 1987.
- Kutscher Antonia, Der digitale Nachlass, 1. Baskı 2015, s. 101.

- Lange-Werner Knut/Holtwiesche Marian, "Digitaler Nachlass - eine Herausforderung für Wissenschaft und Praxis (Teil 1)", ZErB 2016, s. 125.
- Lange-Werner Knut, Erbrecht, 2. Baskı 2017, § 9 N. 31.
- Leeb Christina-Martina, "Bekannt verstorben - Rechtsfragen des Umgangs mit Social Media Daten Verstorbener", K&R 2014, s. 693.
- Ludyga Hannes, "Digitales Update für das Erbrecht im BGB?", ZEV 2018, s. 2
- Ludyga Hannes/Heintz Veris-Pascal, "Endlich Rechtsklarheit beim digitalen Nachlass? Das Facebook-Urteil des BGH", JM 2018, s. 398.
- Maraşlı Dinç Yasemin, "Ölümden Sonra Sosyal Medya Hesaplarının Hukuki Akıbeti: Dijital Miras", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Ankara 2019, S. 142, s. 274.
- Martini Mario, "Der digitale Nachlass und die Herausforderung postmortalen Persönlichkeitsschutzes im Internet", JZ 2012, s. 1147.
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Erbrecht §§ 1922-2385, 7. Baskı 2017.
- Preuß Nicola, "Digitaler Nachlass – Vererbbarkeit eines Kontos bei einem sozialen Netzwerk", NJW 2018, s. 3146.
- Raude Karin, "Der digitale Nachlass in der notariellen Praxis", RNotZ 2017, s. 20.
- Resta Giorgio, "Personal Data and Digital Assets after Death: a Comparative Law Perspective on the BGH Facebook Ruling", EuCML 2018, s. 201.
- Salomon Pascal, "Digitaler Nachlass" – Möglichkeiten der notariellen Vorsorge, NotBZ 2016, s. 365.
- Stellungnahme des Deutschen Anwaltvereins durch die Ausschüsse Erbrecht, Informationsrecht und Verfassungsrecht zum Digitalen Nachlass – 34/2013, <https://anwaltverein.de/files/anwaltverein.de/downloads/newsroom/stellungnahmen/2013/SN-DAV34-13.pdf> Son Erişim Tarihi: 01.05.2019).
- Steiner Anton/Holzer Anna, "Praktische Empfehlungen zum digitalen Nachlass", ZEV 2015, s. 262.
- Willems Constantin, "Erben 2.0 – zur Beschränkbarkeit der Rechtsnachfolge in das digitale Vermögen", ZfPW 2016, s. 506.
- Wunderlin Philip/Bielajew Andrzej, "Digitaler Nachlass – was geschieht mit unseren "IT-Daten nach dem Tod?", IPRB 2014, s. 224.
- Wüsthof Lucas, "Anmerkung zum Urteil des LG Berlin vom 17.12.2015 (20 O 172/15) – Zum digitalen Nachlass", ErbR 2016, s. 223.
- Yetim Servet, "Elektronik Posta (E-posta) Hesabı İçeriği Mirasa Konu Olur Mu?", *Te-razi Hukuk Dergisi*, Ankara 2008, C. 3, S. 21, s. 49.