

**SPAM'İN ZARARLARI VE SPAM İLE HUKUKİ MÜCADELE:
ABD ÖRNEĞİ VE TÜRK VE
AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKLARI İLE KARŞILAŞTIRILMASI**

*Yrd. Doç. Dr. Metin İKİZLER**
*Yrd. Doç. Dr. M. Sinan BAŞAR***

ÖZET

Bu çalışmada spam iletilere karşı yapılan mücadele özellikle hukuksal yönüyle incelenecektir. Bu bağlamda spam önce teknik ve hukuksal yönden tanımlanacak daha sonra spam iletileri engelleme yollarından kısaca söz edilecektir. Son olarak spam ile hukuksal mücadele yolları ele alınarak, konu ABD modeli açısından Türkiye ve Avrupa Birliği'ndeki durumla karşılaştırılmalı olarak incelenecektir.

**THE NEGATIVE AFFECTS OF SPAM AND
THE LEGAL CONTENT WITH SPAM: USA SPAM-ACT AND
COMPARE WITH TURKISH AND EU LAWS**

ABSTRACT

In this article, the contention, opposed to spam, will be studied especially point of legal view. At first, spam will be defined from technical and legal angle, than it will be discussed that the impacts and cost of spam and how to be prevented from spam. In conclusion, the anti-spam laws in Turkey, European Union and especially USA will be studied.

* Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Hukuk Bilimleri Ana Bilim Dalı
Erzurum. e-posta: metinikizler@hotmail.com

** Atatürk Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Sayısal Yöntemler Ana Bilim
Dalı Erzurum. e-posta: sinanb@atauni.edu.tr

GİRİŞ

Bilgi teknolojilerindeki gelişmelerin en önemli sonuçlarından biri olan internet insan yaşamına getirdiği kolaylıkların yanında yeni ve büyük problemlere de zemin oluşturmaktadır. Çağımıza özgü olan bu yeni problemlerin en önemlileri de şüphesiz kötü niyetli yazılımların yol açtığı zararlar ve engellemelerdir. Bu bağlamda ilk olarak akla bilgisayar virüsleri ve spam iletiler gelmektedir.

Spam, genel olarak Internet ortamında aynı mesajın sayısız kopyası çıkarılarak mesaj konusu ile ilgili talebi olmayan kişilere istekleri dışında gönderilmesi şeklinde tanımlanmaktadır¹. Spam kelimesi, tarihte ilk kez bir Amerikan firması olan Firma Hormel Foods Corperation'un, ikinci dünya savaşı sırasında Amerikan askerlerine tanıtım amaçlı ve bedelsiz olarak dağıttığı baharatlı domuz eti ve jambon için kullanılan "Spiced Pork And Ham" kelimelerinden türetilmiştir. Daha sonraları e-posta yolu ile kitlelere reklam yapılması konusunda kullanılan bir kelime haline gelmiştir².

Yaygın olarak yalnızca istenmeden alınan elektronik postalara spam adı verilmekle birlikte web sayfalarına, tartışma gruplarına e-posta ile gönderilen reklamlar ve promosyon duyuruları gibi ağ ortamında yayılan istem dışı tüm gönderiler spam olarak sınıflandırılabilir. Türkçe'de kavram bazen "yıgın ileti" olarak da anılmakla birlikte, yaygın kullanımı dolayısıyla bu çalışmada spam ifadesi tercih edilecektir.

Spam'in en yaygın görülen türü UCE (Unsolicited Commercial E-mail) olarak isimlendirilen ve Junk (işe yaramaz, hurda) olarak da bilinen telep edilmemiş ticari e-postalardır³.

Bir diğer yaygın spam türü ise çok sayıda elektronik posta adresine gönderilen kitlesel mesajlardır. UBE (Unsolicited Bulk E-mail) olarak bilinen bu tür mesajlar içerik olarak da diğer spamlardan farklıdır. Genellikle bir haberin, bir çağrının, ya da belirli bir konudaki bir düşüncenin veya görüşün

¹ **Altan**, Naci. "Bilgisayar Terimleri Ansiklopedik Sözlüğü", Sistem Yayıncılık, 3. Baskı, İstanbul 2003.

² **Yıldız** Sedat, Türk Hukuku'nda Spam'ın Hukuki Niteliği, <http://www.bilisimkulubu.com>. Son Erişim: 11.12.2006

³ **Hoffman**, Paul, **Dave** Crocker. "Unsolicited Bulk Email: Mechanisms for Control", Internet Mail Consortium Report: UBE-SOL, IMCR-008, Mayıs 1998.

duyurulması amacını taşıyan kitlesel mesajlar nadiren reklam amaçlı olarak da kullanılabilir.

MMF (Make Money Fast) iletileri; zincir iletiler ya da piramit benzeri pazarlama yapıları ile ilgili gelen iletilerdir. Piramitin en üstündeki isme para gönderip listenin altına kendinizi eklediğinizde para kazanmaya başlayacağımıza ilişkin iletiler bu tip spam iletilerine örnek olarak verilebilir.

Spam yaymanın etkin yollarından birisi de tartışma listeleri veya haber gruplarını kullanmaktır. Spam yaymak isteyen kişi çok sayıda gruba üye olarak bunlara toplu mesaj gönderir ve böylece tüm üyelerin mesajı almalarını sağlar. İnternette bağımsız bir haber grubu ağı olan USENET'te aynı anda yirmiden fazla gruba gönderilen bu tür iletiler spam kapsamında değerlendirilmektedir⁴.

UCE'ler çoğunlukla ticari reklam niteliğinde olmaktadır ve gönderici açısından çok küçük bir harcama ile gerçekleştirilebilir. Ancak mesajın alıcıları ile taşıyıcı veya servis sağlayıcı kurumlar çok büyük bir mali yük ile karşı karşıya kalabilmektedir⁵. Örneğin AOL (American On-Line) şirketi, Cyber Promption adlı bir kuruluşu bu konuda mahkemeye vermiş ve şikayetinde bu kuruluşun günde 1.8 milyon spam iletisi aldığını belirtmiştir. Bu da tüm bu iletiler için hiç okunmadan silindiği varsayılırsa günde en az 5000 saatlik bağlantı anlamına gelmektedir. Tüm bu iletileri göndermenin Cyber Promption'a maliyeti ise günlük yalnızca 100 dolardır. Bir tek servis sağlayıcının bir tek spam yayıcısı nedeni ile karşı karşıya kaldığı bu yük göz önüne alınırsa dünyadaki tüm spam iletilerinin neden olduğu maliyetin büyüklüğü anlaşılabilir⁶. MessageLabs firmasının yaptığı bir araştırmada 2003 yılı itibarıyla spam iletilerin şirketlere maliyetinin 20,5 milyar dolar olduğu tahmin edilmiştir. Ferris araştırma şirketi ise spam iletilerin yol açtığı zararın %44'ünün servis sağlayıcıların kaynaklarının boşa harcanması sonucu meydana geldiğini ortaya koymuştur. Zararın %39'unu kullanıcı verimlilik kaybı, kalan %17'sini ise bakım masrafları oluşturmaktadır⁷.

Gönderici açısından çok fazla bir maddi yük söz konusu olmadığından spam iletiler hedef kitle aranmaksızın gönderilebilmektedir. Bu durumda

⁴ Hoffman, Paul, Dave Crocker. A.g.e.

⁵ <http://www.cauce.org>, Son Erişim 12.01.2007.

⁶ <http://www.spam.org.tr>, Son Erişim 12.01.2007

⁷ Greenspan, Robin. "En çok Spam yayan ülke ABD olarak Açıklandı". <http://www.turk.internet.com>, Ekleme tarihi: 01.12.2003. Son Erişim 04.03.2007.

reklam amaçlı bir ileti reklamı yapılan materyal ile ilgilenmeyecek, satın almayacak ya da istese de ulaşamayacak kişilere de gönderilmektedir. Ayrıca mesajın içeriğinde mesajı alacak kişilerin görmesi, ya da okuması sakıncalı olabilecek cinsellik, şiddet vb. içeren materyallerin bulunması da mümkündür. Bu tür durumlarda alıcıların uyarılması da spam göndericilerinden beklenmeyecek bir davranış olacaktır.

Spam iletiler ilk zamanlar gönderici adresinin engellenmesi ile bir ölçüde azaltılabilmekteydi. Ancak spam göndericiler günümüzde deneme amaçlı adresleri ya da kötü niyetli yazılımlarla kontrol edilen adresleri kullanmakta, bu durumda gerçek kaynağa ulaşamadığı gibi internet ortamı bir kere kullanılıp terk edilmiş adreslerle dolmakta bu da önemli ve büyük maliyetlere neden olmaktadır. Kullanıcılar ise aynı mesajı her seferinde farklı göndericiden almaya devam etmekte ve göndericiyi yasaklamak kullanıcının yasak listesini kabartmaktan başka bir işe yaramamaktadır. Dünya üzerinde yüz milyondan fazla internet bağlantısı olduğu düşünülürse her bilgisayar için 1 megabyte yer kapladığı varsayımı ile sadece yasaklanan adresler 10000 GB bir alanın boş yere kullanılması anlamına gelmektedir. Kaldı ki Anti-Spam yazılımlarının kullandığı disk kapasitesi ve iletilerin bu programlar tarafından kontrol edilmesi sırasında harcanan bağlantı süreleri hesaplanırsa spam iletilerin zararlarının ne boyutlarda olduğu görülebilir⁸.

Spam, yalnızca ticari reklam için kullanılmamakta, zararlı düşünce ve akımların yayılması için de en önemli reklam aracı haline gelmektedir. Ayrıca bu tür iletilerle ticari reklam yapmak sokaklarda ya da adreslere bildiri dağıtmak gibi görülse de reklamı yapılan materyalin kalitesi, kanunlara ve standartlara uygunluğu, tüketici haklarının güvenceye alınması gibi konularda reklam ile ürün arasında hukuksal bir bağ kurulamadığından spam ile yapılan reklamlarla sahtecilik ve dolandırıcılık yapılması riski çok yüksektir.

Spam iletilerin en önemli tehlikesi ise bilgisayar virüslerinin ve bilgisayarın uzaktaki bir kişinin kontrolüne girmesini sağlayan, bot (kurtçuk, yazılım robotu) adı verilen kötü niyetli yazılımların bu yolla kolayca yayılabilmesidir. Bu yazılımlar bulaştığı bilgisayarları kontrol altına alarak kullanıcısının izni ya da haberi olmadan bilgi çalmak, spam yaymak gibi işler için kullanılmasını sağlamaktadır.

⁸ <http://www.spam.org.tr>, Son Erişim 12.01.2007

Spam yayma açısından incelendiğinde 2006 yılına kadar kıta bazında Amerika birinci Asya ikinci sırayı almaktadır. Ülke bazında ise %58.4 ile ABD, %5.6 ile Çin ve %5.2 ile İngiltere ilk üç sırayı oluşturmaktadır. 2006 yılında ise Sophos güvenlik firmasının yaptığı araştırmada Asya kıtasının öne geçtiği görülmektedir. Bu araştırmada Asya %42.8 ile ilk sırayı alırken %25.6 ile Amerika ikinci ve %25 ile Avrupa üçüncü sırada yer almaktadır. Bu araştırmadan çıkan diğer bir sonuç ise dünyada elektronik olarak iletilen her 40 mesajdan birinin virüs taşıdığı ve her iki mesajdan birisinin spam ileti sınıfına dahil olduğudur⁹.

Spam ile mücadele konusu genel olarak teknik ve yasal mücadele başlıkları altında incelenebilir. Teknik mücadele bireysel kullanıcıların ve sistem yöneticilerinin yürütebileceği bir mücadele iken yasal mücadele için devletlere ve hatta uluslar arası kurumlara görev düşmektedir.

Bireysel mücadele, kullanıcıların Spam iletilere maruz kalmamak için alacakları kişisel tedbirlerdir. Anti-Spam yazılımlar yüklemek, Spam iletileri zamanında servis sağlayıcılara bildirmek gibi tedbirler bireysel mücadeleye örnek olarak verilebilir.

Sistem yöneticilerinin yapacağı mücadele, öncelikle spam yayan kaynaklar konusunda tedbirli olmayı gerektirmektedir. Sunucular kendilerine bağlı kullanıcı hesaplarını sıkı denetim altında tutarak ve ara sunucu (Relay) olarak kullanılmamaları konusunda gerekli tedbirleri alarak spam iletilerin yayılmasını önemli ölçüde engelleyebilirler.

Spam ile hukuki mücadeleye gelince, bu konuda farklı ulusların yasal düzenlemeleri bulunmakla birlikte¹⁰, Spam iletilerle ilgili ilk düzenli ve kapsamlı yasanın ABD'nin "İstenmeyen Pornografik ve Pazarlama Tecavüzlerinin Kontrolü Yasası" (Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act) olduğu söylenebilir. Bu Federal Yasa kısaca

⁹ Uysal, Levent. "Spam Lideri Artık Asya". <http://www.turkinternet.com>, Ekleme tarihi 09.06.2006. Son Erişim 04.03.2007.

¹⁰ Bak. [[http://www.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp\(2003\)10-final](http://www.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp(2003)10-final)]; ayrıca bak.<http://www.euro-cauce.org/en/countries/index.html> (11.01.2007); **Khong**, D. W. K.: The Problem of Spam Law: A Comment on The Malaysian Communications and Multimedia Commission's Discussion Paper on Regulating Unsolicited Commercial Messages, Computer Law & Security Report, 9/2004, s.206-212.

CAN-SPAM Act olarak anılmaktadır. Yasa 2003 yılında çıkarılmış ve 2004 yılı itibariyle yürürlüğe girmiştir¹¹.

Adından da anlaşılacağı üzere bu yasanın amacı kısaca, e-posta uygulamalarının kötüye kullanılmasını önlemek, aldatıcı içerikli e-posta gönderimlerini ve pornografik materyallerin¹² internet üzerinden dağıtılmasını engellemektedir. Bununla birlikte Yasa, ticari içerikteki tüm e-posta iletilerine uygulanabilecek hükümler de taşır.

Yukarıda değinildiği gibi, Spam ile ilgili en düzenli ve kapsamlı yasalardan biri olması dolayısıyla burada ABD Spam Yasası esas alınmak ve AB hukuku ile de karşılaştırılması yapılmak suretiyle konunun hukuki boyutu incelenmeye çalışılacaktır.

I. ABD SPAM YASASININ KAPSAMI

A. GENEL OLARAK

Spam Yasası esas olarak, istenmeyen (istek dışı) ticari e-postaları kapsamına almaktadır. Ticari e-postadan ne anlaşılması gerektiği Yasada ayrıca tanımlanmıştır. Buna göre, asıl amacı ticari reklam ya da ticari bir ürün ya da hizmetin reklamı ya da promosyonu olan e-postalar ticari e-posta olarak kabul edilmektedir [Böl. 3 (2)A]. Bu bakımdan, e-posta yoluyla reklam ya da promosyon etkinliğinde bulunulup bulunulmaması ticari e-posta tanımında öne çıkan noktadır¹³.

Yasa, asıl itibariyle, çok sayıda gönderilen -spam niteliğindeki- ticari e-postaları hedeflemektedir. Bununla birlikte, tek bir kişiye/olası alıcıya

¹¹ Federal Yasadan önceki dönem için bak. **Latham**, D. P.: Spam Remedies, William Mitchell Law Review, 3/2001, s.1649-59; **Simmons**, D. D.: No Seconds On Spam: A Legislative Prescription to Harness Unsolicited Commercial E-Mail, Journal of Small & Emerging Business Law, 2/1999, s.389-427; **Dickinson**, D.: An Architecture for Spam Regulation, Federal Communications Law Journal, 1/2002, s.137-145; **Saylin**, G. M./**Cox**, J. C.: The Unsolicited Email Act and Anti-Spam Litigation, Utah Bar Journal, 1/2003, s.26-27.; **Freeman**, E. H.: Information Systems Security, 5/2000, s.12-16.

¹² Spam Yasasının bu konudaki düzenlemeleri için bak. **Manishin**, G. B/**Joyce**, S. A.: Current Spam Law and Policy: An Overview and Update, Computer and Internet Lawyer, 9/2004, s.4.

¹³ **Seligman**, T. J.: Marketing through Online Promotions, Computer and Internet Lawyer, 4/2004, s.26; **Denny** W. R.: How The Can-Spam Act of 2003 Affects Electronic Communication by Lawyers, Practical Lawyer, 4/2005, s.19-20.

gönderilen ticari e-postalarda da niteliğine uygun düştüğü ölçüde Yasanın bazı hükümlerinin uygulanması söz konusu olacaktır¹⁴. Örneğin bu tür bir e-posta da, opt-out hakkının kullanımına olanak sağlayan içerikte olmalıdır¹⁵.

Bir e-postanın asıl amacının ticari olup olmadığının belirlenmesi görevi ise FTC (Federal Ticaret Komisyonu, Federal Trade Commission)'ye aittir. FTC, bu kavrama açıklık getirici mevzuatı çıkarmakla yükümlüdür [böl. 3 (2)C].

B. YASAYLA KAPSAM DIŞI BIRAKILAN TİCARİ E-POSTALAR

Spam yasası, ticari işlemlerle ilgili olanlarla mevcut ticari ilişkilerin bir gereği olarak gönderilen postaları, ticari e-posta kavramının dışında tutmuştur. Bu nitelikteki e-postalar yasa anlamında ticari e-posta kabul edilmemektedir. Bunlar da, aslında ticari yaşam ve ilişkilerle ilgili olmakla birlikte Yasanın kapsamına aldığı "ticari" e-postalardan ayrı tutulmaktadır. Ticari işlem ya da ilişkilerle ilgili e-postalardan (transactional or relationship messages) ne kastedildiği, Yasada açıklığa kavuşturulmuştur [böl. 3 (17)A]. Bu tür e-postalar için de, gönderme amacı ön plana çıkmaktadır. Buna göre asıl amacı, tarafların önceden üzerinde anlaştığı bir ticari işlemi onaylamak, doğrulamak, kolaylaştırmak ya da tamamlamak olan (ticari) e-postalar Yasayı ihlal etmez. Bunun gibi, karşı tarafa ürünün garantisi ile ilgili bilgi sağlayan, ürünün geri alınması (cayma) koşulları ile ilgili bilgi sunan, alıcı tarafından satın alınan ya da kullanılan ticari bir ürünün güvenli kullanımına ilişkin bilgiler içeren e-postalar kapsam dışıdır. Abonelik, üyelik, mudilik vb. bir özellik içeren ticari ilişkilerin koşul ve niteliklerindeki (bunun gibi e-posta alıcısının statüsündeki) değişikliklerin ya da bunlarla ilgili -hesap ekstresi gibi- dönemsel bilgilerin e-posta yoluyla gönderimi de -yasa anlamında- spam olarak kabul edilmemiştir. Doğrudan doğruya, çalışma (istihdam) ilişkileri ya da ürün güncellemesi (virüs programları gibi) vb. ile ilgili bilgiler içeren e-postalar da kapsam dışı tutulmuştur.

İşlemsel ve ilişkisel e-postalara ilişkin Yasada yer alan bu hükümlerin kapsamını genişletmek ve/veya daraltmak konusunda da FTC yetkili

¹⁴ **Clarke III, I/Flaherty, T. B/Zugelder, M. T:** The CAN-SPAM Act: New Rules for Sending Commercial E-mail Messages and Implications for the Sales Force, Industrial Marketing Management, 34/2005, s.400;

¹⁵ **Kennedy, C.H/Lyon, C. E.:** The CAN-SPAM Act of 2003: A New Regime for Email Advertising, Computer and Internet Lawyer, 2/2004, s.7.

kılınmıştır. FTC, bu konudaki tutumunu e-posta teknolojisi ve uygulamalarındaki gelişme ve değişikliklere göre ve Yasanın amacına uygun hareket ederek belirleyecektir [(böl. 3(17)B].

Yasanın işlemsel ve ilişkisel e-postalara ilişkin düzenlemesi dar içerikli görülerek eleştirilere uğramakta, bu konuda daha geniş kapsamlı görülen; önceden mevcut ya da devam etmekte olan işletmesel (ticari) ilişkilerle ilgili e-postaları kapsam dışı tutan bir düzenleme önerilmektedir¹⁶.

C. OPT-OUT SİSTEMİ YA DA ONAY VERMEME, REDDETME HAKKI

Opt-out sisteminin temel düşüncesi, her e-posta alıcısına, herhangi bir göndericiden aldığı ticari e-postaları gelecekte almama olanağı tanımaktadır¹⁷. Bu anlamda e-posta alıcısı, istemediğini bildirmek suretiyle o göndericiden ticari içerikli ileti almayı (ya da bunların bazılarını almayı¹⁸) reddetmektedir.

Yasanın ticari e-postaların zorunlu içeriğinden gördüğü e-posta adresinin bildirim vb. düzenlemeler e-posta alıcılarının reddetme haklarını etkin kullanabilmelerine yönelik düzenlemelerdir¹⁹.

Nitekim reddetme hakkının kullanılması üzerine, göndericinin on iş gününden daha uzun bir süre istenmeyen ticari e-postaları göndermeye devam etmesi yasayı ihlal eder [böl. 5(a)(4)(A)(i)]. Görüldüğü gibi, Yasa bu on iş günlük süre içinde istenmeyen e-postanın gönderimini yaptırma bağlamamıştır. Bir başka deyişle, göndericinin istenmeyen e-postayı on iş günü boyunca göndermeye devam etmesinde yasal bir sakınca bulunmamaktadır.

Reddedilen göndericinin dolaylı yollarla, örneğin başka bir gönderici aracılığıyla spam (istenmeyen ticari e-postaları) göndermeye devam etmesi, ya da e-posta alıcısının adresini başka göndericilere transfer etmesi, satması, ondaki adreslerle değiş-tokuş etmesi kısacası bunlar ve benzeri yollarla bir diğerine bildirmesi de yasaklanmıştır [böl. 5(a)(4)(A) (ii, iii, iv)]. Burada ayrıca değinmek gerekir ki, ABD hukukunda üçüncü kişiler tarafından gönderilen ticari e-postalardan yararına e-posta gönderilenlerin sorumlu tutulması mümkündür. Ancak bunun için, yararına e-posta gönderilenin bu durumu

¹⁶ Kennedy/Lyon, s.2.

¹⁷ Kennedy/Lyon, s.3; Denny, s.18; Ayrıca bak. Khong, s.207-208.

¹⁸ Nitekim bak. sec. 5(a)(4).

¹⁹ Kennedy/Lyon, s.3.

bilmesi ya da bilmesi gerekmesi, bu gönderilerden ekonomik çıkar elde etmesi ya da elde etmeyi beklemesi ve bu gönderileri önlemek için dava açmamış, durumu tespit ettirmemiş ya da FTC'ye bildirmemiş olması aranmaktadır [böl. 6 (a) (b)].

Reddetme hakkı kullanıldıktan yani istenmeyen e-posta opt-out yapıldıktan sonra bundan dönülebilir. Bunun için, kendisine ticari e-posta gönderilmesine artık rızası olduğunu (affirmative consent) alıcının göndericiye bildirmesi yeterlidir [böl. 5(a)(4)(B)].

D. TİCARİ E-POSTAYI TANITICI İFADELER

ABD Spam Yasası, e-postaların -yasa anlamında- ticari niteliğinin gizlenmesine izin vermemektedir. Bu anlamda, ticari e-postaların bu nitelikte olduğunun alıcı tarafından açık ve kolayca anlaşılabilir şekilde gönderilmesi gerekir. Yani alıcı, adresine gelen postanın reklam ya da promosyon içerikli bir mesaj taşıdığını -örneğin, e-postanın konu kısmından²⁰- açıkça anlayabilmelidir. [böl. 5(a)(5)].

Yasa bu konuda da bir istisna getirmiştir. Bu tür postaların gönderimi konusunda e-posta alıcısı göndericiye önceden izin vermişse, bu takdirde artık e-postanın ticari niteliğinin belirtilmemiş olması yasaya aykırı değildir. Ancak bu durumda bile, reddetme (opt-out) hakkının bulunduğu alıcıya bildiri ve e-postanın geçerli fiziki bir posta adresi taşıması zorunludur [böl. 5(a)(5)].

E. YAPTIRIMI AĞIRLAŞTIRAN NEDENLER

Ticari e-posta gönderilmesinde başvurulabilen bazı davranış türleri için Spam Yasasında daha ağır yaptırımlar öngörülmüştür:

- a- Adres toplanması ve Sözlük saldırıları (Değişik yollarla toplanmış e-posta adreslerine bilerek/kasten spam ileti gönderilmesi) [böl. 5(b)(1)].
- b- Otomatik olarak birden çok e-posta hesabının oluşturulması [böl. 5(b)(2)]. Bu yolla herhangi bir kişinin spam göndermek amacı ile

²⁰ FTC de, bir e-postanın okunması ya da okunmadan yok edilmesinde, konu bilgisinin önemli rol oynadığını ifade etmektedir. Bak. **Lewczak, J.**: Complying with the Can-Spam Act: New FTC Regulations Provide Guidance on "Primary Purpose", Computer and Internet Lawyer; 5/2005, s.11.

çeşitli e-posta hesaplarına otomatik olarak kaydını sağlayan sistemler kullanması yasaklanmış olmaktadır.

- c- Yetkilendirilmemiş/izin verilmemiş bir network/şebeke sisteminden ticari e-postaların gönderimi [böl. 5(b)(3)].

Böylece, böl. 5(a)'da yer alan hukuka aykırı e-postalar için bu üç yoldan biri kullanıldığında yaptırımı ağırlaştırıcı nedenler gerçekleşmiş olacaktır.

1. Aldatıcı ve Yanıltıcı İçeriğe Karşı Sağlanan Koruma

Spam Yasası e-posta alıcılarını, aldatıcı ya da yanıltıcı içerikli e-postalara karşı da korumayı amaçlamaktadır. Yasa bu konuda, sadece spam iletilere yani çok sayıda gönderilen ticari e-postalara değil, çok sayıda gönderilmeyenlere ilişkin de hükümler içermektedir. Bunun gibi, aldatıcılık ve yanıltıcılık söz konusu olunca, ticari işlem ya da ilişkilerle ilgili e-postalara da uygulanacak hükümler içermektedir.

a. Aldatıcı ve yanıltıcı içerikli çok sayıda gönderilen ticari e-postalara ilişkin hükümler

Çok sayıda gönderilen ticari e-postalarda, hacking ve benzeri yöntemlerle e-postanın gönderildiği asıl kaynağın görülmesi ya da öğrenilmesinin engellemesi, cezai yaptırımlara bağlanmıştır. Bu konuda Spam yasası ile ABD Ceza Yasasına (US Criminal Code) bazı maddeler eklenmiştir²¹. Hacking ve benzeri yöntemler, göndericinin yetkisiz ve izinsiz olarak bir bilgisayar sistemine girmesini ve buradan e-posta alıcılarına ticari e-postalar göndererek gerçek adres vb. bilgiler konusunda onları aldatmasını mümkün kılmaktadır. E-postanın başlık bilgisinde, domain isminde bu yönde oynamalar yapmak ya da yanlış bilgiler vermek suretiyle çok sayıda e-posta adresi alarak bunları spam için kullanmak da aynı şekilde cezalandırılır. Buradaki cezaların uygulanabilmesi için göndericinin kasten hareket etmiş olması zorunlu görülmüştür. [böl. 4(a)(1)].

Yasa yukarıdaki yöntemlerle çok sayıda gönderilen ticari e-postalar için para ve hapis cezaları öngörmüştür. Hapis cezalarının azami süresi bazı suçlarda 1, bazılarında ise 3 ya da 5 yıldır [bak. böl. 4(b)(1) ve (2)].

²¹ Kennedy/Lyon, s.4.

Burada Yasanın cezai hükümlerinin ayrıntılarına girilmeyecektir. Ancak çok sayıda gönderilme yani spam olarak nitelendirilme kavramını netleştirmek için ceza hükümlerinin düzenlendiği böl.4'te yer alan sayısal ifadelerle değinmekte yarar vardır. Buna göre, çok sayıda ifadesi (multiple) ile; 24 saat içinde 100'den fazla, 30 gün içinde 1000'den fazla, 1 yıl içinde 10.000'den fazla e-posta gönderilmiş olması kastedilir [böl. 4(d)(3)]²².

b. Aldatıcı ve yanıltıcı içerikli tüm ticari e-postalara uygulanan hükümler

Yasa, çok sayıda gönderilmiş olmasa, yani spam niteliği taşımasa da makul bir e-posta alıcısını aldatacak ya da yanıltacak surette bir başlık kullanarak ticari e-posta gönderilmesini yasaklamaktadır [böl. 5(a)(2)].

Aynı esas, ticari e-posta olarak kabul edilmeyen, ticari işlem ya da ilişkilerle ilgili e-postalar açısından da geçerlidir.

F. SPAM YASASINDA DÜZENLENEN İHLALLERE KARŞI BAŞVURULABİLECEK HUKUKİ YOLLAR

ABD hukukunda, Spam-Yasasının uygulanmasında en önemli rolü, bağımsız idari otorite niteliği taşıyan FTC üstlenmiştir. Spamlerle mücadele FTC'ye açıkça görevler yüklenmiştir. Hatta kurumun gücünü artıracak şekilde, haksız ve aldatıcı eylem ve uygulamaları düzenleyen FTC Yasasının da spamlerle mücadele de kullanılabilceği yasal olarak [Spam Act. böl. 7(a)] kabul edilmiştir²³.

FTC'nin SPAM yasasının yürütülmesi ile ilgili görevinin, yasayı ihlal eden davranışlara müdahale etme ile sınırlı görülmesi yanlış olur: FTC'nin yasayı, daha doğrusu yasada yer alan anahtar kavramları görüş, yorum, rapor vb. yollarla yorumlayabilmesi kendisine önemli bir güç kazandırmaktadır. FTC, bu bakımdan, ABD'de rekabet hukukunun yanı sıra, Spam yasası açısından da bağımsız idari otorite hüviyetine bürünmektedir²⁴.

²² Ceza hükümleri hakkında bak. **Clarke/Flaherty/Zugelder**, s.401.

²³ Spam Yasasından önce de, FTC'nin FTC Yasasındaki yetkileriyle istenmeyen ticari e-postalarla aktif olarak mücadele ettiği belirtilmektedir. **Manishin/Joyce**, s.1.

²⁴ FTC'nin bu konudaki yetki ve statüsü hakkında FTC'nin resmi internet sitesinden bilgi edinmek için bak. www.ftc.gov, Spam yasası ile ilgili olarak özellikle bak. <http://www.ftc.gov/bcp/online/edcams/spam/index.html>

FTC'nin bu yorumlama yetkisinin pratikteki en önemli yansıması, e-postaların asıl amacının/ilk amacının (primary purpose) netleştirilmesi noktasında görülmektedir²⁵. Zira yukarıda ifade edildiği gibi, Spam Yasasının kapsamına yalnızca asıl amacı ticari olan e-postalar girmektedir²⁶.

Yasayla FTC'ye "kavramları yorumlamak" üzerinde tanınan diğer bazı yetkiler şöyle sıralanabilir²⁷:

- Ticari işlem ya da ilişkilerle ilgili e-posta kavramını genişletebilir ya da daraltabilir
- Opt-out/reddetme hakkının kullanılması ile işlemeye başlayan on iş günlük süreyi değiştirilebilir.
- Ticari e-posta sayısının hızla artmasına neden olabilecek "yeni" yöntemleri, yaptırımı ağırlaştırıcı nedenler arasına dahil edebilir.

FTC'nin yanı sıra, diğer bazı federal kurum ve kuruluşlara, bunun gibi eyalet ve devlet başsavcılık makamına (state attorney general) da dava açma olanağı tanınmıştır.

Son olarak Spam Yasasında internet servis sağlayıcılarının (Internet access service), yasaya aykırılıklardan dolayı dava açabileceği düzenlenmiştir.

İnternet servis sağlayıcılarının dava açma haklarının bulunduğu durumlar böl. 7(g)(1)'de sayılmıştır. Örneğin, yaptırımı ağırlaştırıcı yöntemlerin kullanılması suretiyle işlenen ihlallerde sağlayıcılar da dava açabilirler. Bunun gibi, seksüel içerikli e-postaların yasal gereklilikleri taşıması durumunda da sağlayıcıların dava açma hakkı bulunmaktadır. Dava nedeninin, opt-out kurallarına uyulmamasından zarar görmeye dayandırılması da mümkündür [böl. 7(g) (1)].

Bu davalarda sağlayıcılar, maddi (ya da Yasada gösterildiği şekilde hesaplanacak -bu anlamda olası-) zararlarının tazmini yanında, zararlarının üç katı tutarına kadar tazminat da isteyebilirler [böl. 7(g)]. Zararın üç katına kadar tazminata hükmedilebilmesi için, ihlalde kastın varlığının belirlenmesi

²⁵ **Manishin/Joyce**, s.4.

²⁶ Bu konuda bak. **Lewczak**, s.10-12; **Traupman**, E.: One Year Later: A Review of the CAN-SPAM Act, Rural Telecommunications; 1/2005, s.40;

²⁷ Bak. FTC, Definitions and Implementation Under the CAN-SPAM Act, Final Rule, 16 CFR Part 316 [Project No. R411008] RIN 3084-AA96, 2004.; FTC, Definitions and Implementation Under the CAN-SPAM Act : Proposed Rules, 16 CFR Part 316, Federal Register, 91/2005.

ya da spam için Yasanın yaptırımını ağırlaştırıcı neden olarak gördüğü yöntemlerden en az birinin kullanılmış olması gerekir [böl. 7(g)(3)(C)].

II. ABD SPAM DÜZENLEMELERİNİN AB SPAM HUKUKU İLE KISA KARŞILAŞTIRMASI

A. AB HUKUKUNDA İSTENMEYEN İLETİŞİM TÜRLERİNE KARŞI KİŞİLERİN KORUNMASI

AB hukukunda birlik düzeyinde, ABD'deki Spam Yasasına benzer şekilde yalnızca istenmeyen ticari e-postalara yönelik bir Yönerge bulunmaktadır.

Bununla birlikte ticaret ya da internet ortamı ile ilgili çeşitli Yönerge ve diğer düzenlemelerde spam'lere de uygulanacak hükümler yer almaktadır. İstek dışı (istenmeyen)²⁸ ticari e-postalarla ilgili görülebilecek bazı yönergelerden en azından kısaca burada söz etmek gerekir. Bu Yönergeler, Kişisel Verilerin Korunması Yönergesi²⁹, Mesafeli Satış Yönergesi³⁰ ve Elektronik Ticaret Yönergesi³¹ olarak sıralanabilir³². Örneğin, Kişisel Verilerin Korunması Yönergesinde, gerçek kişileri tanılayan ya da tanılayabilecek nitelikteki bilgilerle ilgili düzenlemeler bulunmaktadır. Bu özelliğiyle gerçek kişilerin e-posta adreslerinin hukuka aykırı bir şekilde elde edilmesi Yönergenin kapsamına girmektedir. Kuşkusuz, spam göndermek amacıyla bu adreslerin hukuka aykırı şekilde elde edilmesi de Yönergenin kapsamına girmektedir.

²⁸ Aynı sözcükle (unsolicited) ifade edilmekle birlikte, Türkçe açısından opt-out sisteminin kabul edildiği ülkeler için "istenmeyen", opt-in sisteminin kabul edildiği ülkeler için ise "istek dışı" ticari e-postalardan söz etmek daha doğrudur. Zira, opt-out sisteminde yasaklanan, bir iletinin gelmesinin artık istenmemesine rağmen devam etmesidir. Opt-in sisteminde ise, bir iletinin önceden izin alınmaksızın istek dışı gönderimi yaptırma bağlanmaktadır. Bu nedenle bu çalışmada ABD hukukundan söz ederken "istenmeyen" AB hukukundan söz ederken "istek dışı" ifadelerine ağırlık verilmekle birlikte her ikisi ile kastedilenin bu ayrımı hariç aynı şey olduğunu burada ifade etmek gerekiyor.

²⁹ Directive 95/46/EC of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data.

³⁰ Directive 97/7/EC of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts.

³¹ Directive on electronic commerce, Directive 2000/31/EC of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services in particular electronic commerce, in the internal market., OJ L 178/1, 17.7.2000.

³² Cheng, T. S. L.: Recent International attempts to can Spam, Computer Law & Security Report, 6/2004, s.473.

Bu yönergelerden Elektronik Ticaret Yönergesinde, istek dışı ticari iletişim/ iletişim başlığı altında doğrudan spamleri hedef alan bir düzenleme bulunmaktadır. Buna göre, istek dışı ticari e-posta gönderimini yasaklamamış üye ülkelerin, (en azından) bu tür bir postanın alınır alınmaz açık ve kuşkuyla uzak şekilde tanımlanabilir olmasını sağlayıcı tedbirleri almaları gerekir [art. 7 (1)]. Yine Yönergede, üye devletlerin bu tür e-postalara karşı, bunları almak istemeyenlerin kendilerini kayıt ettirebilecekleri reddetme sicillerinin (opt-out registers) oluşturulmasına önem veren tedbirler alması öngörülmüştür [art. 7(2)].

Elektronik Ticaret Yönergesinin 6. maddesi ise, e-posta da dahil ticari nitelikli iletişim için bazı kurallar içermektedir. Bu maddeye göre, ticari iletişimde, kısaca; iletişimin ticari içerikte olduğu, kimin adına/yararına yapıldığı, promosyon, armağan vb. kampanyaların bu niteliği ve bunlardan nasıl yararlanılabileceği açık ve anlaşılır şekilde ifade edilmiş olmalıdır. Ticari iletişimden kasıt, özü itibarıyla, ürün ya da hizmet, firma imajı vb.leri hakkında reklam ya da tanıtım amaçlı iletişimdir [art. 2(b)]. ABD hukukunda ticari e-postada geçen ticari sözcüğü ile bu bakımdan aynı hedefe yönelmektedir.

Avrupa Birliği düzeyinde spamle ilgili son temel düzenleme Telekomünikasyon Sektöründe Gizliliğinin Korunması Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Hakkında Yönerge³³ ki burada kısaca TSGY olarak anılacaktır.

TSGY, kendisinden önceki aynı adlı Yönergeyi³⁴ yürürlükten kaldırmıştır. Eski TSGY'nin 12. maddesi, istek dışı aramalara (Unsolicited Calls) ayrılmıştı. Bu maddeye göre, insan müdahalesi olmadan otomatik arama yapan sistemlerin (otomatik arama makineleri) ve belgegeçerlerin (faks) doğrudan pazarlama amacıyla kullanımı ancak alıcıdan önceden izin alınmış (opt-in) olmasına bağlıdır. Bunlar dışında kalan araçlar ile doğrudan pazarlama amacıyla gerçekleştirilen iletişimde ise opt-in ya da opt-out sistemlerinden hangisinin tercih edileceği üye devletlere bırakılmıştı. Yönergedeki bu koruma aslında gerçek kişiler için öngörülmüş olup, gerçek kişiler dışında kalan alıcıların korunması konusunda gerekli önlemler alınması üye devletlerden istenmişti [böl.12 (3)].

³³ Directive 02/58/EC of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, OJ L 201/37, 31.07.2002.

³⁴ Directive 97/66/EC of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, OJ L 24/1, 30.01.1998.

Yeni TSGY ise istek dışı ticari e-postalar hakkında da açık hükümler içermektedir. Yeni TSGY'nin gerekçesinde, gelişen iletişim sektörü karşısında kişilerin mahremiyetinin ve özel bilgilerinin korunması gerekliliğinden söz edilmektedir. Kapsam dahilindeki elektronik iletişim sistemleri arasında internet de sayılmakta, bunun kullanıcılar için yeni olanaklar sağlarken, mahremiyetlerinin ve kişisel bilgilerinin korunmasında yeni riskler getirdiğinden söz edilmektedir.

Nitekim Yönergenin amacı, temel haklar ve özgürlükler konusunda, özellikle de kişilerin özel yaşam alanının (mahremiyetinin) korunmasında birlik düzeyinde eşit koruma sağlanmasına hizmet etmek olup, yoğunlaşma noktası, Birlik içinde elektronik haberleşme yoluyla kişisel verilerin işlenmesi ve dolaşımıdır. [böl. 1(1)].

Bu bağlamda, Yönergenin "istek dışı iletişim" (Unsolicited Communications) başlığını taşıyan 13 maddesinde, insan müdahalesi olmadan otomatik arama yapan sistemlerin (otomatik arama makineleri), belgegeçer (faks) ve e-postaların doğrudan pazarlama amacıyla kullanımının, ancak buna önceden izin verenlere (abonelere) karşı mümkün olabileceği ifade edilmektedir [böl. 13 (1)].

Daha önceki bir iletişim dolayısıyla müşterisinden e-posta gönderimini mümkün kılacak bilgileri elde etmiş bulunan bir gerçek ya da tüzel kişinin, benzer mal ya da hizmetlerinin tanıtımı ve pazarlanması için -ayrıca bir izin almadan- bu adresi/bilgileri kullanabilmesi yasak kapsamında görülmemiştir. Bununla birlikte, bu ihtimalde, müşteriye bu tür e-postaları almayı reddetme ve elektronik iletişim bilgilerinin bu yönde kullanılmaması konusunda iradesini açıklama fırsatı sağlanmış olmalıdır. [art. 13 (2)].

Bu ikisi dışındaki, doğrudan pazarlama amaçlı diğer istenmeyen iletişim tür ve uygulamalarına karşı Yönergede iki yöntem önerilmiş ve bunlardan hangisinin tercih edileceği üye devletlere bırakılmıştır. Bu iki yöntem opt-in ve opt-out yöntemleridir. Yönerge bunların özünü kısaca, önceden izin alma ve herhangi bir iletişimin alınmasını istememe olarak ifade etmektedir. [art. 13 (3)].

Yönerge'ye göre, göndericinin tanılanmasını (teşhis edilmesini) engelleyici şekilde doğrudan pazarlama (direct marketing, -Almanca metinde; Direktwerbung) amaçlı e-postaların gönderimi yasaklanmalıdır. Aynı sonuç, alıcının, kendisine gönderimin kesilmesini bildireceği geçerli bir adres içermeyen e-postalar için de geçerlidir. [art.13 (4)].

Bu son anılan hüküm, gerek gerçek gerek tüzel kişilerle kurulan haberleşmeler için geçerli iken, yukarıda değinilen art. 13 (1) ve (2) hükmü yalnızca, gerçek kişilerin korunmasına yöneliktir. Yönerge, tüzel kişileri anılan hükümlerin kapsamı dışında tutmakta ve fakat üye devletlerin bunları yeteri derecede koruyucu önlemler almasını istemektedir [art.13 (5)]. Bir başka deyişle, tüzel kişilerin, (göndericinin kolayca tanılabildiği ve geçerli iletişim adresi içeren) e-postalar ve diğer iletişim araçları ile maruz kaldığı doğrudan pazarlama amaçlı gönderilere karşı korunması Yönerge kapsamı dışında kalmakta ve bu konuda sorumluluk üye ülkelere yüklenmektedir.

Burada son olarak ifade etmek gerekir ki. Avrupa Konseyi Siber Suçlarla Mücadele Sözleşmesi ve eklerinde de, ister ticari isterse başka amaçlarla olsun çok sayıda gönderilen iletiler (spamler)le ilgili açıklamalar bulunmaktadır. Nitekim Sözleşme tarafları bu tür iletilerin iletişimi kasıtlı ve ciddi ölçüde engellemesi durumunu cezalandırılması gereken bir fiil olarak kabul etmektedir; idari, adli ya da başka bir tarzdaki cezanın türünün belirlenmesi ise tarafların takdirine bırakılmaktadır³⁵.

B. SPAMLERE İLİŞKİN AB DÜZENLEMELERİNİN ABD SPAM YASASI İLE KARŞILAŞTIRMASI

ABD Spam Yasası ile özellikle Elektronik Ticaret Yönergesi ve TSGY ile getirilen düzenlemeler arasında bazı temel farklılıklar bulunmaktadır.

Öncelikle, ABD Spam Yasası yalnızca, e-postaları kapsamına alırken, adı geçen AB Yönergeleri istek dışı tüm iletişim türlerini kapsamına almakta, bu bağlamda e-postalara karşı da hükümler içermektedir. TSGY'nin yalnızca bir fıkrası doğrudan doğruya e-postaları konu almaktadır. Bu yönüyle spamle mücadelede ABD yasasının daha kapsamlı bir düzenlemeye sahip olduğu söylenebilir. Yönergenin genelliği karşısında, spame karşı özel bir yasayla mücadele edilebilmesi üye devletlerin takdirine bırakılmış olmaktadır. Bugün için, Birlik üyesi ülkelerin çoğunun, istek dışı/istenmeyen ticari e-postalar (spamler) hakkında ABD'dekine benzer şekilde ayrıntılı düzenlemelere sahip olmadığı söylenebilir³⁶.

³⁵ Convention on Cybercrime, ETS No: 185 , 23.11.2001 özellikle Explanatory Report, No: 69.

³⁶ Bak. OECD, Background Paper for The OECD Workshop on Spam, 22.01.2004, Annex-1, [[http://www.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp\(2003\)10-final](http://www.oecd.org/olis/2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp(2003)10-final)]; ayrıca bak. <http://www.euro.cauce.org/en/countries/index.html> (11.01.2007).

ABD Spam Yasasında her ne kadar ticari e-postalardan, Yönergelerde ise doğrudan pazarlama amacından söz edilse de, her ikisi için de kastedilen aynı olduğu; ticari amaçlı iletilerin kastedildiği açıktır.

Spam'e karşı koruma açısından konuya yaklaşıldığında ise, ABD ve AB düzenlemeleri arasındaki esaslı bir fark ortaya çıkmaktadır. ABD'de e-posta alıcılarına opt-out hakkı tanınırken, AB'de kural olarak opt-in/önceden izin alma sistemi kabul edilmiştir. Bu bakımdan sağlanan temel koruma yöntemi üzerinde iki düzenleme birbirinden esaslı şekilde ayrılmaktadır. Ancak AB hukukunda, daha önceden başka mal ya da hizmetleri için müşterisinden izin almış bulunan göndericinin, benzer mal ve hizmetleri hakkındaki reklam, promosyon vb. içerikli iletileri için ayrıca önceden izin almasına gerek görülmemiştir. Bu gibi durumlar için opt-out sistemi kabul edilmiş, müşteriye yeni ileti istememe hakkı tanınmıştır. AB hukukunda opt-in sistemine getirilen istisnanın da temelde daha önceden verilen bir izne dayandığı dikkate alındığında, bu istisna hükmünün asıl kuraldan esaslı bir sapma anlamına gelmeyeceği söylenebilir.

İki düzenleme arasındaki bir başka fark, Yasa ve Yönergelerin kişi açısından kapsamı dikkate alındığında görülmektedir. Gerçekten de, gerçek ve tüzel tüm e-posta alıcılarını korumakla ABD Spam Yasası kişi açısından çok daha kapsamlıdır. Adı geçen Yönergeler ise, bu konuda, tüzel kişileri asıl koruma normu olan opt-in sisteminin dışında bıraktığı için kişi bakımından daha dar bir kapsama sahiptir.

Sonuç olarak, ABD Spam Yasası, istenmeyen ticari e-postalara karşı kapsamlı ve ayrıntılı bir düzenleme niteliği taşıırken; AB hukukunda Birlik düzeyindeki mevzuat açısından bunun oldukça gerisinde kaldığı görülmektedir. Bununla birlikte AB hukuku, sağlanan koruma açısından opt-in sistemini kabul etmekle; bu noktada ABD hukukundan bir adım öne geçmektedir. Gerçekten de bu tür ticari e-postalara karşı opt-in sisteminin opt-out sistemine üstünlüğü ve kişilerin korunması açısından tercih edilmesi gerektiği genel kabul gören bir husustur³⁷.

³⁷ Bak. **Marks**, E. E.: Spammers Clog In-boxes Everywhere: Will the Can-Spam Act of 2003 Halt the Invasion?, Case West Reserve Law Rev 3/2004, s.952-956; <http://www.euro.cauce.org/en/20reasons.html> (11.01.2007); Hukukumuzda opt-in sistemi lehinde; **Memiş**, T.: Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, 1-4/2001, s.441.

Nitekim, istek dışı/istenmeyen ticari e-postalara karşı yasa yoluyla sağlanabilecek koruma güçlünden en zayıfa doğru şu şekilde sıralandırılabilir³⁸:

- İstek dışı ticari e-posta gönderiminin tamamen yasaklanması
- Double (ikili) Opt-in sistemi
- Opt-in sistemi
- Opt-out sistemi
- İstenmeyen ticari e-posta gönderiminin yasaklanmadığı sistemler.

İkili opt-in sistemi, opt-in sisteminin güçlendirilmiş bir türü olup, kendisine e-posta gönderimine opt-in ile olanak tanıyan e-posta alıcısına, bu durumun karşı bir e-posta gönderilerek bildirilmesine (ve böylece teyit ettirilmesine) dayanan bir sistemdir³⁹.

Bugün için AB üyesi ülkelerin çoğunun -bu konudaki mevzuatında ya da yasa tasarılarında-, Yönergeye uygun olarak opt-in sistemini tercih ettiği görülmektedir.

Örneğin, önceleri genel hükümlere göre⁴⁰ istenmeyen ticari e-postalarla mücadele edilen Alman hukukunda, TSGY'nin etkisiyle⁴¹ konunun yasa düzeyinde düzenlenmesi yoluna gidilmiş, Haksız Rekabet Yasasına (UWG) ticari spamle ilgili yalnızca bir madde eklenmiştir. Bu hükümlerle, önceden rızası alınmadan bir kimseyle; e-posta, faks, otomatik arama makineleri vb. leri yoluyla doğrudan pazarlama/reklam içerikli iletişim kurulması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir (§7Abs. 2 UWG)⁴².

³⁸ Sester, P/Mutschler, S: Neue Kooperationen und rechtliche Entwicklungen im Kampf gegen Spam, Informatik Spektrum, 29.01.2006, s.20.

³⁹ Sester/Mutschler, s.20; Clarke/Flaherty/Zugelder, s.403; Bu uygulamanın "ikili" opt-in olarak adlandırılmasının uygun olmadığı, burada doğrulanmış/teyit edilmiş "bir" opt-in'den söz etmek gerektiği görüşü için bak. <http://www.euro.cauce.org/en/optinvsout.html> (11.01.2007).

⁴⁰ Özellikle, §§ 823 Abs. 1, 1004 BGB, §§ 1 UWG. Sester/Mutschler, s.18; Ayrıca yargı kararları için bak. <http://www.online-recht.de/vores.html?Wettbewerbsrecht#E-Mail-Werbung> (11.01.2007).

⁴¹ Sester/Mutschler, s.18.

⁴² Halihazırda opt-in sistemini tercih eden ülkelere; İtalya, Belçika, Danimarka, Avusturya, Fransa, Yunanistan örnek verilebilir. Bu konuda bak. OECD, Background Paper for The OECD Workshop on Spam, 22.01.2004, Annex-1, [<http://www.olis.oecd.org/olis/>

III. TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

Hukukumuzda istenmeyen ticari e-postalara uygulanacak özel bir yasa hükmü bulunmamaktadır. Bu nedenle, hukukumuz bakımından bugün için spamlerle mücadelede genel hükümlerden yararlanılması önerilmektedir⁴³.

E-posta ile gönderilen reklamların, özellikle aldatıcı içerikte olması durumunda haksız rekabet kurallarından (BK. m.48, TTK m.56 vd.) yararlanmak mümkün olabilir⁴⁴.

Bunun gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunun, ticari reklamların kanunlara, genel ahlaka, kişilik haklarına uygun, doğru ve dürüst olmalarını arayan 16. maddesinden hareketle, e-posta yoluyla doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırı olarak yapılan reklamların hukuka aykırı sayılabileceği ifade edilmektedir. Bu görüşe göre, tüketicinin gelen ilk e-posta reklamından sonra, e-adresine reklam istemediğini belirten bir uyarıyı göndericiye herhangi bir şekilde iletmesine karşın reklamın sürmesi, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırılığın açık bir biçimindedir⁴⁵. Reklamın istenmemesine karşın sürdürülmesinin dürüstlük kurallarına aykırı görülmesi durumunda, burada üstü kapalı bir opt-out sisteminden varlığından söz edilebilecektir.

2003doc.nsf/LinkTo/dsti-iccp(2003)10-final]; ayrıca bak. <http://www.euro.cauce.org/en/countries/index.html> (11.01.2007).

⁴³ Bak. **Topaloğlu**, M.: Bilişim Hukuku, Adana 2005, s.185 vd; Bak. **Memiş**, s.440 vd.

⁴⁴ "...özellikle...ticari amaçlı spamlere Türk Ticaret Kanunu m.57/10'da ifadesinin bulan haksız rekabet hükümlerinden faydalanmak suretiyle engel olmak mümkündür. Zira, TTK m.57/10 hükmü, rakipler hakkında da geçerli mesleki veya mahalli adetlere uymamayı haksız rekabet saymıştır". **Topaloğlu**, 186; **Memiş**, 441.

⁴⁵ **Memiş**, s.442. Yasa metninde geçen "ticari reklamların doğru ve dürüst olmasından" kastın dürüstlük kuralları mı yoksa reklamın doğru ve yanıltıcı olmaması mı olduğu tartışılabilir. Nitekim, Ticari Reklam ve İlanlara İlişkin İlkeler ve Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, ikinci görüşün ağırlığını artıracak nitelikte, Temel İlkeler başlığı altında (m.5) "reklamların doğru ve dürüst olmasından" söz etmektedir (bend a). Ancak bunu izleyen bentte açıkça; "Her reklam ekonomik ve sosyal sorumluluk bilinci içinde iş hayatında ve kamuoyunda kabul gören dürüst rekabet ilkelerine uygun olmalıdır." hükmüne yer vererek, dürüstlük kurallarının istenmeyen ticari e-postalara karşı korunmada kullanılabilmesine ışık yakmaktadır. Bu hükmün reklamla haksız rekabet hükümleri (BK. m48, TTK m.56 vd) arasında bağlantı kurucu özelliği de burada vurgulanabilir. Diğer yandan, ifade etmek gerekir ki, TKHK m.16'da, reklamların kanunlara uygun olmasından söz edildiğine göre, MK. m.2'nin reklam faaliyetleri için de uygulanacağı açıktır. Hatta, bu tür bir gönderme olmasa bile, bir kanun hükmü olarak MK. m.2'nin reklam faaliyetlerine de uygulanacağından kuşku yoktur.

Diğer yandan, ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken kuralları belirleme yetkisi bulunan (TKHK. m.17) Reklam Kurulunun, e-posta yoluyla gerçekleşen reklamlar konusunda da düzenlemeler getirebileceği açıktır⁴⁶. Tüketicinin istemediği hâlde (opt-out) reklamlara maruz kalmasının, hatta e-posta yoluyla reklam için tüketiciden önceden izin alınmamasının (opt-in) tüketicinin korunmasına aykırılığının kabulünü öngören ilkelerin, böylelikle, Reklam Kurulunca getirilmesi mümkün gözükmektedir.

İster ticari içerikli olsun isterse olmasın, kişilik haklarına aykırı kabul edilebilecek bir içerikle gönderilen e-postalarla, Medeni Kanununun 24 vd. maddelerine göre de mücadele edilebilir⁴⁷. İçeriklerinin yanı sıra, kişisel veri niteliği taşıyan e-posta adreslerinin yasal olmayan yollardan elde edilmesi⁴⁸ ve bu şekilde elde edilen adres vb. bilgilerin bir bedel karşılığı satılması da kişilik haklarına aykırıdır⁴⁹. Nitekim, İnternet Üst Kurulu da, kişi ve kuruluşların e-posta adreslerinin kişisel bilgi olduğu, bu bilgilerin izin alınmaksızın ticarete konu edilmesinin kişilik haklarına açık bir saldırı niteliği taşıdığı görüşündedir⁵⁰. Bununla birlikte, e-postalar açısından MK. m. 24 vd., “spam”lere özgü olmayan ve fakat “spamlere” karşı da koruma sağlayan bir kuraldır. Gerçekten de, MK. m 24 vd.ı bireylere yönelik bir koruma sağlamakta olup, gönderilen -kişilik haklarına aykırı- postanın çok sayıda (ve çok alıcıya) gönderilmiş bir “spam” olması gerekmemektedir.

Burada altını çizerek ifade etmek gerekir ki, doğrudan spamleri konu almamakla birlikte, yasaklanan davranışın spame başvurularak ya da spam yoluyla gerçekleştirilmesi durumunda uygulanabilecek hükümleri, hukukumuz açısından, yukarıdakilerle sınırlamak doğru olmaz. Örneğin, spame ilişkin veri tabanı oluşturmak amacıyla bilgi sağlamaya çalışırken, TCK 243 ve 244 anlamında bilişim suçu işlenmesi olasıdır⁵¹. Bunun gibi, spam şeklinde gönderilen e-postada, gıda ürünlerinin yanıltıcı, yanlış vb. bilgiler verilerek

⁴⁶ **Öngören**, G. İnternet Hukuku, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum5g.htm> (16.01.2007); Memiş, s.442.

⁴⁷ **Memiş**, 442-443, ayrıca bak. aynı sayfalarda dn. 44 ve 45.

⁴⁸ **Memiş**, s.443.

⁴⁹ Bu konuda ABD hukukuna ilişkin bir değerlendirme için bak. **Marks**, s.945-949.

⁵⁰ Temmuz 2000 tarihli SPAM Bildirgesi, <http://kurul.ubak.gov.tr> (17.01.2007).

⁵¹ “...(spame ilişkin veri tabanı oluştururken)...örneğin kullanıcının e-mail adresinin öğrenilmesi, hem kişilik haklarına aykırı(dır) hem de Türk Ceza Kanunu ...(açısından)... bilişim suçunu oluşturmaktadır”. **Topaloğlu**, 186. Aynı yönde, İnternet Üst Kurulu görüşü için bak. <http://kurul.ubak.gov.tr/spam.html> (17.01.2007)

reklam ya da tanıtımının yapılması 5179 sayılı Kanuna⁵² aykırılık teşkil edecektir.

Mevzuatımızda spamlerle en yakından ilgili hükmün, Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelikte⁵³ bulunduğu söylenebilir. Adı geçen Yönetmeliğin "İstek Dışı Haberleşmeler" başlığını taşıyan 20. maddesine göre;

"İşletmeciler kişi müdahalesi olmadan çalışan fakslar, elektronik posta, kısa mesaj gibi otomatik arama sistemlerini, abonenin önceden izni olmadan siyasi propaganda amacıyla kullanamazlar. Söz konusu otomatik arama sistemlerinin doğrudan pazarlama amacıyla kullanılması halinde kullanıcılara gelen her bir mesajı bundan sonrası için almayı reddetme hakkı ücretsiz ve kolay bir yolla sağlanır.

Doğrudan pazarlama amacıyla gönderilen ve kimin adına haberleşme yapıldığı hususunda göndericinin kimliğini saklayan veya alıcının bu iletişimin sonlandırılması konusunda talepte bulunacağı bir adres bulunmayan elektronik mektupların gönderilmesi abonenin bu yöndeki talebi halinde engellenir."

Yönetmeliğin bu hükmü bakımından, Türk Hukukunda ticari içerikli olmayan spamlerle mücadelede "opt-in", ticari/doğrudan pazarlama amaçlı spamlerle mücadelede ise "opt-out" sistemi benimsenmiş gözükmektedir.

Burada kısaca Adalet bakanlığınca hazırlanan ve 28.12.2006 tarihinde Başbakanlığa sevk edilen BİLİŞİM AĞI HİZMETLERİNİN DÜZENLENMESİ VE BİLİŞİM SUÇLARI HAKKINDA KANUN TASARISI'ndan söz etmek gerekir. Söz konusu tasarının amacı; "...içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı, erişim sağlayıcı, ortam sağlayıcı ve toplu kullanım sağlayıcıların sorumlulukları ile bilişim sistemi veya bilişim ağı kullanılarak işlenen suçları, bu suçların soruşturulması ve kovuşturulmasına ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir" (m.1). Tasarıda spame de yer verilmiş ve istenmeyen ileti olarak adlandırılarak; gönderenine ulaşılamayan ve bu nedenle engellenemeyen veya kişinin

⁵² Gıdaların Üretimi, Tüketimi ve Denetlenmesine Dair Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulü Hakkında Kanun, RG. 05.06.2004, Sayı: 25483; Öngören, İnternet Hukuku, <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/ongoreninternet/bolum5g.htm>, (17.01.2007)

⁵³ RG. 06.02.2004, Sayı: 25365. Telekomünikasyon Kurumu tarafından çıkarılan Yönetmeliğin dayanağı, 4/2/1924 tarihli 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu ile 5/4/1983 tarihli 2813 sayılı Telsiz Kanunudur (Yönetmelik m.2).

istemediğini açıkça beyan etmesine rağmen gönderilmeye devam edilen ileti şeklinde tanımlanmıştır (m.2/o). Tasarının 6. maddesine göre ise, içerik sağlayıcı, tanıtım ve reklam amacıyla gönderilen iletilerde, kişinin iletiyi almak istemediği takdirde izleyeceği yola ve seçeneklere ilişkin bilgileri kullanıcıların kolayca erişebilecekleri şekilde hazır bulundurmaya yükümlüdür (bent h). Bu bilginin sunulmaması ya da istenmeyen ileti göndermeye devam edilmesi durumunda idari para cezası söz konusu olur (m.28). Tasarının 2. ve 6. maddesinde yer alan hükümleri ile opt-out sistemini esas aldığı, bu yönüyle Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmeliğin 20. maddesiyle uyumlu olduğu görülmektedir. Tasarı opt-in sistemini benimsememesi yönüyle eleştirilebilse de, yine de konunun yasa düzeyinde ele alınmasını sağlaması açısından önemlidir.

Gerçekten de, Kanaatimizce, Kanun Koyucu eliyle spamlara ilişkin özel bir düzenleme getirilip bu konudaki irade ortaya konmadıkça dayanağı tartışılır ikincil mevzuatla konunun çözümlenmesi hukuki açıdan uygun değildir. Kuşkusuz, Kanun Koyucu opt-out/opt-in vb. gibi genel sistemler üzerinde tercih yaptıktan sonra, konuyla ilgili teknik gelişmeleri takip edebilecek bir bağımsız idari otorite⁵⁴ atayarak spamlerle etkin mücadele edilmesinin yolunu da açık tutabilecektir. Bu otorite yeni bir otorite olabileceği gibi, Reklam Kurulu ya da Telekomünikasyon Kurulu gibi mevcut bir kurul da olabilir. Ancak, burada anımsatmak gerekir ki, Reklam Kurulunun “ticari reklam ve ilanlar” (TKHK m.17) ile sınırlı yetkisi vardır ve ancak reklam içerikli “ticari spamlerle” mücadelede yararlı olabilir. Eğer tüm spamleri kapsayan düzenlemeler yapılması isteniyorsa, bunun için Telekomünikasyon Kurumunun ya da başka bir kurumun görevlendirilmesi düşünülmelidir.

⁵⁴ Bağımsız idari otoriteler, kurulma gayelerini oluşturan konu ya da kanunla ilgili tüm meseleleri görmek üzere, yürütmenin yanında, işlevsel olarak yasama ve yargı faaliyetlerine benzer yetkilerle donatılmış idari yapılanma içinde yer alan bağımsız kurumlardır. Bu tip kurumların iki temel özelliği bağımsızlık ve düzenleyicilik (regülasyon) işlevidir. Ayrıntılı bilgi için bak. **Ulusoy, A.:** Bağımsız İdari Otoriteler, Ankara 2003, s.1 vd.; **Akıncı, M.:** Bağımsız İdari Otoriteler ve Ombudsman, İstanbul 1999, s.1 vd.; **Ulusoy, A.:** Bağımsız İdari Kurumlar, Danıştay Der., 100/1999, s.3 vd.

SONUÇ

Gün geçtikçe dünyada ve ülkemizde internetin kullanımının yaygınlaştığı bir gerçektir. Artan internet kullanımıyla birlikte ortaya çıkan yeni ve çeşitli sorunların bazılarının hukuki boyutunun olduğu da gözlenmektedir. Bu sorunlardan birisi de spam iletilerdir. Ülkemizde spamlerle mücadelede temel yaklaşımın kanun koyucu tarafından belirlenmesi sağlam bir hukuki zemin sağlamak açısından zorunludur.

Bu konuda da iki alternatif üzerinde durulabilir. Ya AB üyesi ülkelerin yaptığı gibi, genelde bir ya da iki maddeden oluşan düzenlemelerle spamlerle ilgili temel ilkeleri belirleyip, bunlarla mücadeleyi haksız rekabet kuralları ve diğer mevcut düzenlemelerle sürdürmek ya da ABD hukukunda olduğu gibi, konuyu ayrıca ve ayrıntılı ile ele alarak spame özgü çözümler getirmek.

Kanaatimizce, ABD Spam Yasası gibi ayrıntılı ve fakat AB mevzuatına uyum çerçevesinde opt-in sistemini temel alan bir hukuki düzenlemeye ülkemizde gereksinim bulunmaktadır.

Bu anlamda, hazırlanan mevzuatın şu soruları yanıtlaması uygun olacaktır:

- Yalnızca ticari içerikli olan spamlere karşı mı yoksa ister ticari, ister siyasi isterse herhangi bir ekonomik olmayan amaç çerçevesinde gönderilsin tüm spamlere karşı mı tavır alınacaktır?
- Opt-in ya da opt-out sistemlerinden hangisi esas alınacaktır? Yukarıda değinildiği gibi, opt-in sisteminin kabulü ile ancak AB mevzuatı ile uyum sağlanabilir.
- Spamlere karşı kimlere dava açma hakkı tanınacaktır? Örneğin, ABD Spam Yasasında olduğu gibi, prensip olarak e-posta alıcılarına şikayet, servis sağlayıcılarına dava açma hakkı mı tanınacaktır? Hukuka aykırılıktan doğan tazminat kapsamında, Rekabet Hukukunda olduğu gibi zararı aşan tazminat⁵⁵ istenebilecek midir?
- Spam gönderiminden kimler sorumlu tutulabilecektir? Bu soru özellikle, üçüncü bir kişi tarafından bir başkasının yararına gönderilen spamlerle mücadelede önem kazanmaktadır. Gerçekten, başkası tarafından gönderilen spamle ürünleri tanıtılan ve reklamı

⁵⁵ Rekabetin Korunması Hakkında Kanun m. 58/II.

yapılan bir satıcı/üretici'nin sırf bu nedenle sorumluluktan kurtulmasını önlemek için, yukarıda değinildiği üzere, ABD hukukunda bazı koşulların varlığı aranmıştır.

- Spam yasasının yürütülmesi, ABD hukukunda olduğu gibi, bağımsız bir idari otoriteye bırakılacak mıdır? Bu anlamda, -Rekabet Hukuku açısından Rekabet Kuruluna tanındığı gibi- yetkili kılınan bu kurulun tebliğ vb. düzenlemeler yoluyla spamlerle mücadeleyi şekillendirmesine olanak tanınacak mıdır?
- Son olarak, dava açma haklarının yanı sıra spam gönderenlerin ister idari isterse adli açıdan cezalandırılmasına yönelik düzenlemeler getirilecek midir?

Yukarıdaki soruları yanıtlarken, hukukumuzdan farklı bir hukuk sisteminin üyesi olan ABD hukuk sisteminin Spam Yasası hükümlerinin kuskusuz bire bir benimsenmesi değil, ancak model alınması uygun olabilir. Bu anlamda, hukumuza özellikle Rekabet Kurumu gibi kurumlardan sonra yabancı görülemeyecek; temel yasal düzenlemelerden sonra güncel gelişmeleri takip etme isini bağımsız idari otoritelere bırakma anlayışının, sürekli gelişim gösteren internet sektörü ile ilgili konu ve sorunlarda da benimsenmesi düşünülebilir. Bunun gibi özellikle Rekabet hukuku ile birlikte artık hukukumuzun bir parçası olduğuna göre, zararı asan tazminat anlayışı, zarar tutarının ispatının güçlük gösterdiği spamlerle mücadele alanında da kullanılabilir. Bunun aksine, spamlerle yasal mücadelede ABD sisteminin opt-out anlayışından uzaklaşmak ve konunun cezai yönünü hukukumuzun önceliklerini ve ispat sistemini dikkate alarak düzenlemek ise kanaatimizce daha uygun olacaktır.

Görüldüğü gibi, ancak bu ve benzeri sorun ve sorulara yanıt veren yasal düzenlemeleri sağlamakla kanun koyucu, spamlerle mücadelenin hukuki boyutunda üzerine düşeni yapmış kabul edilebilir. Ülkemizde bu konuda özellikle yasa düzeyinde bir düzenlemeye duyulan gereksinim büyüktür. Bu noktada dikkate alınarak, yukarıda değinilen sorunların bir an önce çözümlenmesi gerekmektedir.