

ELEKTRONİK POSTA KUTUSU KULLANIMI İLE İLGİLİ KARŞILAŞILAN HUKUKİ SORUNLAR VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Doç.Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM**

*Doç.Dr. Tekin MEMİŞ***

I. GİRİŞ

Bilgisayarların iletişim sektöründe de kullanılması ile birlikte, görsel ve işitsel öğelerin sayısallaştırılmak (=digitalisierung) suretiyle iletilmesinin önü açılmış, hemen hemen her türlü veri, sayısallaştırılarak bilgisayarlar aracılığı ile iletilebilir hale getirilmiştir¹. Bu gelişim özellikle telefon gibi daha çabuk iletişim sağlayan araçların etkisiyle unutulmaya yüz tutan, mektup yazma alışkanlığını tekrar canlandırmıştır². Zira telefondaki kadar olmasa da bilgisayar ortamında veri transferi kişileri memnun edecek bir hızda gerçekleşmekte, ücretsiz posta hizmetleri sunan kişilerin de ortamda yer alması ile, kişiler ücretsiz olarak haberleşme imkanını elde edebilmektedir-

* Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

** Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Kaplan, Y., İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara 2004, s. 38; Schneider, M., Electronik Mail: Mode, Medium oder Inbegriff des Bösen?, JurPC 9/1989, s. 326 (www.jurpc.de); Schneider, M., Bürokommunikation und Mailbox-Systeme (I), JurPC 06/1990, s. 624 vd.; (II) JurPC 7-8/1990, s. 696 vd.. Montani, S./Kummer, F., Vor E-mail sind wir alle gleich, in: Jusletter, 21.7.2004. www.weblaw.ch/jusletter/Artikel.asp?ArticleNr=3206., Rz. (Paragraf) 2; Stenger, H.J., Mailboxen, Probleme der beweissicherung in Strafsachen, CR 1990, 786 vd.. Bu gelişmenin telefon hatları üzerinden katma değerli hizmet sunumlarının önünü açtığı da unutulmamalıdır. Telefon hatları üzerinden katma değerli hizmet sunumları hakkında bkz., Yıldırım, M.F., Telefon Hatları Üzerinden Katma Değerli Hizmet Sunumları ve Karşılaşılan Hukuki Sorunlar, AÜEHFD. C.VIII, S. 1-2, s. 307 vd..

² Bazı bakımlardan elektronik posta ile geleneksel mektup gönderme işlemi birbirine benzese de aralarında esaslı farklılıklar vardır: Ayrıntılı bilgi için bkz., Krennmair, A., Konvergenz zwischen Regelungen rechtlicher und technischer Natur im E-Commerce, s. 3. Eser internette www.rechtsprobleme.at/doks/konvergenz-krennmair.pdf adresinden temin edilebilir.

ler³. Posta kutuları, her ne kadar esas itibariyle metin haline dönüştürülmüş yazıların iletilmesinde kullanılsa da, bunun yanında sayısallaştırılmış konuşmalar, grafik görüntüler ile her tür dosyanın, ek halinde karşı tarafa ulaştırılmasında da kullanılmaktadır⁴. Ayrıca haber grupları kurmak⁵ suretiyle, bir haberin belirli bir çevrede tek bir tuşa basılmak suretiyle dolaşıma sokulması da bu ortamın sağladığı bir kolaylıktır⁶. İnternet bağlantısına sahip olmanın yeterli olduğu bu iletişim imkanı, aynı zamanda sözleşmelerin kurulmasına⁷ ve hatta, veri transferinin sözleşmeden kaynaklanan edim

- 3 Elektronik posta hizmeti sunumunun teknik yönden incelenmesi konusunda bkz., Ünal/Aral/Başpınar/ Kocaağa, Medeni Hukuk Pratik Çalışmaları, 3. Bası, Ankara 2005, s. 34 vd.; Schneider, JurPC 1990, 628; Montani/Kummer, Rz. 5 vd..
- 4 Eichorn, B., Internet-Recht, Wien/Mainz 2000, 25 vd.; Strömer, T.H., Online-Recht, Heidelberg 1999, s. 103 vd.; Perrey, E., Gefahrenabwehr und Internet, München 2002, s.12 vd..
- 5 Posta listesi ile haber grubu birbirinden farklı özelliklere sahip e-postalardır. Posta listesinde, yazılan bir posta, bir program aracılığı ile önceden tespit edilmiş adreslere otomatik olarak gönderilmektedir. Bu tür listeler, bir konunun dünya çapında tartışılmasına imkan vermektedir. Buna karşılık haber grupları, amaç ve işlevi itibariyle posta listelerine benzemekle birlikte, katılımcı görüşleri ve diğer veriler bu ortamda elektronik olarak sunulmamakta, aksine haber üzerine otomatik bir dağıtım sistemi kurulmuş olup, bunun üzerinden kullanıcılara ulaştırılmaktadır. Yararlanıcılar tarafından gönderilen tartışma metinleri, dünya çapında görülebilecek bir biçime uygun olarak düzenlenmektedir. Yararlanıcı bir katkıya karşı cevap verebilmektedir. Bu cevap otomatik olarak bu katkıya eklenmektedir. Haber grupları için özel haber adreslerinin alınması gerekmektedir. Her haber grubunun kendine ait bir haber adresi bulunmaktadır ve bu adresler global konu hiyerarşisine uygundur (Eichorn, 26).
- 6 Elektronik posta bir üst kavram olarak bir yandan kişisel yazışmaları diğer yandan haber grubu yaratılarak, bu grup içerisinde haberleşmeyi sağlamaktadır (Schneider, JurPC 1989, 327); Elektronik postanın alelade bir posta kutusundan çok daha fazla bir işleve sahip olduğu yönünde bkz., Marly, J., Klagen im Mailbox-Betrieb: Probleme des Gerichtsstands, JurPC 1989, 355 vd.; Eichorn, 25; Stenger, CR 1990, 787; Fischer, R.A., Datenschutz bei Mailboxen, CR 1995, 178 vd.. Arama motorlarının elektronik posta hizmetleri ile birbirine bağlanması sonucunda, noktadan noktaya (peer to peer) veri transferlerinde de deyim yerinde ise, bir devrim yaşanmıştır. Bu imkan, fikri hukuk bakımından koruma altına alınmış eserlerin de bu çerçevede dosya paylaşım sistemine dahil edildiği ve fikri hak ihlallerinin yeni bir boyut kazandığı görülmektedir. Bkz., Memiş, T., İnternet Ortamında Müzik Sunumları ve Fikri Haklar, Ankara 2002, s. 10 vd. Brunner, R., Urheber- und Leistungsschutzrechtlichler Probleme der Musikdistributation im Internet, Diss., Berlin 2004, s. 40 vd.; Akipek, Ş./Dardağan, E., Sanal Ortamda Gerçekleşen Telif Hakkı İhlallerine Uygulanacak Hukuk, AÜHFD., C. 50 (2001), S. 3, s. 115 vd.; Marly, J., Die Verteilung von Artikeln und Programmen in Datennetzen aus urheber- und wettbewerbsrechtlicher Sicht, JurPC 2/1992, s. 1442 vd.. Böyle bir durumda masa üstü yayıncılıktan bahsedilebileceği yönünde bkz., Schneider, JurPC 1989, 326.
- 7 İnal, E., E-Ticaret Hukukundaki Gelişmeler ve İnternette Sözleşmelerin Kurulması, İstanbul 2005, s. 126; Gezder, Ü., Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen

yükümlülüğününün kapsamına dahil olduğu durumlarda, sözleşmelerin ifasına aracılık etmektedir. E-postaların şirketlerin reklam aracı haline geldiği de gözden uzak tutulmamalıdır⁸.

Kamusal alanda ise e-posta kutuları bir “forum”, “bülten” veya “ilan tahatası” olarak kullanılmaktadır⁹. Böylece kamu oyunu ilgilendiren hususlar, ucuz ve etkili bir biçimde kamuya duyurulmakta, kamuoyunun görüşüne sunulmakta, kamuoyundan alınan tepkilere göre, yönetim, yönetişime dönüşmektedir. Bir diğer ifade ile, halkın yönetime katılma imkanı sağlanmış olmaktadır.

Elektronik posta hizmetinin verildiği tüm bu yöntemlerde bir takım hukuki sorunların yaşanılması kaçınılmaz gözükmektedir. Örneğin, bir derneğin üyelerine sağladığı kurumsal e-posta hizmetinin, üyenin, dernek genel kurulunda başkanlığa aday olacağını öğrenilmesinden sonra, mevcut yönetimin, bu üyenin, diğer üyelerle iletişimini engellemek amacıyla, üyenin bilgisi dışında posta kutusu hesap şifresini değiştirmesi ve dolayısıyla bu kişinin e-posta hizmetinden faydalanamaması karşısında hukuken ne yapılabileceği çözüme kavuşturulmalıdır. Keza, hukuka aykırı bir içeriğin e-posta yolu ile kişilere ulaştırılmaya çalışılması halinde, e-posta hizmet sağlayıcısı-

Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması, İstanbul 2004, s. 83 vd., özellikle s. 94; Baum, S., Der Elektronische Vertragsabschluss, Basel 2001, 359 vd.. Hukukumuzda bir sözleşmenin kurulabilmesi için karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanı yeterlidir. Bu imkanı e-posta hizmeti tam olarak sağlamaktadır. Dijital imzanın da yürürlüğe konulması ile beyan sahiplerinin kimlikleri konusundaki endişeler de ortadan büyük ölçüde kalkacağından bu ortamın sözleşmelerin kurulmasında oldukça güvenli hale geleceği kuşkusuzdur. E-postalarda, e-postayı kimin gönderdiğini gerçekten bilebilmek hukuken birçok bakımdan önem taşımaktadır. Bu konu ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., Mankowski, P., Wie problematisch ist die Identität des Erklärenden bei E-Mails wirklich?, NJW 2002, 2822 vd.; Yazarın internet ortamındaki anonimlikten, “sizin ne ... olduğunuzu internet ortamında kimse bilmez” sözüne işarette yakındığı görülmektedir (Bu sözün 5.7.1993 tarihinde New Yorker gazetesinde yayınlanan bir karikatürden kaynaklandığı ve oradan yayıldığı makalenin dipnotunda verilmektedir). Ancak zaman içerisinde bu yakınmaların sonuç verdiği, örneğin yahoo'nun yeni bir uygulama ile spam nitelikli e-postaları engelleme girişiminin bulunduğu görülmektedir. Sistem asimetrik şifreleme esasına dayanmaktadır. Fillen mesajı gönderen sisteme kayıtlı kişi olmalı, yani bu konuda mutabakat sağlanmalıdır. Haberle ilgili ayrıntılı bilgi için bkz., ITRB 2005, 74. Elektronik postanın e-ticaretin yapıtaşlarından biri olduğu kabul edilmektedir. Elektronik ticaret kavramı hakkında ayrıca bkz., Demir, M., Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması, Ankara 2004, s. 118 vd.; Sözleşmelerin kuruluşu ilgili olarak özellikle 225 vd..

⁸ Elektronik posta yolu ile reklam yapmanın hukuki sınırları konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Modemann, S., Die rechtliche Zulaessigkeit von Werbe- E-Mails, Diss., Köln 2003, s. 1 vd..

⁹ Stenger, CR 1990, 786. E-posta kutularının kara tahta ve harici veri bankaları ile işbirliği ile veri sağlama hizmeti işlevinin de olduğu görülmektedir, (Ackermann, 79 vd.).

nın bundan sorumlu tutulup tutulamayacağı tartışılan ve bir sonuca ulaştırılmayan güncel sorunlardandır¹⁰. Bu çalışmada e-posta ile ilgili karşılaşılan sorunlar ile özellikle, elektronik posta hizmet sağlama sözleşmelerinin hukuki niteliği, spam ve e-posta kutusuna müdahale sonucunda karşılaşılan sorunlar ve çözüm önerileri üzerinde durulacaktır.

II. ELEKTRONİK POSTA KUTUSU KULLANIM SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

E-posta ile ilgili olarak karşılaşılan sorunlara, özellikle e-posta kutusuna müdahalelere çözüm üretebilmek için öncelikle e-posta hizmeti sunan ile bu hizmeti alan kişi arasındaki hukuki ilişkiyi tam ve doğru bir biçimde tespit etmek gerekmektedir. Bu tespitin yapılabilmesi, aşağıda belirlendiği üzere ihtimallere göre bir ayırım yapılmasını gerektirmektedir.

A. KAMU KURUM VE KURULUŞLARININ MENSUPLARINA E-POSTA HESABI TAHSİSİ

Kamu kurum ve kuruluşlarının bir çoğunun, veri transferini kolaylıkla ve güven içerisinde gerçekleştirebilmeleri bakımından mensuplarına (örneğin üniversitelerin memur, öğretim üyesi ve hatta öğrencilerine) bir elektronik posta kutusu tahsis ettikleri görülmektedir. Bu hizmet e-Devlet projesinin de bir unsuru olarak görülmelidir. Zira kısa anlamıyla e-Devlet, hizmetlerini elektronik ortama taşıyan ve böylece kolay, ucuz ve etkin hizmet sunumunu amaçlayan devlet demektir. Ayrıca bu hizmetin verilmesinde, bu kişilerin başka başka kişilerin sunduğu hizmetlere yönelmeleri halinde, bilgi işlem sisteminin maruz kalacağı olası tehlikelerin bertaraf edilmesi düşüncesi de yer almaktadır. Zira, bazı kötü niyetli kişiler, sisteme bu yollarla da sızabilmekte, örneğin, kurumun ana bilgisayarlarında kurulu güvenlik araçları ile denetlenmeden geçen e-postalar, sisteme büyük ölçüde zarar verebilmektedir. Ayrıca kurum, bu hizmeti vermek suretiyle, kendi sağladığı e-posta hizmeti dışındaki posta hizmetlerini kullanım dışına itebilmekte, en azından kurum içinden veri transfer trafiğini kontrol edebilmektedir. Virüs taşıyan e-posta eklerinin yok edilerek, sisteme zarar vermesi engellenmektedir.

Kanımızca anılan türden bir e-posta hesabı tahsisini, kamu hizmeti olarak görmek gerekmektedir. Bu hizmetten yararlanabilecek kişilerin çevresi ve nitelikleri bu hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılmamasında önem taşımaz. Örneğin bir üniversitede bu hizmeti ancak öğrenci, öğretim üyesi ya da kurum memuru olanlar alabilmektedir. Dolayısıyla bu alanda idare hukuku ilkeleri geçerli olmalıdır. Bu cümleden olmak üzere kamu hizmetinin hiç

¹⁰ . Bu sorun ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz., Ackermann, 99 vd.; özellikle hukuki sorumluluk için 136 vd..

işlememesi, kötü işlemesi ve bundan bir zarar doğması halinde ancak idari nitelikli tam yargı davalarının açılması mümkün olur. Kurumda böyle bir hesaptan yararlanabilme ölçütüne sahip kişilerin, bu hizmetten yararlandırılmaması ise, iptal davasına konu olur.

Bir kamu görevlisine tahsis edilen e-posta hesabına, kamudaki birimlerce müdahale edilip edilemeyeceği, edilebilirse bunun sınırları, yine idare hukuku esaslarına göre tespit edilmelidir. Bu konuda kamu yararı ve idari işlemlerde ölçülülük ilkesi¹¹ en önemli araçlar konumundadır. Üstün nitelikli kamu yararının özel hukuk bakımından da bir hukuka uygunluk sebebi oluşturduğu göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir yararın bulunduğu hallerde, kişinin e-posta hesabının gözlem altına alınması, gerekli görülen hallerde, şifrenin kişinin bilgisi dışında değiştirilmesi suretiyle posta kutusuna erişiminin önlenmesi mümkün görülmelidir. Bu tür e-postalar da, diğer e-postalarda olduğu gibi haberleşme özgürlüğüne dahildir. Bu sebeple hesabın gözlem altına alınması ve izlenmesi, tıpkı telefonlarda olduğu gibi yetkili mercilerden izin alınarak gerçekleştirilmelidir.

B. GERÇEK KİŞİLERİN VE ÖZEL HUKUK TÜZEL KİŞİLERİNİN AKDETTİKLERİ SÖZLEŞMELERLE E-POSTA HİZMETİNİ SAĞLAMALARI

Kamu kurum ve kuruluşlarının yanı sıra özellikle bir çok çalışanı bulunan gerçek kişilerin ve özel hukuk tüzel kişilerin, çalışanlarına e-posta hizmeti sağladıkları görülmektedir. Bu hizmet, kuruluşun bu hizmeti sunan bir başka kuruluş ile akdettiği bir sözleşme gereğince verilmektedir ki, bu hizmet, elektronik posta hizmeti sağlama akdi kapsamında gerçekleşmektedir¹². Burada iletişim çoğunlukla, kuruluşların internet servis sağlayıcıları ile yaptıkları kurumsal erişim paketlerinin muhtevasında, istenildiği kadar e-posta kutusu hizmeti sağlama edimi çerçevesinde gerçekleşmektedir. Bazan da servis sağlamaya eklenmiş bir edim söz konusu olmaksızın, sözleşmenin başlıca amacının e-posta hizmeti sağlama olduğu sözleşmeler akdedilmektedir. Bu ihtimallerde mutlaka taraflar arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmaktadır ve bu sözleşmeler genellikle yazılı olarak yapılmaktadır.

Gerçek kişilerin de bir sözleşme ilişkisi kapsamında, ivaz karşılığı e-posta hizmeti sağlama sözleşmesi yaptıkları da görülmektedir. Bu ihtimal, çoğunlukla ücretsiz olarak e-posta hizmeti sunan kuruluşların, ek bazı edim-

¹¹ Ölçülülük ilkesi hakkında geniş bilgi için bkz., Oğurlu, Y., İdare Hukukunda Ölçülülük İlkesi, Ankara 2003.

¹² Marly, JurPC 1989, 356; Ackermann, bunu Ticari olarak işletilen elektronik posta hesabı olarak nitelendirmektedir (s. 75).

leri üstlenerek örneğin oldukça geniş bir web alanı tahsis etmeleri gibi kullanıcılar bakımından cazip bir hizmeti oldukça uygun bir ücret karşılığı sunmaları halinde gerçekleşmektedir. Bu ek edimler içerisinde, spam ve koruma duvarları ile kullanıcının güvenliğine ve rahatsız edilmezliğine yönelik hususlar öne çıkmaktadır. Bu sayede e-posta hizmet sağlayıcıları bilgisayar, çok sayıda telefon hattı ve modemler için gerekli olan finansman ihtiyacını karşılayabilmektedirler¹³.

Burada dikkati çeken bir husus, bu tür sözleşmelerin e-posta hesabı kullanıcıları açısından üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği arzemesidir. Bir diğer ifade ile, e-posta hizmetinin verilmemesi ya da ayıplı olarak verilmesi hallerinde kurumların tazminat taleplerinin yanısıra, zarar gören kullanıcıların da sözleşme ilişkisine dayalı olarak uğramış oldukları zararı tazmin ettirme imkanları bulunmaktadır. Ayrıca edimin ifasını da kullanıcılar doğrudan doğruya talep edebileceklerdir.

Taraflar arasında akdedilen sözleşmenin hukuki niteliği konusunda doktrinde çeşitli ihtimaller üzerinde durulmaktadır. Bunlar; tipik sözleşmeler alanında kira, vekalet, eser sözleşmesi ihtimalleri ile atipik sözleşmelerden kendine özgü sözleşme görüşleridir.

1. Kira Sözleşmesi Görüşü:

E-posta hizmeti sağlama sözleşmesi, içerdiği bazı edimler sebebiyle BK. m. 248 vd. maddelerinde düzenlenen kira sözleşmesine benzetilebilmektedir¹⁴. Gerçekten de BK. m. 248'e göre kira, bir ücret karşılığında bir şeyin kullanılmasının devridir¹⁵. Bu ilişkide de e-posta kutusu tahsisinin karşılığında taraflardan biri, diğerinden bir kereye mahsus tesis ücreti ile duruma göre aylık ya da yıllık ödenen ücretlerden oluşan bir karşılık almaktadır. Bazan da bu karşılık sağlanan verinin büyüklüğüne göre belirlenebilmektedir. Posta hizmeti sağlayan ise bu durumda, bilgisayar sistemlerinde verileri bir süre depolayacak kadar bir alan tahsis etmek veya bu alanı karşı tarafın (kiracının) kullanımına terketmek durumundadır. Bu haliyle ilişki, kullanım hakkının devrini öngören bir kira sözleşmesidir. Bilgisayar sistemlerinde yer alan veri depolama aygıtının (=Harddisk, sabit disk) şey sayılıp, orada veri-

¹³ Ackermann, 93.

¹⁴ Ackermann, 75.

¹⁵ Kira sözleşmesi ile ilgili olarak bkz., Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/2, 4. Tıpkı Bası, İstanbul 1989, s. 2 vd.; Aral, F., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, 4. Bası, Ankara 2002, s. 213 vd.; Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, İstanbul 2000, s. 133 vd.; Arpacı, A. (Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 155 vd..

ler için yeterli bir yer tahsisinin şey (alelade) kirasına ilişkin hükümlerin uygulanması mümkündür¹⁶.

Posta kutusu işlevi gören bilgisayarın gerekli çevre birimleri ile hukuken şey sayılabileceği ve bu şeyin belirli bir süre ile kullanıcının yararlanmasına sunulduğu bir vakıa olarak tespit edilse dahi¹⁷, e-posta işletmecisinin gerçek anlamda uzayda yer kaplayan bir alan tahsisinin söz konusu olmadığı, buradaki durumun gerçek anlamda kullanılmak üzere bir şeyin devrini kapsadığı ileri sürülerek kira sözleşmesi görüşü reddedilmiştir¹⁸. Zira kira sözleşmesi görüşünü reddeden görüş taraftarlarına göre, buradaki veri depolama aygıtının veri kayıt kapasitesi “şey” olarak nitelendirilmeye elverişli olmadığı gibi, veri depolama aygıtının bir kısmının e-posta kullanıcılarına gerçek anlamda tahsisinden de bahsedilemez. Burada kullanıcının, kullanıcı adı ve parolayı vermek suretiyle bu bilgisayarda tutulan verilere erişebilmesi söz konusudur. Ayrıca burada, içerisinde donanım ve programın vekalet verenin verdiği yetki ile verilerin işlendiği bir bilgisayar merkezinden farklı olarak, posta kutusu yararlanıcısı program ve donanım üzerinde herhangi bir yetki sahibi değildir. Kısaca belirtmek gerekirse, kullanıcının menfaatleri bakımından ilişkinin bir kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesi elverişli değildir.

İlişkinin Kira sözleşmesi olarak nitelendirilmesine engel bir diğer husus, kullanıcıya zilyetliğin kısmen sağlanmış olmasıdır. Bir ilişkinin kira olarak nitelendirilebilmesi için, kullanıcıya kira konusu şeyin zilyetliğinin devri gereklidir. Bu ilişkide e-posta kullanıcısı e-posta sisteminin unsurları üzerinde fiili hakimiyet tesis edememektedir ve BGB § 854 anlamında bir zilyetlikten söz edilememektedir. Kira ilişkisinin istisnai olarak zilyetlik sağlanmaksızın da gerçekleşebilmesi bu durumu değiştirmez¹⁹.

2. İş Görme Sözleşmesi Görüşü:

E-posta hizmeti sağlama sözleşmesinin kira ve kira benzeri bir sözleşme ilişkisi olarak nitelendirilemeyeceği kabul edildikten sonra, bu ilişkinin Borçlar Hukuku bakımından nasıl nitelendirilmesi gerektiği konusunda akla gelen diğer ihtimal, ilişkinin bir iş görme sözleşmesi olduğudur. Türk hukukunda tipik iş görme sözleşmeleri hizmet, vekalet, eser ve yayın sözleşmele-

¹⁶ Ackermann, 75.

¹⁷ Bilgisayar donanımının hukuken “şey” sayılması gerektiği genel kabul görmekle birlikte, bilgisayar programlarının “şey” sayılıp sayılmayacağı oldukça tartışmalıdır. Tartışmalar için bkz., Yıldırım, M.F., Standart Bilgisayar Program Devir Sözleşmeleri, İstanbul 1999, s. 41 vd..

¹⁸ Görüş için bkz., Ackermann, 75.

¹⁹ Ackermann, 77-78.

ridir. Bu sözleşmeler arasında konuya ışık tutması bakımından araştırılması gereken iki sözleşme tipi söz konusudur ve bunlar, eser ve vekalet sözleşmeleridir.

Üstlenilen bir işin görülmesi olmakla birlikte bir iş sonucu da üstlenilmekte ise ilişki eser sözleşmesine dair bir unsur taşımaktadır. Buna karşılık işin görülmesi belirli bir amaca yönelikse ve belirli bir sonucun gerçekleştirilmesi özel olarak üstlenilmemiş ise ilişkiye vekalet sözleşmesine dair bir unsurun bulunduğu nazarıyla bakılır²⁰. Bu ayrım tüketici işlemleri bakımından önem taşımamakla birlikte, tüketici işlemi sayılmayan ve Borçlar Kanunu'nun uygulanması gerektiği durumlarda önem taşımaktadır. Zira Borçlar hukuku sistemine göre, sonuç sorumluluğunun üstlenildiği durumlarda, sonucun gerçekleşmemesi rizikosunu müteahhit üstlenmektedir. Bu hükmün anlamı, vaadedilen sonucun gerçekleşmemesi halinde müteahhidin, ücrete hak kazanamayacağıdır.

Gerçekten de böyle bir ilişkide işgörmeye dair unsurlar yer almaktadır. Öncelikle taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi mevcuttur²¹. E-posta hizmet sunucusu, kullanıcıdan aldığı verileri belirli bir süre kendi bilgisayarında tutmakta ve sürekli olarak bilgisayarlarını çalışır halde bulundurmaktadır. Her kişinin e-posta hesabı, klasik posta hizmetlerindeki raflara benzetildiğinde, her bir postayı, ilgili olduğu rafa yerleştirme ve istenildiğinde kullanıcı tarafından bu postanın içeriğini öğrenmeye hazır hale getirme iş görme sayılır. Klasik posta hizmetlerinde, gönderilen şey (gönderi), posta memuru tarafından adrese kadar gelirken ve bu kişinin evinde bir posta kutusu bulunduğu takdirde, posta kutusuna gönderinin bırakılması ile, sözleşme ile üstle-

20 Alman hukukunda "Dienstvertrag § 611 BGB" iş görme sözleşmelerinin ücret unsurunun zorunlu olduğu bir iş görme sözleşmesidir. Vekalet sözleşmesi ise kanunen ivazsızdır. Dolayısıyla ivazlı iş görme sözleşmeleri ya hizmet ya da eser sözleşmesi olarak nitelendirilmek durumundadır. Türk-İsviçre hukukunda ise vekalet sözleşmesi ivazlı ya da ivazsız olabilmektedir. Bu sebeple Alman hukukunda hizmet sözleşmesinden bahsedildiği durumlarda, Türk-İsviçre hukuku bakımından da mutlaka hizmet sözleşmesi anlaşılmamalıdır. İsviçre hukukunda sözleşmenin vekalet akdine ilişkin kurullarla çözülebileceği yönünde görüş için bkz., Faessler, L., Spamming und die Haftung des Providers, www.fsdz.ch/d/publikationen/faessler/spammer.pdf. Yazar bu çalışmasında İnternet servis sağlama sözleşmesinin içeriğine dahil bir edim olarak elektronik posta hizmetinin sağlanmasına temas etmekte ve İnternet servis sağlama sözleşmesinin vekalet veya vekalet unsurlarını barındıran isimsiz bir sözleşme olabileceğini belirtmektedir. Dolayısıyla vekaletle ilişkin hükümler her halde kolaylıkla uygulanabilir.

21 Ackermann, 79. Ackermann, ilişkinin sürekli borç ilişkisi niteliğini açıklarken, posta kutusu sözleşmelerinin kural olarak belirli süreli veya belirsiz süreli olduğu, belirsiz süre için kurulmuş olsa da ifanın gerçekleşmesi ile değil, bir sürenin geçmesi veya sözleşmenin feshi ile sona erdiğinden hareket etmektedir.

nilen edim ifa edilmiş sayılırken, burada da istisnasız herkesin bir posta kutusu bulunmakta, gönderiler bu kutuya atılmaktadır.

Klasik posta usullerinde de, gönderi sahibi posta işletmesi ile her bir e-posta bakımından ayrı ayrı sözleşme yapmakta, bu sözleşme uyarınca gönderinin adrese teslimi edimi ücret mukabilinde üstlenilmektedir. Gönderinin adrese ulaşmaması ve bu durumun posta işletmesine atfi kabil sebeplerden kaynaklanması halinde posta işletmesi sözleşme ile üstlendiği edimi yerine getirmemiş olur. Bu haliyle posta işletmesinin belirli bir sonuca yönelik faaliyette bulunmayı değil, belirli bir edim sonucunu gerçekleştirmeyi üstlendiği kabul edilmelidir. Edim sonucu, böyle bir durumda, niteliği itibarıyla taahhüt edilebilir bir sonuçtur ve sonucun gerçekleştirilmesi, kişinin iktidar alanına dahil bir husustur. Bu özelliklerin e-posta hizmetlerine de taşınması mümkündür. Bununla birlikte, eser sözleşmesinin ani edimli bir borç ilişkisi olması, buna karşın e-posta hizmet sağlama sözleşmesinin taraflar arasında sürekli borç ilişkisi kurması bu görüşün eleştirilmesine yol açmıştır.

3. Kendine Özgü Sözleşme Görüşü:

Kira sözleşmesine ve kanunda öngörülen iş görme sözleşmelerine dair hükümlerin uygulanmasının taraf menfaatleri bakımından tatminkar bir sonuç sağlamaması, bizleri bu ilişkinin kendine özgü nitelik taşıdığı sonucuna götürmektedir.

Kanaatimizce e-posta hizmetinin kendine özgü özellikleri bulunmaktadır. Zira e-posta hizmet sağlayıcı yalnızca gönderileri ilgili kişiye ulaştırmakla kalmamakta, aynı zamanda e-postaların içerebileceği muhtemel tehlikelere karşı virüs kontrolü yaparak kullanıcının bilgi-işlem sistemlerinin zarar görmemesini sağlamakta, bazı hallerde bilgileri bir süre ana bilgisayarda saklama (=hosting) işlevini üstlenmek suretiyle, bilgisayarında çoğu kez megabyte olarak ifade edilen alan da tahsis etmektedir. Klasik posta hizmetlerinde gönderinin adrese teslimi, borcun ifa ile sona ermesi sonucunu doğururken, e-posta hizmetinde, gönderiler, uzunca bir süre, sürekli erişilebilir halde tutulmaktadır.

Diğer yandan iş görme sözleşmelerinden vekalet sözleşmesi taraf menfaatlerine elverişli olmaktan uzaktır. İlişkide belirli amaca yönelik faaliyet değil, bir iş sonucu (=arbeitserfolg) üstlenilmektedir²². E-posta hizmet sağ-

²² Ackermann, 80. E-posta hizmet sağlayıcıları tarafından sağlanan hizmetlerden dar anlamda e-posta ve kara tahta (raflama ve askıya çıkarma (=Schwarze Bretter)) için sonuç sorumluluğunun üstlenildiği konusunda hararetli bir tartışma yoksa da, harici veri bankası hizmetinde sonuç sorumluluğunun üstlenilip üstlenilmediği konusunda önemli fikir ayrılığı bulunmaktadır. Zira bir çok ticari e-posta hizmet sağlayıcı harici bir çok veri bankasına erişim imkanı sağlamaktadır. Bu hizmet, üçüncü kişilerce de kolaylıkla anlaşılabilir.

layıcı, e-postanın alıcısına ulaştırılmaması halinde²³ onu gönderenin e-posta hesabına iade etmektedir. Bu sayede e-postayı kaleme alan, gönderdiği şeyin alıcısına ulaşmadığını anlamakta ve bunun sebeplerini araştırarak, alıcısına ulaştırabilmenin yollarını aramaktadır. Vekaletten azil ve ondan istifa her zaman caizdir, diyen (BK. m. 396) hükmünün uygulanması da bu ilişki bakımından mümkün olmamalıdır.

İş sonucunun ilişkide üstlenilmiş olması, bizleri doğrudan doğruya eser sözleşmesine dair hükümlerin uygulanması gerektiği şeklinde bir yola iletmemeli ve yanıltıcı olmamalıdır²⁴. Zira, bu ilişki Ackermann'ın da haklı olarak belirttiği üzere taraflar arasında sürekli bir borç ilişkisi kurmaktadır. Eser sözleşmesinin sürekli nitelik arz etmesi ilişkiyi isimsiz sözleşme haline getirir²⁵. Eser sözleşmesi ise, doktrinde de genellikle kabul edildiği üzere ani

ceği gibi, e-posta hizmet sağlayıcısının kontrol edebileceği üzerinde nüfuz sahibi olabileceği bir edim değildir. Bu nedenle söz konusu hizmet bakımından e-posta hizmet sağlayıcısının sonuç sorumluluğunun olmadığı ileri sürülmüştür. Buna karşılık e-posta hizmet sağlayıcısının veri bankası işleticisi ile akdi ilişki bulunduğu ve bu kişi üzerinde büyük bir nüfuzla sahip bulunduğu ve bu nüfuz sebebiyledir ki, veri bankası işleticisi ile e-posta kullanıcısı akdi ilişki bulunmasa dahi, üçüncü kişinin zararını tazmin kuramı (=Drittschadenliquidation) çerçevesinde, veri bankasının sağla(ma)dığı hizmetten zarar görenlerin zararlarının tazminini isteyebilecekleri savunulmuştur (Ackermann, 82, dipn. 234'de anılan yazarlar). Ackermann, sonuç olarak e-posta hizmet sağlayıcısının ediminin vekalet akdi içerisinde değerlendirilemeyeceği ve her bir hizmet bakımından sonuç sorumluluğunun üstlenildiğini belirtmektedir (s. 86).

- 23 E-postanın alıcısına ulaştırılmamasının başlıca sebebi, alıcının e-posta hesabının artık kullanılmıyor ve bu nedenle de e-posta sağlayıcının bu hesabı sözleşme şartları uyarınca kullanıma kapatmış olması (örneğin Hotmail, sözleşmede öngörülen süre olan bir ay içerisinde e-posta hesabına mektup gelmemesi veya bu hesap üzerinden mektup gönderilmemesi halinde hesabı kullanıma geçici olarak kapatmakta, belirli bir süre içinde yeniden bir girişimde bulunulmadığı takdirde bunu kesin kapatmaya dönüştürmektedir) ve adresin yanlış yazılmış olması halleridir. Adresin yanlışlığına bir karakterin eksik ya da fazla konulmuş olması dahi yeterlidir.
- 24 Ackermann, ticari e-posta sağlama hizmet sözleşmesini "eser sözleşmesi" saymaktadır. Kanaatimizce bu teşhis isabetli değildir. Üstlenilen edimin sonuç sorumluluğu yaratması, yalnız başına bir ilişkiyi eser sözleşmesi saymak için yeterli değildir. İsviçre Federal Mahkemesi'nin 8 Ekim 2004 tarih ve 4C. 231/2004 sayılı kararında da eser sözleşmesinin sürekli nitelik arz etmesi eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin doğrudan doğruya uygulanmasını engellediği belirtilmiştir. Ancak karara konu olayda, ayıba karşı tekeffül hükümlerinin uygulanmasını, ilişkinin sürekli niteliği engellemez, görüşü savunulmuştur. Dolayısıyla olayda Mahkeme, ayıp ihbarını lüzumlu görmüştür.
- 25 Gauch, P., Der Werkvertrag, 4. Aufl., Zürich 1996, Rdn. 322 vd.; İsviçre Federal Mahkemesinin 8 Ekim 2004 tarih 4C. 231/2004 sayılı kararı. Karara konu olayda bir temizlik şirketinin her gün bir yeri temizlemesi ve aylık olarak iş karşılığı fatura düzenlenmesi halinde, ilişkiyi, eser sözleşmesine ait kıyasen uygulanacağı kendine özgü bir sözleşme olarak yorumlamıştır. BGE 127 III 328'de ise Federal Mahkeme, bir taşınmazın değerini tespit işinin üstlenilmesinin eser sözleşmesi olarak nitelendirilmesine karşı çıkmıştır. Zira

edimli bir borç ilişkisidir. Eserin imali için bir süre geçmesi gerekli ise de, bu süre taraflar arasında ani edimli bir borç ilişkisinin kurulmuş olduğunu kabule mani değildir.

C. İNTERNET ORTAMINDA ÜCRETSİZ SAĞLANAN E-POSTA HİZMETİ

İnternet ortamında ücretsiz olarak e-posta hizmeti sağlayan kuruluşlar, doğrudan doğruya kullanıcılarından bir ücret talep etmemekte, daha çok internet sitesinde yayınladığı reklamlardan elde ettiği gelirlerle bu faaliyetini yürütmektedir. Bu tür e-posta hizmeti sunanların genellikle gayri ticari bir faaliyet içerisinde olduklarını söylemek mümkündür. Ancak bu kuruluşların bazan, e-posta hizmeti konusunda kullanıcıya çeşitli seçenekler sundukları, tamamen ücretsiz hizmet sunumu yanında, ek bazı yükümlülükler de üstlenmek suretiyle ücret belirledikleri görülmektedir. Bu ek yükümlülükler, web alanı tahsisi, virüslere karşı koruma ve anti-spam filtreleri olmaktadır. Kullanıcının karşı tarafa ödemeyi üstlendiği edim, karşı tarafın sunduğu edimin bir karşılığı olmaktan çok, karşı tarafın giderlerini karşılamak noktasında bir katkı sağlamasından ibaret kalmaktadır ve ilişkiyi ticari hale getirmemektedir²⁶.

Çoğu kez bu hizmeti sunan site yöneticisinin hukuki anlamda sözleşme bile yapma zahmetine katlanmadığı, alelade bir kayıt ile, daha önce alınmamış bir e-posta işletme hesap adının kolayca tahsis edildiği görülmektedir. Kullanıcı hesap adı olarak serbestçe seçimini yapabilmekte ve çoğunlukla bu isim takma isim niteliğinde olmakta ve fantastik özellikler taşımaktadır. Posta hesabını kullanan kişinin kimliği ile ilgili bilgilerin doğru olması aranmadığı gibi, çoğu kez, bu tür bilgiler de istenmemektedir. Bu tür sitelerin en çok ilgilendikleri husus, kullanıcının posta kutusuna, reklam yapmayı üstlendikleri ve internet sitesinde yer verdikleri firmaların tanıtımlarını içeren mektupları gönderebilmektir. İstenmeyen e-postalar konusunda mahkemelerin verdikleri kararlarla köşeye sıkışan firmalar, tanıtımlarına bir araç

objektif olarak böyle bir değer tespitinin mümkün olmadığını belirtmiştir. BGE 127 III 519'da yayınlanan kararında ise, bir sonuç sorumluluğunun ivazsız üstlenilmesi halinde de sözleşmenin kendine özgü nitelik arz edeceğine; BGE 129 III 604'te ise telefon abonelik sözleşmesinin eser sözleşmesi sayılamayacağına, kendine özgü niteliğe sahip olduğuna karar vermiştir. Dolayısıyla BK. m. 386/II'de öngörülen kuralın emredici nitelik taşımadığı, hakime yalnızca yol gösterdiği kabul edilmelidir. Bkz., Hatemi, H./Serozan, R./Arpacı, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 390; Aral, 409-410. Doktrin-deki bu eleştirileri dikkate alan Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayıcıları, "vekalete ilişkin hükümler, uygun düştikleri ölçüde bu kanunda düzenlenmemiş olan iş görme sözleşmelerine de uygulanırlar" hükmünü getirmişlerdir.

26 Ackermann, 93-94.

olarak, ücretsiz posta hizmeti veren servisler aracılığı ile, bu siteden kendilerine yönlendirilecek reklamları kabul etmek hususunda önceden muvafakatlarını beyan etmektedirler. Böylece istenmeyen e-posta (spam) sorunu da kendiliğinden halledilecektir.

Ücretsiz olarak sunulan e-posta hizmetleri konusunda, her iki tarafın da bir sözleşme ilişkisi çerçevesinde bir araya geldiği ilişki ile, alelade bir kayıtla e-posta sistemine dahil olduğu ilişki arasında bir ayırım yapmak gereklidir. Zira doktrinde ücretsiz olarak e-posta hizmetinin sunulduğu hallerde e-posta hizmet sunucusunun kullanıcı ile arasında bir hukuki işlem temelinde bağlanma niyetinde olmayabileceği ifade edilmektedir²⁷.

Alelade kayıtta özellikle posta hizmeti sunan tarafın belirli bir yükümlülükle bağlanma iradesinin eksikliği göze çarpmaktadır. Bu hizmet, bir lütuf gibi görülmekte, dolayısıyla bu lütufa istenildiği anda son verilebileceği kullanıcı tarafından da çoğu kez anlaşılır bir biçimde ortaya konulmaktadır. Örneğin hotmail, e-posta hizmeti de sağlamakta, ancak, bu posta kutusuna belirli bir süre gönderi gelmediği, bu kutu üzerinden belirli bir süre gönderi gönderilmediği takdirde kutuya erişimi engellemekte, posta kutusunun tekrar işler hale getirilmesi için kayıt yenileme işleminin gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

Taraflar arasında sözleşmenin bulunmadığı kabul edildiğinde ilişki nasıl değerlendirilecektir? Bu işlem tek taraflı hukuki işlem sayılabilecek midir ya da sözleşmeye dair hükümlerin kıyasen uygulama alanı bulacağı hukuki durumlar içerisinde mütalaa edilebilecek midir?

Kanaatimizce burada hizmet sunucu bir sözleşme yapmanın kendisine getireceği yükümlülüklerden kaçmak istemektedir. Pamuk ipliği bağlı olanla, sıkı bir ipe bağlı olanın bir olmadığı gibi, karşı taraf istediği anda kolaylıkla bu durumdan sıyrılabilmek için böyle bir yolu tercih etmektedir. Kullanıcının kimliği ile uğraşmak istememesi de aynı amaca yöneliktir. Zira bu bilgileri kontrol etmek zahmetine bile katlanmamaktadır. Bu durum, hizmeti sunana karşı bir talep yöneltildiğinde sorumluluktan kurtulmak için de bir dayanak sağlamak içindir.

Kanaatimizce, her ne kadar ücretsiz e-posta hizmeti, bunu sağlayan taraftan bir lütuf gibi görülse ve alelade bir kayıtla kişiye bir e-posta hesabı tahsis edilse dahi, bu durum taraflar arasında hiç bir sözleşme ilişkisinin bulunmadığı anlamına gelmez²⁸. Zira doktrinde de salt hatır ilişkisi ile hatır

²⁷ Marly, JurPC 1989, 356.

²⁸ Gerçekten de Serozan tarafından haklı olarak belirtildiği üzere, hukuken bağlanma bilincinin eksik kaldığı hukuki işlem ötesi "hatır ilişkileri" bağışlama sayılamaz. Bunlar olsa

ilişkinine dayalı borç ilişkisi ayrımı yapılmaktadır²⁹. Diğer yandan ücretsizlik, ivazsızlık anlamına gelmemektedir. E-posta kullanıcısının kendisine gönderilecek reklam niteliğindeki e-postalara (=spam) önceden muvafakat etmesi dahi bir ivaz sayılabilir. Tezgahtan, simitçiye karşı hiç bir söz söylemeden simit alınmasında olduğu gibi, alelade bir kayıtle e-posta alınması, zımni irade beyanları ile kurulmuş bir sözleşmenin bulunduğunu kabule mani değildir. Ayrıca bu ilişkide taraflar birbirlerini önceden tanımadıklarından ve bir ölçüde sözleşmede ivaz unsuru görülebildiğinden hatırdan da bahsedilemez. Hatırın, tanışıklık ile bağı kopartılsa bile, sırf siteyi internet ortamında ziyaret etmek, bir hatır ilişkisi yaratabileceğini kabul etmek anlamına gelmez. Burada kullanıcılar için haklı bir güven yaratılmaktadır ve bu güven ilişkisi dahi, MK: m. 2'de temelini bulan edim yükümlerinden bağımsız bir borç ilişkisi kurmaya yeterlidir. Bir kişiye ait duygu ve düşüncelerin, yeri geldiğinde sırların iletilmesine aracılık etmeyi bir biçimde üstlenmek, güven ilişkisinin tesisi için yeterli sayılmalıdır. Doktrinde Marly tarafından savunulan ve bizim de katıldığımız görüş, e-posta hizmetinin ivazlı olup olmadığına bakılmaksızın, taraflar arasında akdi bir ilişkinin mevcudiyetinin kabul edilmesi gerekir³⁰.

III. ELEKTRONİK POSTA KUTUSUNA MÜDAHALE

A. AKDİ İLİŞKİNİN İHLALİ OLARAK POSTA KUTUSUNA MÜDAHALE

E-posta işletmecisinin e-postalara müdahalesi genellikle e-posta içeriğinin okunması suretiyle gerçekleşmektedir. Bununla birlikte e-posta işletmecisinin gerçekleştirdiği müdahale içeriğinin okunmasından ibaret değildir.

olsa, edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkilerinin konusunu oluşturabilir ve karşı tarafın kişi ve malvarlığı bütünlüğünü koruma yükümlülüğü yükleyebilir. Bkz., Serozan, R., Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul 2002, s. 189.

²⁹ Marly, doktrinde bu çok tartışmalı konunun ayrıntılarına girmemekle birlikte taraflar arasındaki menfaatler durumunun kapsamlı bir biçimde ortaya konulması gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Bir diğer ifade ile ilişki, bütün yönleriyle ele alındıktan sonra, salt hatır ilişkisi veya hatıra dayalı borç ilişkisi yargısına varılabilir, JurPC 1989, 356. Söz edilen ayrımla ilgili olarak bkz., BGH, BGHZ 21, 102 vd.; BGH NJW 1984, 1533, 1536. Kanaatimizce bir gazetenin web sitesinde okuyucunun tepkilerini dile getirmesi amacıyla sunulan hizmet, bir lütuf, bir hatır ilişkisi olarak değerlendirilebilir. Bu ihtimalde okuyucunun dilediği kimseye e-posta gönderme imkanı bulunmamakta, hiç bir kayda ve hatta bazı bilgilerin verilmesine (örneğin okuyucu profilinin tespitine yönelik, meslek, yaş, eğitim ve e-posta hesabı vs.) dahi gerek duyulmadan, okuyucu tepkilerini e-posta şeklinde karşı tarafa ulaştırabilmektedir. Hatır ilişkisi ile bağışlama işlemi arasındaki kritik sınır belirlenirken, somut olaydaki menfaatler durumunun bağışlama hükümlerinin işlerliğini haklı gösterip göstermediğine bakılmalıdır (Serozan, 189).

³⁰ Marly, JurPC 1989, 356; Ackermann, 76.

Örneğin, sisteme kayıtlı kişilerin e-posta listesinin şirketlere reklam amacıyla pazarlanması ve sisteme kayıtlı bu kişilere istenmeyen e-postaların (=Spam) gönderilmesine birlikte sebebiyet verme de akdi ilişkinin ihlali olarak değerlendirilmelidir³¹. Doğrudan doğruya e-posta hizmeti ile ilgili olmasa da, kullanıcının bilgisayarındaki kişisel bilgilere e-posta yolu ile müdahale de sözleşme ile üstlenilen yükümlülüğün ihlaline vücut verebilir. Müdahalede bulunan, haksız fiil işlemiş sayılsa da müdahalenin yapılmaması için kendisine düşen yükümlülüğü yerine getirmeyen e-posta hizmet sağlayıcı bu ihlalde birlikte kusurlu sayılıp ve müdahalede bulunan kişi ile birlikte sorumlu tutulabilir. Bu durumda elektronik posta işleticisi, haksız müdahalede bulunan ile birlikte kusurlu sayılır, haksız fiilden dolayı müteselsil sorumluluğu doğar. Akdi ilişkinin ihlali halinde uygulanacak hükümlerinin, haksız fiil hükümlerine nazaran, zarar gören bakımından önemli yararlar sağlaması bu hükümlerin yarışması halinde tercih sebebi olduğu unutulmamalıdır. Dolayısıyla bir biçimde sözleşme hukukuna dayanabilmek zarar gören bakımından önem taşımaktadır.

Elektronik postalar da diğer mektup ve haberleşme araçları³² gibi kişinin kişilik alanlarından sır (gizlilik) alanına³³ dahildir. Gizlilik alanı, kişinin üçüncü kişilerden gizlediği ya da sadece kendilerine açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olayları içeren alandır. Buraya, başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen tüm olaylar ve bunları içeren belgeler girer. Bu alana yapı-

31 Burada müteselsil sorumluluk söz konusudur. Ancak buradaki teselsül eksik olup, sorumlu kişilerin sorumluluk dayanağı farklı farklıdır (BK. m. 51). Bununla birlikte belirtmek gerekir ki, Borçlar Kanunu Tasarısında söz konusu ayrımın doktrinde eleştirildiğinden bahisle, kaldırıldığı görülmektedir. Kanaatimizce de bu tutum isabetli olmuştur. (BK. Tasarısı, m. 75 ve ilgili Madde Gereçesi). Söz konusu hukuka aykırılığı ortadan kaldırmak amacıyla ücretsiz sağlan e-posta hizmetlerinde kullanıcının, e-posta kutusuna reklam amaçlı e-postaların gönderilmesine muvafakati alınmaktadır.

32 İnteraktif nitelikli olmayan örneğin bir kişinin izlediği televizyon programlarını ya da ziyaret ettiği internet sitelerini gözetlemek ve bu kişinin kişiliği hakkında yargıya varmak dahi, aynı şekilde kişilik haklarına saldırı oluşturur. Zira söz konusu medya araçlarına ilgi kişiliğin bir yansıması olup, kişilik haklarının kapsamına dahildir. Yine bu cümleden olmak üzere, bir memurun, kurumsal internet bağlantısı çerçevesinde ziyaret ettiği internet sitelerinin bir dökümünü çıkarmak ve bu memurun kişiliği hakkında bazı tespitler yapmak, kişilik haklarına bir saldırıdır.

33 Hukukumuzda kişilik alanları, kamuya açık alan, özel alan ve sır alanı olmak üzere üçe ayrılmaktadır. Kural olarak kamuya açık alanına dahil bir hususa yapılan müdahale hukuka aykırı sayılmazken, diğer iki alana yapılan müdahaleler ilke olarak hukuka aykırı sayılmaktadır. Şu hususu da belirtmek gerekir ki, kişilerin kamuya açık alanlarının sınırları farklılıklar gösterebilir. Kişinin hayat alanları ile ilgili olarak bkz., Dural, M./Öğüt, T., Türk Özel Hukuku, C.II, Kişiler Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2004, s. 125 vd.; Şen, E., Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s. 231 vd..

lan her türlü muamale kural olarak hukuka aykırıdır. Bu alana gerçekleştirilecek saldırılara verilen bir rıza, hukuka aykırı (MK. m. 23) sayılmalıdır³⁴.

E-postaya müdahale edilmemesi için üzerine düşen sır saklama ve özen yükümlülükleri yükümlülükleri ihlal eden e-posta hizmet sağlayıcısının, ticari nitelikli kendine özgü e-posta hizmet sağlama sözleşmesine göre sorumluluğu doğar. Bu yükümlülüklerin ihlaline, eser sözleşmesinde özen ve sır saklama yükümlülükleri hususunda işçinin hizmet sözleşmesindeki özen yükümlülüklerine atıfta bulunulduğundan (BK. m. 356/I)³⁵ burada da kıyas yolu ile söz konusu hükümlerin uygulanması gerekir³⁶. Bununla birlikte elektronik posta işleticisinin göstermesi gereken özen, her halükarda alelade bir işçinin göstermesi gereken özeni aşar. Zira bu kişiler işinde uzmandır ve bağımsız olarak faaliyet yürütmektedirler. Sözleşme ile üstlenilen yükümlülüklerin ihlali ile maddi veya manevi zarar meydana gelmiş ise, bu zararların da tazmini istenebilecektir. Bu yükümlülüklerin ihlali ayrıca, eser sözleşmesine dair sözleşmenin sona erdirilmesi imkanlarını da harekete geçirecektir. E-posta hizmet sağlayıcısının sorumluluktan kurtulabilmesi için, söz konusu müdahalede kendisine hiç bir kusurun isnat edilemeyeceğini ispat etmesi gerekir. Bir başka sorumluluktan kurtuluş imkanı, illiyet bağıını kesen hallerin varlığını ispat ile, sorumsuzluk kaydı kararlaştırılmış ise, bu kayıtları ileri sürmektir. Sorumsuzluk kayıtlarının geçerliliği ise, BK. m. 99 ve 100'de öngörülen sınırlamalara tabidir.

34 Örneğin Mynet, "üyenin iletmiş kişisel bilgilerin içerik sağlayıcılar ve web servisleri kullanıcılarına üyenin özlük haklarını taciz etmeyecek şekilde gerekli, iletişim, tanıtım, mal teslimi, reklam vb. amaçlar için kullanılmaya tam yetkilidir" şeklinde koyduğu bir hükümle üyenin söz konusu ihlallere karşı rızasını almayı amaçlamaktadır. Bu hükmün geçersiz sayılması ve söz konusu rızanın hukuka aykırılığı ortadan kaldırmayacağına kabulü gerekir.

35 Hemen belirtmek gerekir ki hizmet sözleşmesinde işçinin özen borcuna yapılan atıflar isabetli olmamıştır. Zira eser sözleşmesinde müteahhidin, vekalet sözleşmesinde vekilin özen borcunun kapsamının, hizmet akdindeki işçinin özen borcunun kapsamından hayli geniş olduğu doktrinde ifade edilmektedir. Bu eleştirileri dikkate alan Borçlar Kanunu Tasarısını hazırlayanlar, bu atıftan vazgeçerek 511 inci madde başlığı altında vekilin özen borcu; 476 ncı maddede müteahhidin özen borcu özel olarak düzenlemiştir (Borçlar Kanunu Tasarısı, Adalet Bakanlığı Yayınları, Ankara 2005, ilgili madde ve gerekçesi).

36 Eser sözleşmesinde müteahhidin özen borcu Borçlar Kanununda doğrudan değil, dolaylı olarak yer almaktadır. (Başpınar, V., Vekilin Özen Borcundan Doğan Sorumluluğu, 2. Bası, Ankara 2004, s. 62); Zevkliler, A., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 8. Bası, Ankara 2004, s. 334 vd.; Yavuz, C., Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Bölüm, 3. Bası, İstanbul 2004, s. 285 vd.; Müteahhidin özen borcu ile ilgili olarak geniş bilgi için bkz., Gauch, Rdn. 817 vd.. Bununla birlikte özen borcunun eser sözleşmesindeki bazı görünüm biçimlerine Borçlar Kanununda temas edildiği görülmektedir (BK. m. 356/II, 357).

Akdi sorumluluğu doğuran bir diğer müdahale biçimi posta kutusuna erişiminin engellenmesidir. Bu engelleme, e-posta hizmet sağlayıcısının ana bilgisayarında meydana gelen ve sorumluluğunu gerektiren bir durumdan kaynaklanabileceği gibi, kişinin istemi dışında ve her hangi bir haklı gerekçeyle dayanmaksızın verilen hizmetin durdurulması şeklinde veya kişinin haberi olmaksızın kullanıcı adı veya şifresinin değiştirilmesi tarzında da gerçekleşebilir. Kullanıcı ile hizmet sağlayıcı arasında ister ticari ister gayri ticari nitelikli olsun, mutlaka bir sözleşme ilişkisinin varlığı ve bunun sürekliliği, e-posta servis sağlayıcısına istediği anda hizmeti sonlandırma yetkisi bahsetmez. Hizmete son verme için mutlaka haklı sebepler olmalı ve kullanıcı önceden ihtar edilmeli veya ilişkinin sürekli borç ilişkisi niteliği göz önünde bulundurularak, bu tür ilişkilerin sona erdirilmesi için gerekli ihbar sürelerine uyulmalıdır (BK. m. 340 kıyasen³⁷). Bu ihtar veya ihbar sayesinde kullanıcı gerekli tedbirleri alabilir ve dolayısıyla ilişkilerinde bir aksama meydana gelmemiş olur.

B. HAKSIZ FİİL OLARAK POSTA KUTUSUNA MÜDAHALE

Haksız fiil olarak posta kutusuna müdahale, genellikle spam³⁸ adı verilen istenilmeyen e-postalar göndermek suretiyle gerçekleşmektedir³⁹. Bir diğer yaygın müdahale ise, gönderilen elektronik postalara virüs içerikli eklentilerin eklenmesi ve kişinin bilgisayarındaki verilerin tahrip veya tagyir edilmesidir. Aralarında herhangi bir hukuki ilişki bulunmaksızın, bir kişinin elektronik postalarının gözlemlenmesi, okunması hatta daha da ileri gidilerek

³⁷ Alman hukukunda eser sözleşmesini düzenleyen hükümler içerisinde olağanüstü fesih imkanı bulunmamaktadır. Bu durumda hizmet sözleşmesini düzenleyen hükümlerden §621 BGB hükmünü kıyas yolu ile uygulanması gerektiği ifade edilmektedir. Bu hükme göre aylık olarak ücretin ödendiği hallerde, ay sonu itibarıyla sözleşme sona erdirilmek isteniyorsa 15 gün öncesinden feshin ihbar edilmesi gerekmektedir. Bkz., Ackermann, 98.

³⁸ Spam sözcüğü, İngilizce "Sending Personally Annoying Mail" ifadesinin baş harflerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulmuştur. Sözcüğün tarihsel süreci hakkında bkz., Verchow, T., E-Mail-Spam, Möglichkeiten der Abwehr und Filterung. Çalışma internette www.mathematik.uni-ulm.de/sai/ss03/inetsem/src/verchowarbeit.pdf adresinden temin edilebilir. Ayrıca bkz., Keber, T.O., Neues zu SPAM, JurPC Web-Dok. 218/2004, Abs. 8, www.jurpc.de/aufsatz/20040218.htm.

³⁹ Amerikanın Iowa Eyaletinde bir yerel mahkeme, istenmeyen e-posta gönderen kuruluşlara karşı bir internet servis sağlayıcının açtığı davada, istenmeyen e-posta gönderen kişi ve kurumları, servis sağlayıcısına karşı, bu müdahalelerle, sistemi kesintiye uğrattıklarından dolayı bir milyon dolar tazminat ödemeye mahkum etmiştir (ITRB (Information Technology Rechtsberater) 2005, 74). Ayrıca Amerika'da 2004 yılından beri CAN-SPAM Act (Can-Spam Yasası) yürürlüktedir. Bu yasaya göre istenmeyen elektronik posta gönderenler para cezası ve hatta hapis cezası ile cezalandırılacaktır. Ayrıntılı bilgi için bkz., ÖJZ (Österreichische Juristen Zeitung) 2005, 441 vd..

kamuoyuna bunların içeriklerinin açıklanması haksız fiil niteliğindeki saldırılar arasında sayılır⁴⁰.

Hukukumuzda özel bir düzenleme bulunmamasına rağmen⁴¹ kişilere istenmeyen e-posta gönderilmesi (=Spam) özellikle “kişinin yalnız kalma hakkı”nı ihlal ettiğinden hukuka aykırı sayılmalıdır⁴². İstenmeyen elektronik posta gönderilmesini hukuka aykırı hale getiren yalnızca bu yönü değildir. Verimliliği düşürdüğü ve rekabeti bozduğu için de⁴³ bu tür e-postalar huku-

40 İşçi Partisi genel başkanı Doğu Perinçek’in, Karen Fogg’un elektronik postalarını kamuoyuna ifşa etmesi üzerine açılan çeşitli davalar hala kamuoyunun ilgi odağındadır. Bkz., <http://arsiv.sabah.com.tr/2002/02/15/p02.html>; <http://arsiv.sabah.com.tr/2002/09/12/s0505.html>. 9 Şubat 2002 tarihinde kamuoyuna yansıyan olay, Anadolu Ajansının bu olayla ilgili bir siyasetçinin meclis kürsüsünden yaptığı konuşmayı haber olarak hiç bir ilave yapmaksızın yayınlaması üzerine açılan bir tazminat davasında Yargıtay’ın, ajans hakkında mahkumiyet kararı vermesiyle yeni boyutlar kazanmıştır. http://www.cnnturk.com/HABER/haber_detay.asp?PID=318&HID=1&haberID=108961.

41 Memiş, T., Spamming in türkischen Recht, JurPC Web-Dok. 126/2001, Abs. 5, www.jurpc.de/aufsatz/20010226.htm. Halbuki Avusturya hukukunda (TKG 101) “Reklam amaçlı veya yığın halinde e-postaların gönderilebilmesi, alıcının her zaman geri alabileceği muvafakatine bağlıdır” hükmünü amirdir. Ayrıntılı bilgi için bkz., Laga, G., Das Österreichische Spam-Verbot, JurPC Web-Dok. 170/2000, Abs. 1 vd., 9, www.jurpc.de/aufsatz/20000170.htm. Diğer yandan Avusturya hukukunda istenmeyen elektronik posta gönderilmesi Ceza Kanunu anlamında (StGB §126b) bilişim suçu (Bilgisayar sistemlerinin İşlevselliğine Karşı Suç) sayılmıştır. İstenmeyen reklam amaçlı e-postalar konusunda son bir gelişme Alman Federal Mahkemesinin 11.3.2004 tarih ve AZ. I ZR 81/01 sayılı kararıdır. Bu kararda spam konusunda ilke niteliğinde sonuçlara varılmıştır. Bu karara göre, kişilere istenmeyen elektronik posta gönderilmesi rekabet kurallarını ihlal etmektedir. Böyle e-postalar ancak açık ya da örtülü olarak kabul edildiği takdirde gönderilebilir ya da böyle e-postaların gönderilmesinin alıcının menfaatine olduğu varsayıldığı takdirde hukuka aykırı sayılmayabilir. Yine bu nitelikte e-posta gönderenin, bu e-postaların hukuka aykırı olmadığını ispat etmesi gerektiği ve reklam amaçlı elektronik postaların sistem hatası olarak gönderilmemesi konusunda gerekli tedbirlerin alınması gerektiğine karar verilmiştir. Avrupa Birliğinin 66/1997/EG sayılı Verilerin Korunmasına Dair Direktifi ise bu konuda temel esasları koymaktadır. Bu Yönerge’nin üye ülkelerce 31 Ekim 2003 tarihine kadar iç hukuka intikal ettirilmesi gerekmektedir. Ancak üye ülkelerden Avusturya dışında buna zamanında uyan olmamıştır. Bu Yönergenin 13 üncü maddesi katılımcının önceden rızası olmaksızın reklam amaçlı elektronik postaların gönderilmesini yasaklamaktadır. Geniş bilgi için bkz., Keber, JurPC Web-Dok. 218/2004, Abs. 13 vd.. Söz konusu Yönerge bağlamında ülkemizde bir yasa henüz çıkarılmamıştır. Alman hukukunda istenmeyen reklam amaçlı elektronik postaların hukuki müeyyideleri konusunda geniş bilgi için bkz., Modemann, 136 vd..

42 Hoparlörlerle yapılan reklamlar, seyyar satıcılar tarafından sürekli rahatsız edilme, telefonla sürekli rahatsız edilme, cep telefonlarına reklam nitelikli mesajların gönderilmesi kişinin rahatsız edilmeme hakkının ihlali olarak nitelendirilmektedir. Bkz., Dural/Öğüt, 127.

43 Nitekim Alman Haksız Rekabet Yasasının 7 nci paragrafında rekabeti bozucu fiiller belirtilirken, II nci fıkranın 3 nolu bendinde “ Otomatik çağrı, faks veya elektronik posta

ka aykırı sayılmaktadır⁴⁴. Reklam amaçlı elektronik postalar ancak, alıcının bu yönde açık rızası bulunduğu takdirde (=opt-in⁴⁵) ve kural olarak hukuka aykırılık rıza ile ortadan kalktığı için⁴⁶ (istisna: MK. m. 23) hukuka aykırı sayılmaz.

cihazlarının kullanılması suretiyle reklam gönderilmesi”nin özellikle kişiliği baskı altında tuttuğu belirtilmiş ve rekabeti bozan bir fiil olarak öngörülmüştür. Ayrıntılı bilgi için bkz., Keber, JurPC Web-Dok. 218/2004, Abs. 18 vd.. Bu düzenlemelerin de yetersiz kaldığının zamanla anlaşılması üzerine Almanya’da Teleservisler Yasasına eklenmesi düşünülen bir hüküm ile de bu tür elektronik postaların yasaklandığı, aksine hareket edenlerin ise belirli miktarlar üzerinden idari para cezası ile cezalandırılmak istendiği görülmektedir. www.computerundrecht.de/docs/entwurf_anti_spam_gesetz_15_2_2005.pdf. Alman hukukunda istenmeyen e-postalar (=Spam) ve söz konusu tasarı konusunda ayrıntılı bilgi için bkz., Kitz, V., Meine E-Mails les’ ich nicht!, Zur Einwilligung in die Spamfilterung, CR 2005, 450 vd..

- 44 2003 yılı ortaları itibariyle elektronik ortamda gerçekleşen haberleşmelerin yarısını “istenmeyen posta (=Spam)” ların oluşturduğu bu oranın 2001 yılı itibariyle % 7 iken büyümesi orana ulaşmasının endişe verici olduğu belirtilmektedir. Günümüzde ise bu oranın %65 yani her üç elektronik postadan ikisinin reklam amaçlı istenmeyen elektronik posta olduğu ifade edilmektedir. Söz konusu reklam patlamasının ekonomiye büyük zararlar verdiği, örneğin İngiltere’de 2003 yılının altı aylık verim kaybının 3.2 milyar pound olduğu ve bu postaları uzaklaştırma masrafının işçi başına aylık 14 US \$’ı bulduğu belirtilmektedir (Keber, JurPC Web-Dok. 218/2004, Abs. 9 vd.). Ayrıca bkz., Alman Anti-Spam Yasa Tasarısı Gerekeşi, www.computerundrecht.de/docs/entwurf_anti_spam_gesetz_15_2_2005.pdf; www.europa.eu.int/information_society/topics/ecommerce/doc/useful_information/library/communic_reports/spam/spam_com_2004_28_de.pdf. Tasarının gerekçesinde ifade edilen bir diğer gerekçe ise, tüketicilerin teknolojik gelişmelere ilişkin güvenlerinin sarsılması olgusudur. Teknolojik her gelişmenin insanlığın aleyhine gerçekleştiği inancının gündem güne yerleştiği ne yazık ki ülkemizde de gözlemlenen bir olgudur.
- 45 “Opt-in, opt-out ve çifte (=double) opt-in” bu alanda kullanılan teknik terimler olup, kendisine elektronik posta gönderilecek kişinin ne zaman bu işleme muvafakat etmiş sayılacağına tespitinde kullanılmaktadır. Buna göre, eğer kendisine e-posta gönderilen kişi, bu işleme karşı çıkmıyorsa, buna muvafakat etmiş sayılır denilecekse, opt-out; açıkça kendisine e-posta gönderilmesini doldurduğu elektronik bir formla istemiş ise ve böyle bir ileti göndermediği sürece kendisine gönderilecek e-postalar hukuka aykırı sayılacaksa opt-in yönteminden bahsedilir. Çifte opt-in yönteminde ise e-posta ilgilinin doldurduğu elektronik formda belirttiği muvafakatini takiben derhal gönderilmemekte, öncelikle bu yönde muvafakati alındıktan sonra gönderilmektedir. Avrupa Birliği Verilerin Korunması Yönergesi’nde opt-in yönteminin benimsendiği görülmektedir. Geniş bilgi için bkz., Keber, JurPC Web-Dok. 218/2004, Abs. 25 vd.; Hören, T., Internetrecht, Online-Skriptum, Şubat 2004, 215 vd., internette www.uni-muenchen.de/jura.itm/hoeren adresinden temin edilebilir.
- 46 İstenmeyen elektronik postalara rızanın Alman Ceza Kanunu m. 206 bakımından hukuka aykırılığı ortadan kaldırması hakkında bkz., Kitz, CR 2005, 451 vd.. Yazar bu hususta, beyan edilen rızanın Anayasa’nın 10 uncu maddesi ile birlikte ele alınıp değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir.

Geleneksel mektuplar bir zarf içerisinde ağzı kapatılarak ve bu şekilde belirli bir düzeyde güvenlik sağlanarak gönderilirken, kartpostallar ise zarfların ağzı açık olarak gönderilebilmektedir. Bu sayede kartpostalın daha uygun bir ücret karşılığı gönderilmesi sağlanmaktadır. Ancak, gönderici isterse, bu zarfın da ağzını kapatabilir, daha yüksek ücret ödemeyi göze almış ise. E-postalar ise internet ortamında iletilmekte ve e-posta server sistemlerinde açık biçimde işlenmektedir, dolayısıyla bir zarfa (bir koruyucu mekanizma öngörülmezsizin) konulmadan gönderilmektedir. Bu sebeple e-postanın her durağında müdahale etmek ve burada yer alan beyanın bütünlüğünü tehlikeye düşürmek mümkündür. Dolayısıyla e-posta elektronik olarak imzalanmamış ise mesajın bütünlüğü bakımından sadece görünürde bir güvenlik söz konusudur.

E-postalara müdahale halinde müdahalede bulunan hem cezai hem de hukuki bakımdan sorumlu tutulmaktadır. Ceza hukuku bakımından suçun niteliği "haberleşmenin gizliliğini ihlal" (TCK. m.132; Alman Ceza Kanunu m. 206 "posta ve haberleşme gizliliğinin ihlali suçu"⁴⁷) ve verilerin bozulması (TCK. m.243; 244; Alman Ceza Kanunu m. 303) iken, hukuki bakımdan sorumluluk normları BK. m. 41 vd. maddeleri ile kişilik haklarına saldırılardan dolayı sorumluluğu düzenleyen MK. m. 24-25 ile, bu yolla elde edilen kazancın iadesine imkan veren BK. m. 414 hükmüdür.

IV. ELEKTRONİK POSTA YOLUYLA GERÇEKLEŞTİRİLEN HUKUKA AYKIRI FİİLLERDEN HUKUKİ SORUMLULUK

Elektronik postalarla ilgili olarak karşılaşılan bir diğer hukuki sorun, elektronik postaların hukuka aykırı içerikleri sebebiyle hukuki sorumluluğun belirlenmesidir. Örneğin bir elektronik posta kişilik haklarını ihlal eden ekler içerebileceği gibi, fikri hukuk korumasından yararlanan bir eserin elektronik posta eki olarak yayılması sağlanabilir⁴⁸. Bu durumlarda söz konusu içeriği

⁴⁷ Bu suçun unsurları hakkında geniş bilgi için bkz., Kitz, CR 2005, 451 vd..

⁴⁸ Son zamanlarda yaygınlaşan bir hukuka aykırı davranış, "Phising-Mail" olarak anılan e-postalar göndermek ve burada gerçeğe aykırı olarak bu mektupların muhataplarını bir internet sitesine yönlendirerek, bir banka nezdindeki hesaba dair şifre ve hesap numarası vs. önem taşıyan kişisel bilgileri öğrenip, bu kişinin banka hesabındaki meblağı belirledikleri bir hesaba aktarmak suretiyle hırsızlık yapılmasıdır. Gerçekten de bu tür e-postalarda belirtilen linklere fare tıklatıldığında, bir bankanın sahte bir görüntüsünün yer aldığı web sayfasına erişilmekte ve kişilerden hesap numarası ve şifre ve önem taşıyan diğer gizli bilgileri vermesi istenmektedir. Ancak gelişmiş antivirüs programları ile bu sayfaların art alanında çalışan trojen, solucan ve virtüs gibi bulaşıcıların varlığı tespit edilebilmektedir. E-posta servis sağlayıcıları bu tür mektupların gönderilmesini yeterince engelleyemedikleri görülmekle birlikte, bankaların müşterilerinden elektronik posta yolu

internet ortamında dolaşıma sokan kişinin idari veya cezai sorumluluğu doğabilirse de asıl inceleme konumuz hukuki sorumluluk olduğundan söz konusu konuları inceleme dışında bırakıyoruz.

İnternette veya internet kullanılarak bir esere tecavüz edilmesi halinde uygulanacak özel hükümlere bilişim suçları ile ilgili düzenleme dışında Türk Hukukunda yer verilmediği görülmektedir⁴⁹. Dolayısıyla elektronik posta yolu ile gerçekleştirilen ihlallere, durum, genel sorumluluk esaslarına nazaran farklı özellikler taşımadığından, genel hükümler uygulanmak durumundadır. Bununla birlikte elektronik posta hizmetinin bir bülten, bir ilan tahtası işlevi gördüğü hallerde, durum yazılı basın ve dolayısıyla yazılı basınla ilgili sorumluluk esaslarının⁵⁰ buraya taşınıp taşınmamasında bir tartışma yaşanmaktadır. Konu ile ilgili olarak fazlaca yargı kararı bulunmamakla birlikte Stuttgart yerel mahkemesi bir kararda⁵¹ ticari amaçlarla işletilmeyen elektronik posta kutularında herkesin üçüncü kişilerin haklarını haleldar eden içerik sebebiyle bunların yayılmasını önleme konusunda talep hakkına sahip oldukları ifade edilmiştir. Bununla birlikte kararda, ticari olmayan elektronik posta işletmelerinin, hukuki sorumluluğa yol açması muhtemel haberlerin iletilmesini önleme amacıyla posta içeriğini kontrol etme yükümlülüklerinin bulunmadığı belirtilmiştir. Zira böyle bir yükümlülüğün yük-

ile böyle bir güncelleme talep etmeme kararı aldıkları ve müşterilerini de böyle durumlara karşı uyardıkları görülmektedir.

49 İnternette tecavüz ve sorumluluk konusunda bkz., Tekinalp, Ü., Fikri Mülkiyet Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2002, s. 298 vd..

50 Ülkemizde basının sorumluluğu ile ilgili olarak 9.6.2004 tarih ve 5187 sayılı Basın Kanununun 11 nci maddesinde "cezai sorumluluk"; 13 üncü maddesinde "hukuki sorumluluk" düzenlenmiştir. Bu Kanuna göre hukuki sorumluluk, "Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan dolayı süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi ile yayımcı, yayımcının belli olmaması halinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumludur (I). Bu hüküm, süreli veya süreli olmayan yayınlarda yayın sahibi, marka veya lisans sahibi, kiralayana, işletene veya herhangi bir sıfatla yayımlayan, yayımcı gibi hareket eden gerçek veya tüzel kişiler hakkında da uygulanır. Tüzel kişi şirkette, anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde en üst yönetici, şirket ile birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur (II). Zararı doğuran fiilin işlenmesinden sonra yayının her ne surette olursa olsun devredilmesi, başka bir yayınlara birleştirilmesi veya sahibi olan gerçek veya tüzel kişinin herhangi bir surette değişmesi halinde, yayını devir alan, birleşen ve her ne surette olursa olsun yayın sahibi gibi hareket eden gerçek ve tüzel kişiler ve anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı, diğer şirketlerde üst yönetici, bu fiil nedeniyle hükmedilecek tazminattan birinci ve ikinci fıkrada sayılanlarla birlikte müştereken ve müteselsilen sorumludur (III)". Basının hukuki sorumluluğu konusunda ayrıca bkz., Kılıçoğlu, A., Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Yapılan Saldımlardan Hukuksal Sorumluluk, Ankara 1982.

51 LG Stuttgart, Urt. vom 17.10.1987, JurPC 1992, 1714 vd..

lenmesi servis sağlayan kuruluşları zaman itibariyle oldukça uğraştırır ve masrafların olağanüstü artmasına yol açar. Durum, bir gazetenin ilan sayfalarında yer alan ilanlar sebebiyle basın kuruluşlarının sorumluluğuna benzetilmiş, bu ilanlar sebebiyle basın kuruluşu hangi şartlarla sorumlu tutulabiliyorsa, internette yayılan elektronik postaların içerdiği hukuka aykırı unsurlar sebebiyle sorumlu tutulmaları esası benimsenmiştir. Bu esas da, yayın kuruluşunun hukuka aykırı içeriği bilmesi veya durumun gereği olarak bilebilecek durumda olmasıdır.

Görüldüğü üzere hukuka aykırı fiilden hukuki sorumluluk incelenirken, hukuka aykırı içeriğin kim tarafından sağlandığı büyük önem taşımaktadır. Zira sorumlu, esas itibariyle hukuka aykırı içeriği bu ortamda dolaşıma sokan kişidir. Bu içeriğin yayılmasını sağlama, diğerine nazaran ikincil mahiyet taşımaktadır⁵². Posta hizmeti sağlayan kuruluşların sorumluluğu ise bu kişilerin genel olarak posta trafiğini izleme ve kontrol yükümlülüklerinin bulunmadığının kabul edilmesi sebebiyle, önceden uyarılması ve konu hakkında bilgilendirilmesine bağlıdır. Bazı e-posta hizmet servis sağlayıcıları istenmeyen e-postalar için belirli bir ölçüde filtre koyma yoluna gitmekte ise de, hiç bir biçimde e-posta içeriğini kontrol etme yükümlülüğü altında değildirler. Haberleşmenin gizliliği ilkesi böyle bir uygulamaya geçit vermez. Bununla birlikte şayet hukuka aykırı içerik taşıdığı belirlenen bir elektronik posta söz konusu ve bu durum emniyet yetkilileri tarafından tespit edilmiş ise bunların internet ortamında iletimi servis sağlayıcısına yapılacak bir ihbarla engellenebilir. Bu durumda da servis sağlayıcı haberin içeriğinden yine haberdar olmamakta, yalnızca bunun iletimini gerçekleştirmektedir.

Bu açıklamalar ışığında elektronik posta hizmet sağlayıcısının hukuka aykırı içerik sebebiyle BK. m. 41 anlamında sorumlu tutulabileceği muhakkaktır. Bu anlamda sorumluluk asli olabileceği gibi, içeriği sağlayan kişi ile birlikte sorumluluk tarzında da gerçekleşebilir. Zira hukuka aykırı eylemden doğacak zararın büyüklüğü içeriğe bağlı olduğu kadar aynı zamanda bu içe-

⁵² Sorun aslında yabancı içerikten servis sağlayıcıların ne şekilde sorumlu tutulması gerektiğidir. Bu konuda hukukumuzda özel hükümler bulunmamakla birlikte örneğin Almanya'da Teleservisler Yasasının 8-11inci maddelerinde durum düzenlenmiştir. Alman hukukundaki sorumluluk düzeni ile ilgili geniş bilgi için bkz., Sobola, S./Kohl, K., Haftung von Providern für Fremde Inhalte, CR 2005, 443 vd.. Bu hükümlerde servis sağlayanın sorumluluğu kendisine bildirilen veya yararlanılmak üzere erişim sağladığı ve özellikle bir yararlanıcı için serverinde kayıtlı bulunan yabancı içerikle sınırlıdır. 11 inci maddede ise sorumluluk konusunda adeta servis sağlayana bir imtiyaz sağlanmaktadır. Buna göre servis sağlayan hukuka aykırı eylemle ve bilgi ile ilgili bir bilgisi yoksa veya bilginin veya eylemin tazminat borcu doğuracağı aşikar değilse veya kendisine içeriğin hukuka aykırı olduğu bildirilir bildirilmez vakit geçirmeksizin o içeriğe ulaşmayı engellemiş ise sorumlu tutulmayacaktır.

riğin yayılmasına da bağlıdır. BK. m. 41 haksız fiile katkıda bulunan herkesi meydana gelen zarardan müteselsil olarak sorumlu tutmuştur⁵³. Dolayısıyla zararın sorumlular arasında paylaşılması iç ilişki sorunudur ve pratikte, zarar görene karşı nasıl sorumlu olunduğunun önemi yoktur.

Oluşan zarardan kimlerin ne ölçüde sorumlu tutulacağı hakimın takdirine bağlı bir husustur. Bununla birlikte hakim bu takdir hakkını kullanırken, tekniğin gerektirdiği tedbirlerin alınıp alınmadığı önemli bir ölçüt olmalıdır. Elektronik postalar bakımından muhtemel tehlike kaynaklarına karşı elverişli önlemlerin alınmış olması, özel hukuk işlem güvenliğinin sağlanması mutlaka göz önünde tutulması gereken konular arasındadır⁵⁴. Buna göre elektronik posta işleticisi hukuka aykırı bir içeriği bir biçimde tespit ettiğinde, bir diğer ifade ile öğrendiğinde mutlaka bu e-postayı yok etmelidir. Ancak bu hüküm asla, elektronik posta işleticisini hukuka aykırı içeriği tespit etme ve yok etme yükümlülüğü bulunduğunu sonucuna bizleri götürmemelidir.

V. SONUÇ

Günlük hayatta e-posta hizmetlerinin birbirinden farklı çeşitli yollarla ilerlediği görülmektedir. İlk yöntem, kamu kurum ve kuruluşlarının memurlarına e-posta hesabı tahsis etmeleri ve kullanımlarına sunmalarıdır. Bu durum, kamu hizmetinin bir parçası olarak görülmek gerekir.

Bir diğer hizmet sunma biçimi, internet servis sağlayıcılarının veya alan adı tahsis eden kuruluşların, internet erişim paketinin ya da alan adı tahsisinin muhtevasına dahil olmak üzere, kullanıcılarına bir elektronik posta hesabı tahsis etmeleridir. Bu edim, servis sağlayıcının ya da alan adı tahsis eden kuruluşun asli edim yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilmek gerekir. Burada özel kuruluşlarının çalışanlarına, derneklerin üyelerine, vakıfların yararlananlarına tahsis ettikleri elektronik posta hizmetlerini de anmak gerekir. Zira burada ön plandaki kuruluş, sözleşmeyi yapmakta ve bu sözleşme, üçüncü kişi yararına sözleşme nitelikleri taşımaktadır.

Ticari nitelikli e-posta hizmet sağlama sözleşmesi kendine özgü nitelikler taşımakla birlikte, eser sözleşmesine dair nitelikler ağırlığını hissettirmektedir. Bu sebeple, sözleşmenin tüketici sözleşmesi sayılmadığı hallerde eser sözleşmesine ilişkin ayıba karşı tekeffül hükümleri ile eser sözleşmesine dair sözleşmenin sona erdirilmesi imkanlarından BK. m. 370 hükmü burada

⁵³ Doktrinde "başkasının fiilinden sorumluluk" bağlamında Türk hukukunda elverişli kuramların "asli edim yükümlerinden bağımsız borç ilişkisi" ve "davranış yükümleri" olduğu ifade edilmiştir, Tekinalp, 300.

⁵⁴ Ackermann, 140.

kıyasen uygulama alanı bulmalıdır⁵⁵. Sürekli borç ilişkisi niteliği taşımasından dolayı ilişkinin sona erdirilmesinde BK. m. 340 ve 341 hükümleri de kıyasen uygulanabilmelidir.

Elektronik posta hizmetinin belki de en fazla yaygınlaşmasına aracılık eden sunum şekli ise, internet ortamında faaliyet gösteren bazı kuruluşların bu hizmeti karşılığında parasal bir karşılık almaksızın sunmalarıdır.

Bu sayılanlardan başka yöntemlerle de elektronik posta gönderebilmektedir. Örneğin, bir gazete köşe yazısının sonunda, yazının yazarı ile yazı ile duygu ve düşüncelerin paylaşılacağı, sizin duygu ve düşünceni karşı tarafa iletebilecek teknik bir düzenek yerleştirildiği görülmektedir. Ancak burada başlıbaşına bağımsız bir posta hizmeti verilmediğinden görüntü aldatıcıdır. Zira, buraya yazılan mesaj, sadece tek yönlü olarak karşı tarafa iletilmekte, karşılıklı iletişime imkan bulunmamaktadır. Bu hizmet web sitesinin art alanında gerçekleşen bir veri transferidir. Dolayısıyla okuyuculara böyle bir interaktif imkan sunulması, elektronik posta hizmeti sağlama anlamına gelmemektedir.

Ticari amaçlı olmakla birlikte böyle bir amaca yönelik olduğu yolunda herhangi bir bilgi içermeyen elektronik postaların gönderilmesi (=spam) büyük bir sorun durumundadır. Hukuki çözümlerin yanısıra teknik ve ekonomik tedbirlerin eşgüdümü ile çözümlenebileceğine inanılan bu sorun konusunda ülkemizde atılan adımlar oldukça yetersizdir. Gizli reklam yasağı (TKHK. m. 18), haksız rekabet ilkeleri ve Medeni Kanunda öngörülen imkanlar, söz konusu global sorun karşısında yetersizdir⁵⁶. E-posta servisi sağlayıcılarının spam filtrelemesi yapması artık bir zorunluluk olarak görülmelidir. Ayrıca e-posta hesabı verilmesinde dünya çapında yeknesak kurallar getirilmeli; bu kurallarla, kullanıcı kimliğinin doğru bir biçimde tespit edilmesi sağlanmalıdır. Böylece anonim posta hesabı kullanımının ve dolayısıyla anonim ihlallerin önüne geçilebilir.

55 Kendine özgü sözleşmelere uygulanacak hukuk konusunda geniş bilgi için bkz., Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, 4. Bası, Ankara 1985, s.12 vd.; Oktay, S., İsimli Sözleşmelerin Geçerliliği, Yorumu ve Boşlukların Tamamlanması, İHFM, C.LV (1996), s. 263 vd.; Aral, 55 vd..

56 Global sorunların ancak global çözümlerle çözülebileceği yolunda bkz., Decker, T., Das Kollisionrechtliche Werk von Ernst Zitelmanns, Ein Konzept für die zukünftige Gestaltung des Internationalen Privatrechts? Diss., Köln 2004, s. 34 vd..

