

T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
ÖZEL HUKUK ANABİLİM DALI
MEDENÎ HUKUK BİLİM DALI

İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ İHLÂLİ ve
KORUNMASI

YÜKSEK LİSANS TEZİ

Hazırlayan
Habip OĞUZ

Tez Danışmanı
Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN

Ankara - 2010

ONAY

Habip OĞUZ tarafından hazırlanan “*İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması*” başlıklı bu çalışma, 11.05.2010 tarihinde yapılan savunma sınavı sonucunda *oybirliği* ile başarılı bulunarak jürimiz tarafından *Özel Hukuk Anabilim Dalı, Medenî Hukuk Bilim Dalında* Yüksek Lisans Tezi olarak kabul edilmiştir.

.....

Prof. Dr. İhsan ERDOĞAN (Başkan)

.....

Prof. Dr. Mustafa Fadıl YILDIRIM

.....

Prof. Dr. Veysel BAŞPINAR

ÖNSÖZ

Kişilik hakkı ihlalleri son yıllarda ortaya çıkan bir ihlâl türü olmamakla birlikte, bilim ve teknolojinin gelişmesine paralel olarak İnternet ortamına taşmıştır. Bu durum ise zaten çözümü güç olan meseleleri biraz daha içinden çıkılmaz hale getirmiştir. Bugün artık İnternet'in her elemanı, kişilik haklarını ihlâl etmede bir araç olarak kullanılabilecek niteliktedir.

Kişilik haklarının İnternet ortamında hangi türden saldırılara maruz kalabileceği ve bu saldırılar karşısında ne tür tedbirler alınabileceği hakkında Yüksek Lisans Tezi olarak kaleme alınan bu çalışma, internetin teknik boyutlarını da ele almaktadır.

Tez çalışmam sırasında ilgi ve desteklerini esirgemeyen danışman hocam Sayın Prof. Dr. İhsan Erdoğan'a teşekkürü borç bilirim.

Ankara - 2010

İÇİNDEKİLER.....	i
KISALTMALAR.....	vi
GİRİŞ.....	1

BİRİNCİ BÖLÜM

KONUYA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. KİŞİ KAVRAMI ve ÇEŞİTLERİ.....	5
A. Kişi Tanımı.....	5
B. Kişi Çeşitleri.....	6
1. Gerçek Kişiler.....	6
2. Tüzel Kişiler.....	6
II. KİŞİLİK KAVRAMI, KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI ve SONA ERMESİ.....	7
A. Kişilik Kavramı.....	7
B. Kişiliğin Başlangıcı ve Sona Ermesi.....	8
III. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI ve KİŞİLİK HAKKININ KONUSU.....	9
A. Genel Olarak Kişilik Hakkı.....	9
B. Kişilik Haklarının Özellikleri.....	10
C. Kişilik Haklarının Konusu.....	13
1. Genel Olarak.....	13
2. Kişinin Maddi Varlığına İlişkin Hakları.....	15
a. Hayat (Yaşam) Hakkı.....	15
b. Vücut Bütünlüğü Hakkı.....	16
c. Sağlık Hakkı.....	17
3. Kişinin Manevi Varlığına İlişkin Hakları.....	18
a. Kişinin Özgürlük Hakkı.....	18
b. Kişinin Şeref ve Haysiyeti.....	19
c. Kişinin Adı Üzerindeki Hakkı.....	20
d. Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkı.....	21
e. Kişinin Hayat Alanı.....	22
(1) Kişinin Sır Alanı.....	22
(2) Kişinin Özel Alanı.....	23

(3) Kişinin Kamuya Açık Alanı.....	23
4. Kişinin Meslekî ve Ekonomik Hakları.....	23
a. Kişinin Ekonomik Özgürlüğü.....	24
b. Kişinin Meslekî Şeref ve Haysiyeti.....	24
c. Kişinin Meslekî ve Ticarî Sır Alanı.....	26

İKİNCİ BÖLÜM

İNTERNET ORTAMI ve İNTERNET ORTAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN KİŞİLİK HAKKI İHLÂLLERİ

I. GENEL OLARAK.....	26
II. İNTERNETİN TANIMI ve TARİHÇESİ.....	26
III. İNTERNETİN YAPISAL UNSURLARI.....	29
A. İletim Kontrol Protokolü/İnternet Protokolü.....	29
B. Web Teknolojisi.....	30
IV. İNTERNETİN FONKSİYONLARI.....	32
A. Elektronik Posta.....	33
B. Dosya Aktarım Protokolü.....	35
C. Forumlar.....	36
D. Haber Ağları.....	37
E. İnternet Aktarımlı Sohbet.....	38
F. Telnet.....	39
V. İNTERNET ORTAMI.....	40
VI. İNTERNETİN SUJELERİ.....	42
A. Telefon/Telekomünikasyon İdareleri.....	43
B. İnternet Servis Sağlayıcıları.....	44
C. İnternet Erişim Sağlayıcıları.....	46
D. İnternet İçerik Sağlayıcıları.....	49
E. Sunucu.....	50
F. İnternet Yer Sağlayıcısı.....	51
VII. İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ İHLÂL TÜRLERİ.....	52
A. Genel Olarak.....	52

B. İnternet Ortamında Kişilik Hakkı İhlallerinin Türleri.....	54
1. Alan Adları Yolu İle Kişilik Haklarının İhlali.....	56
a. Genel Olarak Alan Adları.....	56
b. Alan Adlarının Önemi.....	59
c. Alan Adlarının Yapısı ve Dağıtımı.....	61
d. Alan Adları ve Kişilik Hakları Arasındaki İlişki.....	63
2. Elektronik Posta Gönderilmek Suretiyle Kişilik Haklarının İhlali...	70
a. Genel Olarak E-Posta.....	70
b. Elektronik Posta Kullanım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği.....	72
c. Haksız Fiil Olarak E-Posta Kutusuna Müdahale.....	74
3. Spam Gönderilmek Suretiyle Kişilik Haklarının İhlali.....	76
a. Genel Olarak Spam.....	76
b. Spamın Nedenleri.....	78
c. Spamla Mücadele.....	82
4. Başlık Bilgilerini Tahrip Etmek Suretiyle Kişilik Haklarının İhlali...	83
5. Sahte E-Posta, Yemleme ve Yoldan Saptırmak Suretiyle Kişilik Haklarının İhlali.....	84
6. Web Sitelerindeki Yayınlar İle Kişilik Haklarının İhlali.....	87

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKKI İHLÂLLERİNİN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK.....	92
II. KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRIDAN DOĞAN SORUMLULUK.....	92
A. Genel Olarak Sorumluluk.....	92
B. Kişilik Haklarına Saldırıda Sorumluluğun Tayini.....	93
III. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU.....	94
A. Genel Olarak.....	94
B. Haksız Fiilin Unsurları.....	95
IV. KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRIDAN DOĞAN HUKUK DAVALARI.....	95
A. Koruyucu Davalar.....	96
1. Taraflar.....	98

2. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi (Önleme) Davası.....	99
3. Saldırıya Son Verilmesi (Durdurma) Davası.....	103
4. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti (Tespit) Davası.....	105
5. Kararın Yayımlanması veya Üçüncü Kişilere Bildirilmesi.....	106
6. Cevap ve Düzeltme Hakkı.....	108
a. Genel Olarak.....	108
b. 5651 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmelikte.....	109
B. Tazminat Davaları.....	113
1. Maddi Tazminat Davası.....	114
a. Zararın Hesaplanması.....	115
b. Tazminatın Belirlenmesi ve Ödenme Şekli.....	116
2. Manevi Tazminat Davası.....	118
a. Amacı, Hukuksal Niteliği ve İşlevi.....	120
b. Tazminatın Belirlenmesi ve Ödenme Şekli.....	125
c. Mirasçıların Durumu.....	129
d. Tüzel Kişilerin Durumu.....	130
e. Davacılara İlişkin Diğer Durumlar.....	131
C. Vekâletsiz İş Görme Davası.....	132
D. Görevli ve Yetkili Mahkeme.....	134
E. Zamanaşımı.....	136
V. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARIN SORUMLULUKLARI.....	137
A. Genel Olarak.....	137
B. İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu.....	138
1. İnternet Servis Sağlayıcıların Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu.....	140
2. İnternet Servis Sağlayıcıların Haksız Fiil Sorumluluğu.....	143
a. Genel Olarak.....	143
b. Kişilik Hakları Bakımından.....	144
SONUÇ.....	148
KAYNAKÇA.....	152
ÖZET.....	167
ABSTRACT.....	170

KISALTMALAR

AB	: Avrupa Birliği
ABBHD	: Ankara Barosu Bilişim ve Hukuk Dergisi
ABD	: Amerika Birleşik Devletleri
ACP/IP	: Access Control Protocol/Internet Protocol
AD	: Adalet Dergisi
ADSL	: Asymmetric Digital Subscriber Line
ARPA	: Advanced Research Projects Agency
AÜEHFD	: Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi
AHFD	: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
AÜSBFD	: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi
AYD	: Anayasa Yargısı Dergisi
B.	: Baskı (Bası)
BBS	: Bulletin Board Systems
Bcc	: Blind carbon copy
BITNET	: Because It's Time Network
BK	: Borçlar Kanunu
Bkz.	: Bakınız
BTK	: Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu
C.	: Cilt
Cc	: Carbon copy
ccTLD	: country codes Top Level Domain
CMK	: Ceza Muhakemesi Kanunu
çev.	: çeviren
der.	: derleyen
dn.	: dipnot
DNS	: Domain Name Server
DOS	: Disc Operating System
DPT	: Devlet Planlama Teşiklatı
DSL	: Digital Subscriber Line
DÜHFD	: Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

E.	: Esas
EC	: European Council
EDI	: Elektronik Data Interchange
EİGY	: Elektronik İletişimde Gizlilik Yönergesi
E.T.	: Erişim Tarihi
EÜSBED	: Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi
FSEK	: Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu
FTP	: File Transfer Protocol
GSM	: Global System for Mobile Communications
gTLD	: generic Top Level Domain
HD	: Hukuk Dairesi
HUMK	: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
HTML	: Hyper Text Markup Language
http	: Hyper Text Transfer Protocol
ICANN	: Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
IDN	: Internationalized Domain Names
IRC	: Internet Relay Chat
ISDN	: Integrated Digital Services Digital Network
ISO	: International Organization for Standardization
İSS	: İnternet Servis Sağlayıcı
İHAS	: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi
İTO	: İstanbul Ticaret Odası
K.	: Karar
L.	: Lex
m.	: madde
MHB	: Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MHKHK	: Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname
MIME	: Multipurpose Internet Mail Extensions
MÖHUK	: Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun
NCSA	: National Center for Supercomputing Applications
NFSNET	: National Science Foundation Network
NNTP	: Network News Transfer Protocol

NSI	: Network Solutions Incorporated
OJ	: Official Journal
P2p	: peer-to-peer
PHP	: Personal Home Page
RG	: Resmî Gazete
RTKYHK	: Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun
S.	: Sayı
s.	: sayfa
SIA	: Satellite Internet Access
SHH	: Secure Shell
SLD	: Second Level Domain
SMTP	: Simple Mail Transfer Protocol
sy.	: sayılı
T.	: Tarih
TBD	: Türkiye Bilişim Derneği
TC	: Türkiye Cumhuriyeti
TCK	: Türk Ceza Kanunu
TCP/IP	: Transmission Control Protocol/Internet Protocol
TL	: Türk Lirası
TLD	: Top Level Domain
TMK	: Türk Medenî Kanun
TTK	: Türk Ticaret Kanunu
TÜBİTAK	: Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırmalar Kurumu
TV	: Televizyon
UDRP	: Uniform Domain Resolution Process
URL	: Uniform Resource Locator
UUCP	: Unix-to-Unix CoPy
vd.	: ve devamı
vs.	: vesaire
W3C	: World Wide Web Consortium
WAP	: Wireless Application Protocol

WIPO	: World Intellectual Property Organization (Dünya Fikrî Mülkiyet Teşkilatı)
WWW	: Word Wide Web (Dünyayı Saran Ağ)
Y.	: Yargıtay
y.	: yıl
YD	: Yargıtay Dergisi
YHGK	: Yargıtay Hukuk Genel Kurulu
YKD	: Yargıtay Kararları Dergisi
Yön.	: Yönetmelik

GİRİŞ

Kişi, günümüz modern hukuk sistemlerindeki en önemli hak süjesidir. Bu itibarla, tüm hukuk sistemleri tarafından kişiliğin korunması için kendi mevzuatında bir takım düzenlemeler yapılmıştır. Bununla da yetinilmemiş bu düzenlemeler uluslararası ve uluslar üstü metinlerle desteklenmiştir.

İnsanın sırf insan olmasından dolayı vazgeçilemez, devredilemez bir takım hakları vardır. Bu haklar her türlü ihlâlê karşı koruma altına alınmıştır. Öyle ki kişi, bu haklardan kendi özgür iradesiyle vazgeçmek istese dahi hukuk düzeni buna izin vermemekte, diğer bir deyişle kişiyi kendisine karşı da korumaktadır. Bu haklardan bir tanesi de kişilik haklarıdır. Kişilik hakları, kişiyi kişi yapan değerleri ifade eder. Buna göre kimse hak ve fiil ehliyetinden kısmet dahi olsa vazgeçemez (TMK. m. 23/l).

Kişilik hakları bu derece önemli olmasına rağmen en çok saldırıya uğrayan hakların da başında gelir. Özellikle İnternet ortamında meydana gelen kişilik haklarına yönelik saldırılar, konunun teknik ve adeta “hukuk dışı boyut” eğilimi nedeniyle ayrıca ve genişçe ele alınmalıdır. Çünkü bilgisayar ağları vasıtasıyla sanal ortamda bir araya gelen insanlar, gerçek dünyada olduklarından daha fazla özgür ve serbesttirler. Bunun doğal sonucu olarak başkalarının haklarına müdahale daha kolay ve sık ortaya çıkmaktadır¹.

Günümüz bilgi dünyasında artık hemen her şey sayısallaştırılmakta ve bu sayede verilerin dijital ortamlarda iletimi ve paylaşımı mümkün hale gelmektedir. Bu yeni teknolojilerin ortaya çıkması ve gelişmesi şüphesiz bilgisayarın ve İnternetin icadı ve gelişmesi temeline dayanmaktadır. Günümüz dünyasının bilim ve teknikte kat ettiği akıl almaz gelişmeler, teknolojiideki baş döndürücü ilerlemeler, bir takım sorunları da beraberinde getirmiştir. Dünya, özellikle İnternetin başaktörlüğünde, bilişim

¹ ÖZEL, Sibel: “Milletlerarası Özel Hukukta İnternet Yoluyla Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlalleri ”, Bilişim Hukuku, der: Mete Tevetoğlu, İstanbul 2006, s.482 (ÖZEL, S. Kişilik Hakkı).

teknolojilerindeki gelişmelerle, sanayi devriminden çok daha büyük bir sancıyı yaşamaktadır. Çünkü artık dünya, klâsik toplum biçimlerinden sıyrılarak bambaşka bir toplum biçimine dönüşmektedir². Toplumdaki bu ani değişme karşısında ise dünya devletleri çoğu zaman ne yapacağını bilmez bir tavır içerisinde dirler. Bu bağlamda, hukuk sistemlerinin teknolojik gelişmeler karşısındaki mevzuat yapma konusunda gösterdiği hantallık, sorunların çözümünü bir kat daha zorlaştırmakta ve kişilerin hukuk düzenini ihlâl etme eğilimlerini artırmaktadır. Bazen de biraz evvel anlatıların aksine, kanunkoyucuların bilişim alanında yaptıkları hukuki düzenlemeler, beklenen ilginin altında kalmaktadır³.

İnternet, hiç kimsenin sahibi olmadığı elektronik bir ağ olduğu için hiç kimsenin planlamadığı bir biçimde de gelişmektedir. Bu ansızın dünyayı sarıveren virüs, her ülkede az veya çok, devlet kurumlarının yerleşik ve gelenekselleşen yapısını zorlamakta ve onları yeni arayışlara sürüklemektedir. Bu bağlamda, zaman zaman “sansür” ithamlarıyla eleştirilecek kadar ağır yasaklamalara gidildiği ve web sitelerinin erişimin engellenmesi kararları ile İnternet kullanıcılarına kapatılmak istendiği görülmektedir. Bu dahi çözüm üretmekten uzak bir yaklaşımdır. Zira en azından, ülke mevzuatımızdaki düzenlemelere ve telefon, kablo TV ve uydu üzerinden sağlanan İnternet hizmetlerine ilişkin sözleşmelere baktığımızda⁴, İnternet kullanıcılarının İnternet servis sağlayıcıları tarafından kendileri için tahsis edilen isim sunucu ip’lerini kullanma zorunlulukları bulunmamaktadır. Dolayısıyla mahkeme tarafından yasaklanmış bir İnternet sitesi, yurt dışında gözüken bir ip numarası ile bağlanılmak suretiyle, hukuk düzenini ihlâl etmeye devam etmektedir.

² AKGÜL, Mustafa: “II. Türkiye Bilişim Hukuku Sempozyumu Açılış Konuşması”, Bilişim Hukuku, (Derleyen: Mete TEVETOĞLU), İstanbul 2006, s. 11.

³ Örneğin Avrupa Birliği’ne üye ülkelerde elektronik imza kanunlarıyla hayata geçirilen elektronik imza uygulamalarına, AB’ye üye ülke vatandaşları beklenen ilgiyi göstermemiştir (YEŞİL, Sezen/ALKAN, Mustafa/ACARER, Tayfun: “E-İmza Uygulamalarında AB ve Türkiye’de Mevcut Durum ve Öneriler”, <http://www.iscturkey.org/2006/pdf/bildiri/59.pdf>, s. 2 vd.), (E.T.: 21.01.2010).

⁴ İnternet erişim sağlayan kuruluşlar ile İnternet kullanıcıları arasında akdedilen sözleşmelerde, sevindiricidir ki spama ilişkin hükümler dahi varken, DNS kullanımına ilişkin herhangi bir hükme rastlanmamaktadır.

İnternetin özgür bir alan olduğu ve ona müdahale edilmemesi gerektiği şeklindeki fikir karşısında, İnternet ortamında yapılan saldırılarda, saldırıda bulunan kişilerin gizlenebilmesindeki kolaylıklar sebebiyle kanuni düzenlemeler yapılması gerektiği şeklindeki fikirler de ileri sürülünce bu konudaki tartışmalar daha da içinden çıkılmaz bir hal almaktadır.

Kişilik hakları ile ilgili olarak gündeme getirilmesi gereken bir diğer husus da tüzel kişilerin kişilik hakları sorunudur. Hukuk düzeni belirli bir amaca yönelmiş kişi veya mal topluluklarına da belirli kurallar çerçevesinde kişilik tanıdığına göre bu kişilerin kişilik hakları ne ölçüde korunacaktır? Örneğin hukuka aykırı bir şekilde saldırıya uğrayan tüzel kişi de tıpkı gerçek kişilerde olduğu gibi manevi tazminat talebinde bulunabilecek midir? Öte yandan tüzel kişilerin haksız fiil ehliyeti hususunda bir şeyler söylemek mümkün ise de, adeta tüzel kişinin vekili gibi irade beyan eden, sözleşme yapan bilgisayar programlarının yazılımdan kaynaklanan hatalar yüzünden sebep oldukları hukuka aykırı fiiller nedeniyle tüzel kişi hangi esaslar çerçevesinde sorumlu olacaktır? Bilim, teknik ve hukukta meydana gelen bu türden yeni gelişmeler karşısında tüm bu sorunların aydınlatılması gerekmektedir.

Çalışmamızın konusunu İnternet ortamında kişilik haklarına yapılan saldırılar ve bu saldırılar karşısında kişilik haklarının korunmasını temin için başvurulacak hukukî yollar oluşturmaktadır. Çalışmamızda öncelikle kişilik hakları, sonra İnternet ortamının ne olduğu ele alınacak, bununla ilgili tarihsel süreç değerlendirilecektir. Bu değerlendirme yapılırken İnternet ortamının teknik boyutlarının ele alınması konu bütünlüğü açısından kaçınılmaz gözükmektedir. Ardından İnternet ortamında gerçekleştirilen tipik kişilik hakkı ihlallerine değinilecektir. Zira günümüz bilgi teknolojilerinde yaşanan baş döndürücü gelişmeler, saldırı kaynağının kolay gizlenebilmesi dolayısıyla kişileri açık hedef haline getirmektedir. Bu kolay gizlenebilme imkânları, çoğu kez hakları ihlâl etme ve dahası suç işleme eğilimde olan insanları daha da

cesaretlendirmektedir. Konunun detaylı incelenmesi neticesinde kişilerin maruz kalabilecekleri ihlâl yöntemleri ele alınacaktır. Sonrasında ise bu ihlâller dolayısıyla kişilerin başvurabilecekleri hukukî yolların izahına çalışılacaktır. Bu korunma yöntemlerine değinilmesi dolayısıyla da kişiler bu ihlâller karşında başvurabilecekleri hukukî yöntemler bakımından aydınlatılmış olacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

KONU YA İLİŞKİN TEMEL KAVRAMLAR

I. KİŞİ KAVRAMI ve ÇEŞİTLERİ

A. Kişi Tanımı

Hukuk, kişiler arasındaki ilişkileri düzenleyen, onların hak ve borçlarının sınırını çizen kurallar bütünüdür. Bu tanımdan da anlaşıldığı üzere, kişi dediğimiz hukuki ve maddi gerçeklik, hukuk düzeninin olmazsa olmaz ögesidir. Kişi sadece medenî hukuk bakımından değil, öteki hukuk dalları bakımından da esas unsurdur; baş aktördür. Başta anayasa hukuku olmak üzere, medenî hukuk, ceza hukuku, iş hukuku ve diğer birçok hukuk dalı hep kişi merkezlidir ve kişiyi koruma ihtiyacından dolayı ortaya çıkmıştır. Hukukun varlığını sürdürebilmesi kişinin de varlığını sürdürmesine bağlıdır⁵.

Hukuk biliminin varlık sebebi olan kişi, hak ve borçlara sahip olabilen varlıkları ifade etmektedir⁶. Bu tanım aynı zamanda hak ehliyetinin de tanımıdır. Çünkü Medenî Kanunumuz, hukuk düzeninin sınırları içinde, haklara ve borçlara ehil olmada insanların eşit olduklarını ifade etmiştir (TMK. m. 8/II).

⁵ AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku – Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku, C. 1, B. 6, İstanbul 2007, s. 229.

⁶ ZEVLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, M. Emre: Zevkliler Medeni Hukuk, B. 6, Ankara 2000, s. 187.; AKİPEK/AKINTÜRK, 229; HATEMİ, Hüseyin: Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul 1992, s. 21.; ÖZTAN, Bilge: Medeni Hukukun Temel Kavramları, B. 27, Ankara 2008, s. 221.; AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen: Kişiler Hukuku, Konya 2007, s. 3. HELVACI, Serap: Gerçek Kişiler, İstanbul 2006, s. 1 (HELVACI, Gerçek Kişiler).

B. Kişi Çeşitleri

1. Gerçek Kişiler

Gerçek kişilerden kasıt insanlardır. Tarihsel sürece bakıldığında her insanın “kişi” olmadığını görmek mümkündür. Örneğin Roma Hukukunda insanlar hürler ve köleler olmak üzere ikiye ayrılmıştı ve köleler kişi olarak kabul edilmedikleri için hak ve fiil ehliyetinden de yoksundular. Yani eşya olarak kabul ediliyorlardı⁷. Günümüz modern hukuk sistemlerinin hemen hepsinde ise insanlar kişi olarak kabul edilmektedir. Medenî Kanunumuzda da “*her insanının hak ehliyeti vardır*” denilmek suretiyle insan kelimesine yer verilmekte ve canlılar içinde insanın hukukî anlamda kişi olduğu vurgulanmaktadır.

2. Tüzel Kişiler

Toplumun bazı ihtiyaçlarını karşılayabilmek açısından insanların ömürleri ve ekonomik imkânları sınırlı kalmakta ve bu ihtiyaçlar karşılanamamaktadır. Kanun koyucu bu nedenlerle, insanların yetersiz kaldığını görmüş ve insanların yanında bir takım varlıklara da hukukî anlamda kişi vasfını tanımıştır⁸. Buna göre, hukuk tarafından kendilerine kişilik verilmiş ve belirli bir amaca yönelen kişi ya da mal toplulukları tüzel kişi olarak ifade edilirler⁹. Burada gözden kaçırılmaması gereken husus, kişiliğin ancak hukuk tarafından bahşedildiğinde kazanılabilesidir. Çünkü bir mal veya kişi topluluğu ne kadar güçlenmiş ve artık topluma mal olmuş olursa olsun, bunların hukuk âleminde yer alabilmeleri hukukun bu toplumsal olguyu kabul etmesine ve ona bir tüzel kişilik tanımasına bağlıdır¹⁰. TMK. m. 48’e

⁷ KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan: Roma Hukuku, B.7, Ankara 2000, s. 129.

⁸ ÖZTAN, 222; HELVACI, Gerçek Kişiler, 2.

⁹ DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan: Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku, C. 2, B. 8, İstanbul 2006, s. 8.

¹⁰ AKÜNAL, Teoman: Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler, B. 2, İstanbul 1995, s. 3.

göre; “tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği ancak insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler.

II. KİŞİLİK KAVRAMI, KİŞİLİĞİN BAŞLANGICI ve SONA ERMESİ

A. Kişilik Kavramı

Kişilik kavramı, sadece hukuk biliminde bir anlam ifade etmekten öte, sosyal bilimlerin hemen her dalında bir anlam taşımaktadır. Filozoflar, teologlar, antropologlar, sosyologlar ve bu arada hukukçular, hep bu kavramı tanımlamaya çalışmışlardır¹¹. Bunun için de birçok farklı ölçüt kullanılmıştır. Ancak kişilik kavramının tanımlanmasında esas alınan ölçüt, tanımlama yapıldığı zamandaki kültür ve dünya görüşü olmuştur. Zira bu kavramlar zamana ve yere göre sürekli değiştiğinden, kişiliğin içeriği, önemi ve toplumdaki diğer değerler arasındaki yeri de zaman içinde değişikliğe uğramaktadır¹².

Kişilik, kişi kavramını da kapsayan bir kavramdır. Kişiyi ve kişinin sahip olduğu tüm hakları ifade eder¹³. Kişi denilince haklara ve borçlara ehil olabilme kabiliyeti akla gelirken, kişilik denilince kişisel değerlerin tümü akla gelmektedir¹⁴. Yani kişi dediğimizde yalın ve nesnel bir olgu akla gelirken, kişilik dediğimizde, kişinin doğuştan gelen biyolojik özelliklerden tutunuz da kendisine ve çevresindekilere olan bakış açısına, kendini ifade tarzına, düşünsel yapısına kadar birçok şey akla gelmektedir. Her ne kadar kişilik kavramına yapılan bu yüklemelerin hukuk ile bağlantısını kurmak ilk bakışta güç görünse de kişiliğe dair hukukun koruduğu her bir olgunun ihlâli ayrı bir hukukî mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

¹¹ GÜRKAN, Ülker: “Kişilik Kavramının Evrimi”, Prof. Dr. Hâmede Topçuoğlu’na Armağan, Ankara 1995, s. 41.

¹² ÖZTAN, 274.

¹³ KAPLAN, İbrahim: “Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması”, Adalet Dergisi, y. 70-1979, S. 1-2, s. 201 (KAPLAN, İ.).

¹⁴ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 397.

Öğretide ayrıca, “dar anlamda kişilik” ve “geniş anlamda kişilik” şeklinde bir ayrım yapıldığı da görülür¹⁵. Dar anlamda kişilik, kişiyi ifade etmek için kullanılmıştır¹⁶. Geniş anlamda kişilik ise kişinin maddi ve manevî varlıklarını ve kişisel durumlarını da içermektedir¹⁷.

Aslında burada yapılan tartışmaların, pratikten ziyade teorik yönü ağır basmaktadır. Çünkü kişi ve kişilik, madalyonun iki yüzü gibi birbirinden ayrılmaz parçalardır¹⁸. Farklı terim ve farklı tanımlara rağmen, kişi ve kişilik, hukuk âleminde birlikte doğar ve yine hukuk âleminden birlikte silinir.

B. Kişiliğin Başlangıcı ve Sona Ermesi

Medenî Kanunumuza göre; kişilik, çocuğun tam ve sağ doğumuyla başlar (TMK. m. 28/1). Buradan da açıkça anlaşılacağı üzere, kişiliğin başlaması, çocuğun ana rahminden tam ve sağ olarak ayrılmasına bağlıdır. Ölü doğan çocuk kişilik kazanamaz. Öte yandan kişiliğin kazanılabilmesi için göbek kordonunun kesilmesi gerekmez. Ayrıca kişiliğin kazanılmasında yaşama kabiliyetinin de bir önemi yoktur. Zira çocuk bir an için nefes almış sonra ölmüş olsa bile kişilik kazanılmıştır.

Ölüm ile kişilik sona erer. Ölüm dışında, bir kimseden ölümüne muhakkak gözle bakılacak bir durumda kaybolması veya uzun süreden beri kendisinden haber alınamaması durumlarında kanunda yazılı şartların da sağlanmasıyla ölüm karinesi gerçekleşebilir ya da hâkimden kişinin gaipliği hususunda karar alınabilir. Ölüm karinesinin gerçekleşmesi de hâkimden kişinin gaipliğine dair karar alınması da ölüm ile aynı hukuki sonucu doğurur.

¹⁵ ÖZEL, Sibel: Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması, Ankara 2004, s. 25 (ÖZEL, S. Koruma); TÜFEK, Ömer Faruk: Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlali ve Bu İhlallere Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması, B. 2, Ankara 2007, s. 9.; AKİPEK/AKINTÜRK, 233.

¹⁶ TÜFEK, 9.

¹⁷ AKİPEK/AKINTÜRK, 233.

¹⁸ GÜVEN, Kudret: Kişilik Hakları ve Ötenazi, B.1, Ankara 2000, s. 79.

Tüzel kişiliğin kişilik kazanmasında ise izin sistemi, serbest kuruluş sistemi ve tescil sistemi olmak üzere üç sistem benimsenmiştir¹⁹. İzin sistemine halka açık anonim şirketler, serbest kuruluş sistemine dernekler, tescil sistemine ise vakıflar örnek gösterilebilir. Tüzel kişiler, kanuna, kuruluş belgelerine göre gerekli organlara sahip olmakla fiil ehliyetini kazanırlar (TMK m. 49).

Tüzel kişiliğin sona ermesi de genel de üç türlü olur; kanunda öngörülen hallerin gerçekleşmesiyle kendiliğinden sona erebilir (infisah), yetkili organların karar almasıyla tüzel kişiliğe son verilebilir (fesih) ya da mahkeme kararıyla tüzel kişilik sona erdirilebilir²⁰.

III. KİŞİLİK HAKKI KAVRAMI ve KİŞİLİK HAKKININ KONUSU

A. Genel Olarak Kişilik Hakkı

Öğretide, kişilik hakkının içerik ve sınırlarına yönelik olarak tam bir tanım vermenin ve onun öteki haklarla olan sınırlarını belirleyebilmenin zorluğuna dikkat çekilmektedir. Çünkü kişilik hakkı; somut, belirlenebilir ve statik bir kavram değildir²¹. Zamana ve yere göre değişebildiği gibi, aynı zaman ve coğrafyada yaşayan toplumlara göre de değişiklik gösterebilmektedir.

Kişilik hakkının bir tanımını yapmak zor olsa da müelliflerin takdimlerinde tanımlama yapma geleneklerine uygun olarak, kişiliği, “kişinin doğumla kazandığı, kendi iradesiyle dahi vazgeçmesinin mümkün olmadığı, herkese karşı ileri sürülebilen, kendisine sıkı sıkıya bağlı; maddi, manevi, iktisadi değerler gibi kişisel değerlerin bütünüdür” şeklinde tanımlayabiliriz.

¹⁹ AKÜNAL, 20.

²⁰ AKÜNAL, 23.

²¹ SERDAR, İlknur: Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlali ve Kişiliğin Korunması, Ankara 1999, s. 21.

Anayasamız da 12. ve 40. maddeler arasında, “Temel Hak ve Ödevler” başlığı altında kişilik haklarının içeriği ile ilgili esaslara yer vermiştir. Buna göre herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz, devredilmez, vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

Kişilik hakları böylesi bir koruma altında iken, şüphesiz, sınırsız değildir ve sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez. Nitekim Anayasamızda da bu temel hak ve hürriyetlerin özlerine dokunulmaksızın, yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabileceği belirtilmiştir.

B. Kişilik Haklarının Özellikleri

Kişilik hakkı, insanın sadece insan olmasından dolayı kazandığı bir haktır. Bu bağlamda gerçek kişiler için sağ doğmak koşuluyla, kendiliğinden kazanılır. Tüzel kişilerde ise kanunlarda belirlenen usul ve esaslar dâhilinde kazanma ile başlar²². Gerçek kişilerde ölüm, tüzel kişilerde de yine kanunda belirtilen düzenlemeler çerçevesinde sona erer.

Kişilik hakları malvarlığı haklarından değildir. Kişilik hakkının koruduğu menfaat mali değer taşımayan, bu yüzden de para ile ölçülemeyen, manevi değerleri ifade ettiğinden şahıs varlığına ilişkin haklardandır²³. Ancak hemen belirtmek gerekir ki, şahıs varlığına ilişkin hakların mal varlığına hiçbir zaman etkisi olmayacağını söylemek de doğru olmaz. Çünkü kişiliğe yapılan bir saldırı neticesinde açılacak dava ile kazanılan tazminat mal varlığına dâhildir²⁴. Örneğin kişi haksız fiile maruz kalabilir ve bunun neticesinde kişi maddi ve manevi tazminat talebinde bulunabilir. Bu halde şahıs varlığı haklarının mal varlığı haklarına etkisi açıktır. Buna rağmen, bu tür bir açılım,

²² BULUT, Harun: Yargıtay Kararları Doğrultusunda Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları, B.1, İstanbul 2006, s.9.

²³ SERDAR, 27.; AYAN/AYAN, 42.

²⁴ HELVACI, Serap: Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, B.1, İstanbul 2001, s.46 (HELVACI, Koruyucu Davalar).

kişilik haklarının şahıs varlığı haklarından olduğu ve para ile ölçülemeyeceği özelliğini ortadan kaldırmaz²⁵.

Kişilik hakları şahsa sıkı sıkıya bağlı haklardandır. Kişilik hakkı, sadece kişi tarafından kullanılabildiğinden tekelci (inhisari) bir haktır²⁶. Dolayısıyla kişilik hakkı başkasına devredilemez. Keza, kişilik haklarından vazgeçmekte (ferağ) mümkün değildir. Medenî Kanunumuz bu ilkeyi “Kimse, hak ve fiil ehliyetinden kısmen dahi olsa vazgeçemez. Kimse özgürlüğünden vazgeçemez ve onları hukuka ya da ahlaka aykırı olarak sınırlandırmaz.” şeklinde ifade etmiştir (TMK. m. 23/1-2). Ancak kişilik hakkı içinde yer alan bazı kişisel değerlerin kullanımı üçüncü bir kişiye devredilebilir. Örneğin bir kimse fotoğrafının ve adının kullanımı için üçüncü bir kimseye izin verebilir²⁷.

Kişi, kişilik hakları üzerinde tasarrufta bulunamaz. Kişilik haklarının tasarruf edilemez oluşu onu öteki bazı mutlak haklardan da ayırmaktadır. Örneğin aynı haklar mutlak hakların içerisinde yer almaktadır. Aynı haklar başkasına devredilebildiği halde böyle bir durum kişilik hakları açısından söz konusu olamamaktadır²⁸.

Kişilik hakkı ölüm ile sona erdiğinden mirasçılara da geçme durumu yoktur. Ancak Medenî Kanunumuz manevi tazminat isteminin, mirasbırakan tarafından ileri sürüldüğünde mirasçılara geçebileceğini ifade etmiştir (TMK. m. 25/4). Yani kişi, henüz kişilik hakkı sona ermeden önce kişilik hakkını kullanmış ve kişilik hakkını kullanması neticesinde bir hak (dava açma hakkı) edilmişse, bu hakkın mirasçılara geçmesi mümkün olacaktır²⁹.

Öte yandan bir kimse öldükten sonra onun şeref ve haysiyetine, özel yaşamının gizliliğine yapılacak saldırılarda da kişilik hakkının ihlali söz

²⁵ HELVACI, Koruyucu Davalar, 47.; DURAL/ÖĞÜZ, 97.; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 400.

²⁶ DURAL/ÖĞÜZ, 97.

²⁷ HELVACI, Gerçek Kişiler, 75.

²⁸ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 399.

²⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 399.

konusudur. Ancak bu kişilik hakları ölen kişinin değil, ölen kişinin yakınlarındır. SEROZAN'a göre; "bu durumda ölen kişinin yakınları, ölü adına, adeta onun varsayıli 'post mortem'³⁰ vekili sıfatıyla harekete geçerek, ölen kişinin haklarını, ölenin açık ya da varsayılan çıkarları doğrultusunda korurlar³¹."

Kişilik hakkının haczolması, bir borç için rehnedilmesi ve iflas masasına girmesi de mümkün değildir. Ancak burada hemen belirtmek gerekir ki, tasarrufa konu olamayan şey kişilik haklarıdır; kişilik haklarından kaynaklanan ekonomik değerler değil³². Aynı şekilde kişilik haklarının zamanaşımına uğraması veya hak düşürücü süreye bağlı olması da düşünülemez³³.

Kişilik hakkı çok boyutlu bir haktır. Bu yüzden de kişilik hakkı sadece medenî hukuk ile ilgili bir kavram değildir. Girişte de bahsedildiği üzere, kişilik haklarının, temel haklardan ötürü anayasa hukukunu, cezai yaptırımlardan bakımından ceza hukukunu, tazminat dolayısıyla borçlar hukukunu, "iktisadi şahsiyet"nin korunması açısından ise ticaret hukukunu ilgilendiren boyutu vardır³⁴.

³⁰ Post Mortem, ölümden sonra, ölüm sonrası demektir. Bkz. YILMAZ, Ejder: Hukuk Sözlüğü, B.7, Ankara 2002, s.998.

³¹ SEROZAN, Rona: "Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları", Prof. Dr. Nihal Uluocak'a Armağan, İstanbul 1999, s.315 (SEROZAN, Miras).

³² SERDAR, 29.; TÜFEK, 16; HELVACI, Gerçek Kişiler, 76.

³³ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuksal Sorumluluk, B.3, Ankara 2008, s.7 (KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet).

³⁴ KARAYALÇIN, Yaşar: "Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması", AÜHFD, y.1968, C.19, S.1-4, s.252.; AYAN/AYAN, 43.

C. Kişilik Haklarının Konusu

1. Genel Olarak

Kişilik hakkının konusu, hukuk düzeni tarafından koruma altına alınmış kişisel değerlerin bütünüdür³⁵. Bu kişisel değerler; kişisel varlıklar³⁶ ya da şahsi menfaatler³⁷ olarak da ifade edilmektedir.

Medenî Kanunumuzun 24. maddesi kişilik hakkı kavramına yer vermiştir. Borçlar Kanunumuzun 49. maddesinde ise şahsiyet hakkı olarak ifade edilmiştir. Ancak her iki kanunda da kişilik haklarının nelerden ibaret olduğu belirtilmemiştir.

Kişilik hakkının konusu her ne kadar kişilik değerinin bütünü olsa da bu kişilik değerlerini tek tek sıralamak, bunları bir kategori dâhilinde sunmak mümkün değildir. Kanunkoyucu da kanunun dinamizmini korumak ve kanunu değişen ve gelişen toplum düzeni karşısında canlı tutmak açısından kişilik haklarının nelerden ibaret olduğunu tek tek saymak yoluna gitmemiştir. Böyle bir düzenleme tarzı şüphesiz isabetlidir. Çünkü bahsi geçen bu kişisel değerler zamana ve yere göre değişiklik gösterebilmekte, değişen dünya düzeniyle birlikte kapsamı genişleyip daralabilmektedir. Böylece kanun koyucu burada bir kural içi boşluk bırakmıştır. Bu kural içi boşluğu doldurma görevi hâkime verilmiştir. Hâkim, bu boşluğu doldururken hakkaniyete uygun davranmakla, hak ve nisfete göre karar vermekle yükümlüdür. Yani hâkim, soyut kuralları somut olaya uygularken, başka bir ifade ile kural içi boşluğu doldururken “*takdir yetkisini*” kullanacaktır.

Yargıtay da bir kararında “kuşkusuz kişilik hakkını oluşturan bu değerler sınırlandırılmış değildir” demekle bu durumu ifade etmiştir³⁸.

³⁵ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 400; TÜFEK, 18; AYAN/AYAN, 44.

³⁶ DURAL/ÖĞÜZ, 98.

³⁷ AYAN/AYAN, 44.

Görüldüğü üzere, kişilik haklarının içeriğini oluşturan kişisel değerleri sınıflandırmak mümkün değildir. Ancak kişisel değerlerin başlıca nelerden oluştuğundan hiç bahsetmemiş olmak da bu kişisel değerlerin anlaşılmasını daha da muğlâk kılacaktır. Öte yandan kişisel değerleri örnek kabilinden dahi olsa hiç saymamış olmak hukukun sorunları çözme amacından da uzaktır. Bu nedenlerden dolayı olsa gerek, öğreti ve Yargıtay, bir takım kişilik haklarını sınıflandırmaya tâbi tutma eğilimde olmuşlardır³⁹. Öğretideki diğer bir eğilim ise kişilik haklarını bir sınıflandırmaya tabi tutmaksızın, başlıcalarını alt alta sıralayıp açıklamak yönündedir⁴⁰.

Yapılan bir ayrıma göre kişilik haklarını, iç kişisel varlıklar ve dış kişisel varlıklar olarak ikiye ayırarak incelemek mümkündür⁴¹. İç kişisel varlıklar, insanın insan olmasından dolayı sahip olduğu değerleri ifade eder. Sosyal ilişkide bulunma hakkı ise dış kişisel varlıklar olarak ifade edilmiştir⁴².

Kişilik haklarına ilişkin olarak yapılan bir diğer sınıflandırma ise kişilik haklarını başlıca üç aşamada ele almıştır. Bunlar; kişinin maddi bedensel hakları, manevi hakları ve meslekî ve ticarî haklarıdır⁴³.

Yapılan sınıflandırmaların doğruluğu yahut yanlışlığı konusunda bir fikir sunmak kişilik haklarının özellikleri göz önüne alındığında doğru değildir. Zaten böyle bir sınıflandırma özü gereği mümkün değildir. Ancak kanunun incelenmesi ve konuyu takip edenlere yol göstermesi açısından kişilik haklarının üç ana başlık altında incelemek uygun olur.

³⁸ 4.HD, 13.12.1983 T., 9752 E., 11402 K.

³⁹ AYAN/AYAN, 45; TÜFEK, 20; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 402; AKİPEK/AKINTÜRK, 341; SERDAR, 30.

⁴⁰ DURAL/ÖĞÜZ, 98; HELVACI, Koruyucu Davalar, 50.

⁴¹ TÜFEK, 18.

⁴² TÜFEK, 19.

⁴³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 402; AYAN/AYAN, 45.

2. Kişinin Maddi Varlığına İlişkin Hakları

Kişinin maddi varlığına ilişkin hakları, onun insan onuruna yakışır bir biçimde ve sırf insan olmasından kaynaklanan haklarını ifade eder. Bunlar yaşama (hayat) hakkı, vücut bütünlüğünü koruma hakkı ve sağlık hakkıdır.

a. Hayat (Yaşam) Hakkı

Kişilik hakları içinde yer alan tartışmasız en önemli hak, hayat hakkıdır. Çünkü öteki bütün haklar, hayat hakkı ile bir anlam kazanır. Hayat hakkı olmadan vücut bütünlüğünü koruma hakkının da sağlıklı bir yaşam sürme hakkının da ve hatta şeref ve haysiyet hakkının da bir önemi yoktur.

İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nde de herkesin yaşama, özgürlük ve kişi güvenliği hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Buna paralel olarak Anayasamız 17. maddesinde hayat hakkını temel haklardan birisi olarak göstermiş ve herkesin yaşama, maddi manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahip olduğunu belirtmiştir. Keza TMK m. 24 ve BK. m. 47'de de bu haklar özel hukuk bakımından koruma altına alınmıştır. Ayrıca kişinin hayat hakkına müdahale edildiğinde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunun 81 vd. maddelerine göre de ceza hukuku bakımından yaptırımlar uygulanmaktadır.

Hayat hakkının bir gereği olarak, başkaları kişinin yaşamına son veremediği gibi kişi de bu hakkından vazgeçemez ve başkalarının kendi yaşamına son vermesine rıza gösteremez⁴⁴. Bu nedenle iyileşme olanağı bulunmayan bir hastayı daha fazla acı çekmesin diye öldürme (ötenazi) nedeniyle, fiili gerçekleştiren kişi sorumluluktan kurtulamaz⁴⁵. Aynı şekilde düello da hukuka aykırıdır⁴⁶.

⁴⁴ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 402.

⁴⁵ GÜVEN, 101.

⁴⁶ DURAL/ÖĞÜZ, 98.

b. Vücut Bütünlüğü Hakkı

Kişinin vücut bütünlüğü de kişilik haklarının konusuna giren kişinin maddi varlığına ilişkin haklarından biridir. Kişi rıza göstermeden, onun vücuduna yapılacak herhangi bir müdahale hukuka aykırıdır. Bu “insan vücudunun dokunulmazlığı prensibi”nin bir gereğidir⁴⁷. Vücut bütünlüğü hayat hakkının bir uzantısı niteliğindedir⁴⁸. Dolayısıyla hayat hakkı kadar korunmaya değerdir.

Belirtmek gerekir ki, vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerin hayat hakkına yapılacak müdahalelerden bir farkı vardır: Vücut bütünlüğüne yapılacak müdahalelerin hukuka aykırı sayılıp sayılmayacağı bu müdahalenin türüne ve rızanın neye ilişkin olduğuna bağlıdır. Örneğin kangren olduğu için vücuttan kesilmesi zarureti doğmuş bir bacak için gösterilen rıza hukuka uygun iken, sebepsiz yere bacağın kesilmesine gösterilen rıza, fiili hukuka uygun hale getiremeyecektir⁴⁹. Vücuttan ayrılmış bu gibi parçalar, örnekteki kesilen bacak, ya da kesilen saçlar, vücuttan ayrıldığı için artık vücut bütünlüğüne girmezler. Dolayısıyla da kişilik hakkı kapsamında değerlendirilmezler. Bunlar gibi vücuttan ayrılan parçalar, ekonomik bir değere sahip olma, cismani olma gibi eşya olmanın niteliklerini taşıyorlarsa, eşya olmanın hüküm ve sonuçlarını doğururlar.

Buna karşılık vücuda sonradan eklenen şeylere yapılacak müdahalelerin vücut bütünlüğüne yönelik olup olmadığı, bu gibi şeylerin vücutla ne şekilde bağlı olduğuna göre tespit edilir. İnsan vücuduna monte edilen, takılıp çıkarılması kolay olmayan yani insan vücuduna organik bir biçimde bağlı olan şeyler, örneğin ağza takılan köprü diş, kalbe takılan pil, dize takılan platin çivi gibi, artık eşya niteliğini yitirdikleri için, bunlara yapılacak müdahaleler kişilik hakkı ihlallerini oluşturur. Buna karşılık vücutta

⁴⁷ HELVACI, Gerçek Kişiler, 79.

⁴⁸ HELVACI, Gerçek Kişiler, 78; TÜFEK, 21.

⁴⁹ DURAL/ÖĞÜZ, 99.

sabit olmayan, kolay takılıp çıkarılabilen şeyler, örneğin damak şeklinde yapılan ve geceleri çıkarılabilen takma diş, peruk gibi, hukuki anlamda eşya olarak varlıklarını sürdükleri için bunlara yapılan müdahaleler vücut bütünlüğüne yönelik değildir. Bunları eşya olarak korumak gerekir⁵⁰.

Vücut bütünlüğünün ihlâlinin hukuka uygun olabilmesi için kurak olarak ilgilinin rızası gerekirse de istisnaen ilgilinin rızası olmaksızın yapılan müdahaleler de hukuka uygun olabilir. Örneğin 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanununa göre; şüpheli veya sanık yani medenî hukuk bakımından kişilik hakkı ihlâl edilen kimseden, rızası olmasa dahi, hâkim kararıyla zorla vücudundan örnek alınabilecek yahut beden muayenesi yapılabilecektir⁵¹ (CMK m. 75). Aynı şekilde Umumî Hıfzıssıhha Kanunun 90. maddesine göre, otuz yaşına kadar herkes çiçek aşısını beş yılda bir yaptırmaya mecburdurlar. Bu halde de artık kişinin rızasını aramak gerekmez.

c. Sağlık Hakkı

Kişinin sağlığı da onun maddi varlığına ilişkin kişilik haklarından. Sağlık ile vücut bütünlüğü arasında yapısal ve işlevsel anlamda farlılıklar vardır. Çünkü kişinin vücut bütünlüğü yapısal ve kişinin yaradılıştan sahip olduğu doğal ve organik bütünlüğü ifade eder. Oysa sağlık işlevseldir ve yaradılıştan sahip olunan vücut bütünlüğünün düzenli işleyişini ifade eder⁵². Dolayısıyla sağlık, her şeyin doğal halinde ve aksamadan çalışmasını ifade eder.

Kişinin ruhsal sağlığı da kişinin sağlık hakkı kapsamında değerlendirilir. Bu açıdan bakıldığında bedensel sağlık ile ruhsal sağlık

⁵⁰ Örneğin, kasten tahrip edilmesi mala zarar verme suçunu oluştur. Bu gibi durumlarda maddî tazminat talep hakkı da vardır.

⁵¹ Açıklamalar için Bkz. EROL, Haydar: 5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu – Açıklamalı, İçtihatlı, CMK, Ankara 2008, s. 610; MALKOÇ, İsmail/YÜKSELTEPE, Mert: Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu, C.1, Ankara 2008, s.401.

⁵² ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 406; SERDAR, s.32.

arasında fark yoktur⁵³. Zira birinin bozulması diğerini de olumsuz yönde etkiler. Kişinin bedensel ve ruhsal sağlığını bozucu ya da tehlikeye düşürücü eylemler hukuka aykırıdır. Örneğin kapalı mekânda sigara içilmesi, sigara içmeyen diğer kimselerin sağlığını, zehirli sigara dumanının teneffüs edilmesi neticesinde, olumsuz etkilemektedir. Bir kişiyi psikolojik olarak baskı altına almak, manevi acılar çektirmek yahut bir kişiyi sürekli olarak tehdit etmek ruhsal sağlığını bozar. Böylesi eylemler de kişilik haklarını zedeleyici niteliktedir ve hukuka aykırıdır.

3. Kişinin Manevi Varlığına İlişkin Hakları

Kişinin manevi varlığına ilişkin hakları, adından da anlaşılacağı üzere kişinin bir toplum içerisinde yaşamasından kaynaklanan şeref ve haysiyeti, adı, sır çevresi gibi maddi olmayan haklarıdır. Bu haklar kişinin ahlâki, sosyal ve medenî yönünü oluşturarak onun diğer bireylerden ayrılmasını sağlar⁵⁴. Anayasa da insan onurunu ve kişinin maddi ve manevi varlığını korumak için devlete ve diğer insanlara temel yükümlülükler yüklemiştir. Buna rağmen Anayasamızda insanın manevi varlığı hakkında detaylı bir açıklama yoktur. Bu durumlar da göz önüne alındığında, kişinin manevi varlığına ilişkin haklarının içeriğinin sübjektif dünya görüşleri ve ideolojik durumlar göz önünde bulundurularak tesis edilmesinden kaçınmak gerekir⁵⁵.

a. Kişinin Özgürlük Hakkı

Kişi özgürlüğü kişisel değerlerin en önemlilerinden bir tanesidir. Bu nedenle başta Anayasamız olmak üzere birçok kanunda özgürlüklerle ilgili düzenlemeler yapılmıştır.

⁵³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 407; AYAN/AYAN, s.46.

⁵⁴ AKİPEK/AKINTÜRK, 369.

⁵⁵ GÖREN, Zafer: “Türk – Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, AYD, y.1992, C.9, s. 176.

Medenî Kanunumuzda da diğer kişisel değerler kişiliğin korunmasına ilişkin maddelerde tek tek belirtilmediği halde kişi özgürlüğü, Medenî Kanunumuzda açıkça ifade edilmiştir. Buna göre kimsenin özgürlüklerinden iradesiyle dahi olsa vazgeçemeyeceği ve özgürlüklerini hukuka veya ahlaka aykırı biçimde sınırlayamayacağı ifade olunmuştur (TMK. m. 23/2).

Özgürlük hakkı, kişiye hukuk düzenin çizdiği sınırlar içinde, hayatını özgürce sürdürebilmesini, istediği yerde oturup, istediği zaman istediği yere seyahat etmesini, dilediği gibi düşünmesini, bir dine inanmasını ve dininin gereklerini yerini getirmesini, ekonomik faaliyetlerde bulunmasını sağlar⁵⁶.

b. Kişinin Şeref ve Haysiyeti

Kişinin şeref ve haysiyeti yani onur ve saygınlığı, sırf insan olması dolayısıyla tanınan ve toplum tarafından verilen manevi kişisel değerlerdendir. Şeref, kişinin toplumsal yaşamında sahip olduğu temel erdemsel değerdir. Haysiyet ise kişinin toplumsal yaşamda ilişkileriyle, çevreye karşı kazandığı saygınlığı ifade eder. Şeref ve haysiyet ahlak kavramını da içine alacak şekilde geniş bir kavramdır⁵⁷. Dolayısıyla şeref ve haysiyete yapılan saldırılar çoğu zaman ahlaki yönden de eleştirilebilir niteliktedir.

Şeref ve haysiyetin öğretide ikili bir ayrıma tabi tutulduğu görülmektedir⁵⁸. Şeref ve haysiyetin dış görünüşü kişiye toplum tarafından verilen değeri, duyulan saygıyı ifade eder. Yani toplumun kişiye gösterdiği itibardır. Şeref ve haysiyetin iç görünümü ise kişinin kendisine duyduğu saygıyı ve verdiği değeri ifade eder. Kanaatimizce böyle bir ayrıma gidilmesi pratik bir önem arz etmez. Çünkü kişi kendisine saygı duymazsa ve

⁵⁶ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 408.

⁵⁷ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 409.

⁵⁸ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 410; AYAN/AYAN, 46.

kendisine bir değer atfetmezse, kişinin bu hali kendi iş ve eylemlerine de yansıtacağından toplum tarafından da kişiye saygı duyulmayacaktır.

Şeref ve haysiyetin korunması bakımından kişinin ehliyetinin önemi yoktur. Dolayısıyla vesayet altındaki kişiler de herhangi bir birey gibi, sadece insan olması sebebiyle, doğuştan bu değerlere sahiptir. Hatta şeref ve haysiyet bakımından tam ehliyetsizler daha da özel bir şekilde korunmalı ve içinde bulundukları durumu daha da ağırlaştıracak saldırı ya da tehditlerden uzak tutulmalıdırlar⁵⁹.

Tüzel kişiler toplumsal yaşamın bir parçası olduğundan ve kendilerine hukuk düzeni tarafından kişilik tanındığından, tüzel kişilerin de şeref ve haysiyetlerinin varlığı tartışmasızdır. Bu değerler tüzel kişilerin kişilik haklarını oluşturur. Çünkü tüzel kişilerin de kişisel menfaatleri söz konusudur. Kişilik haklarının korunması bakımından gerçek kişi – tüzel kişi ayrımı yapılmaksızın bu korumadan her iki kişilik türü de yararlanır⁶⁰.

c. Kişinin Adı Üzerindeki Hakkı

Ad, kişinin toplum ile olan ilişkilerinden kaynaklanan ve kişiyi toplumdaki diğer bireylerden ayırt etmeye yarayan kişisel bir değerdir. Kişinin adı üzerindeki hakkı yalnızca kullandığı gerçek adı değil, kişiyi ve ailesini toplum içinde tanımlayamaya yarayan işaretleri, lakapları da kapsar⁶¹.

Tüzel kişilerin de adları üzerinde hakları vardır. Hatta belirtmek gerekir ki tüzel kişilerin adları üzerindeki hakları gerçek kişilere nazaran daha belirgindir. Çünkü özellikle TTK'da işletmelerin ticarî adları, ticarî unvanları, markaları, armaları, logoları, işletmelerini ya da ürünlerini öteki işletme ya da

⁵⁹ HELVACI, Serap: “Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, İstanbul 1999, s.871 (HELVACI, Koruma).

⁶⁰ FRANKO, Nisim: Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini, Ankara 1973, s.187.

⁶¹ SERDAR, 46.

ürünlerden ayırt etmeye yarayan işaretleri koruma altına alınmıştır (TTK m. 54, 55).

d. Kişinin Resmi Üzerindeki Hakkı

Kişinin kâğıt, tuval gibi nesnelere çizilen ya da fotoğraf baskı teknikleriyle basılan görüntüleri resim olarak nitelendirilir. Resim insan özelliklerini yansıtan bir simgedir⁶². Dolayısıyla resim de kişilik hakları kapsamında korunan kişilik hakkına ilişkin değerlerdendir. Belirtmek gerekir ki, koruma kapsamında yer alan şey, resmin üzerinde belirginleştiği kâğıt, tuval gibi nesneler değil, bizatihi bu nesneler üzerinde belirginleşen kişinin dış görüntüsüdür⁶³. Korunan bu hak dolayısıyla hiç kimse, hukuka aykırı bir şekilde başkasının resmini çekemez, basamaz, yayınlayıp dağıtamaz.

Resim denildiğinde akla yalnızca fotoğraf teknikleriyle elde edilen görüntüler girmez. Bunun yanında kalemle veya fırça ile çizilen ya da resim işleme yöntemleriyle üzerinde oynanmış, netliği dağıtılmış görüntüler de resim kapsamında değerlendirilir. Plastik ve TV’de gösterilen hareketli resimler de resim kavramının kapsamına dâhildir⁶⁴.

Bir kimse resim üzerindeki haklarından rızası ile vazgeçebilir. Örneğin fotoğraf stüdyosuna giderek resim çektiren kişinin, resminin çekilmesi konusunda rızası var. Ancak stüdyoda çekilen resmin, stüdyo vitrininde teşhiri için ayrıca ve açıkça bir rıza gereklidir.

Resim üzerindeki hakları korumaya yönelik olarak 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda da düzenlemeler vardır. Anılan kanunun 86. maddesine göre; eser mahiyetinde olmasalar bile, resim ve porteler tasvir edilenin, tasvir edilen ölmüşse tasvir edilenin haklarını kullanabilecek

⁶² HELVACI, Koruyucu Davalar, 72.

⁶³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 413.

⁶⁴ KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku – Manevî Tazminat, İstanbul 2001, s. 132 (KARAHASAN, Manevî).

kimselerin, FSEK m. 19/2’de sayılan kimselerin, izni olmadan tasvir edilenin ölümünün üzerinden on yıl geçmedikçe teşhir veya diğer suretlerle umuma arz edilemez.

Ancak bazı durumlarda kişinin görüntüsünün alınması, basılması, yayınlanması, çoğaltılması kişinin rızasına bağlı değildir. Bunlar FSEK m. 86/2 de belirtilmiştir. Buna göre; topluma mal olmuş, ülkenin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerin resimleri, kişilerin katıldıkları geçit törenlerinde, genel toplantılarda, günlük olaylarda çekilmiş resimler, radyo ve televizyon haberlerindeki resimler için izin alınması gerekmez. Suçla mücadele kapsamında ya da güvenliğin sağlanması için failerin resimlerinin ya da robot resimlerinin basılıp dağıtılması da izne tabi değildir.

e. Kişinin Hayat Alanı

Kişi şeref ve haysiyeti ile ilgili olmasa bile, özel yaşamını başkalarının bilmesini istemeyebilir. Kişinin üçüncü kişiler tarafından görülmesini, duyulmasını yahut bilinmesini istemediği hayat alanına diğer kimselerin müdahalesi kişilik hakkının ihlâli niteliğindedir. Anayasa dâhil birçok hukuki düzenlemede özel hayatın dokunulmazlığı, konut dokunulmazlığı ve haberleşme hürriyeti ile ilgi hükümler mevcuttur. Öğretide kişinin hayat alanı; sır alan, özel alan ve kamuya açık alan olarak üçe ayrıldığı ve bu şekilde incelendiği görülür⁶⁵.

(1) Kişinin Sır Alanı

Kişinin sır alanı, herkesten saklı tutulan, sadece kişinin yakın çevresinden birkaç kişinin bildiği ve kişinin başkaları tarafından öğrenilmesini ve müdahale edilmesini istemediği alandır. Kişi istemedikçe bu alana müdahale edilmez ve bu alandaki bilgiler üçüncü kişilerle paylaşılamaz.

⁶⁵ HELVACI, Gerçek Kişiler, 88; HELVACI, Koruyucu Davalar, 62; SERDAR, 39; ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 416.

(2) Kişinin Özel Alanı

Özel alan, sır alanından biraz daha geniş bir alandır. Bu alan kişinin, kendisine yakın olan kişilerle paylaştığı ve öteki kişilere kapalı olan alandır. Bu alandaki bir bilginin, kişinin yakın çevresi dışında kalanlar tarafından öğrenilmesi ve paylaşılması kişilik haklarına saldırı niteliğindedir.

Kişinin özel alanının belirlenmesinde, kişinin kamuya mal olmuş, ülkenin siyasi ve içtimai hayatında rol oynayan kimselerden biri mi yahut sıradan bir vatandaş mı olduğu önemlidir⁶⁶. Çünkü kamuya mal olmuş kimselerin özel alanları kamuya açık bir nitelik taşıırken, normal bir vatandaşın özel alanı onun mahremi, sır alanını, oluşturur. Örneğin ünlü bir sanatçının doğum günü partisinden görüntü alınması özel hayatın gizliliğini ihlâl etmezken, normal bir vatandaşın doğum günü partisinden rızası olmaksızın görüntü alınması kişilik haklarının ihlâli niteliği taşır.

(3) Kişinin Kamuya Açık Alanı

Bu alan, kişinin toplumsal yaşama katılmasından dolayı herkesin rahatça dâhil olabildiği alandır. Bu alanda olan olaylara, toplumun diğer bireyleri de şahit olduğundan zaten gizli tutulma olanağı yoktur. Kamuya açık yollarda yürümek bu alana örnek olarak verilebilir.

4. Kişinin Meslekî ve Ekonomik Hakları

Kişinin meslekî ve ekonomik hakları da kişilik haklarındandır. Bu hakların, kişinin maddi ve manevi varlığına ilişkin haklarından farkı, parasal sonuçlar doğurmaya elverişli olmalarıdır. Kişinin meslekî ve ekonomik

⁶⁶ “Kamuya mal olmuş kişiler, belirli bir nedenle kamunun ilgisini üzerinde toplayan, meşgul eden ve kendileri hakkında haklı bir bilgi edinme ihtiyacı duyulan kişilerdir” (ŞEN, Ersan: Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması, İstanbul 1996, s. 237.).

haklarının başlıcaları kişinin ekonomik özgürlüğü, meslekî şeref ve haysiyeti ile meslekî ve ticarî sır alanıdır.

a. Kişinin Ekonomik Özgürlüğü

Ekonomik yaşam, para veya para yerine geçen değerleri sağlamaya yönelik insan faaliyetleridir⁶⁷. Anayasal bir hüküm olarak, herkes dilediği alanda çalışma ve sözleşme yapma hürriyetine sahiptir. Özel teşebbüsler kurmak serbesttir (AY m. 48/1). Dolayısıyla kişinin bu hakkına yapılan saldırı kişilik haklarına da saldırı teşkil eder. Kişinin ekonomik varlığını geliştirme ve sürdürme hakkının sınırını kamu yararı ve dürüstlük kuralı (TMK. m. 2) oluşturur. Ekonomik özgürlük hem çalışanlar hem de çalıştıranlar açısından söz konusu olduğundan boykot, toplu iş bırakma gibi eylemler hukuka aykırılık teşkil eder⁶⁸.

b. Kişinin Meslekî Şeref ve Haysiyeti

Kişinin şeref ve haysiyetinin yanında, yürüttüğü meslekî veya sanatsal faaliyeti sebebiyle meslekî veya ticarî bir itibarı vardır. Bu itibar da onun kişilik haklarına dâhildir.

Kişinin meslekî şeref ve haysiyetinin saldırıya uğraması, onun ekonomik anlamda mahvına neden olabilir. Bu yüzden kişinin meslekî şeref ve haysiyetini manevi değerler kapsamında yer alan kişinin şeref ve haysiyetinden ayrı değerlendirmek yerinde olur. Kişinin meslekî şeref ve haysiyetine saldırı olarak; kişinin mesleğinin sağladığı nüfuzu kötüye kullandığı, kalitesiz ürün sattığı, rüşvet aldığı, müvekkillerinin menfaatlerini yeterince gözetmediği şeklinde örnekler verilebilir.

⁶⁷ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 423.

⁶⁸ AYAN/AYAN, 51; ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 424.

c. Kişinin Meslekî ve Ticarî Sır Alanı

Meslekî ve ticarî sır, kişinin meslekî ya da ticarî faaliyeti sebebiyle sahip olduğu özel bilgi ve teknikleri ifade eder. Yani kişinin iç işlerine ilişkin belge ve kayıtları, hesapları, defterleri, çalışma usulleri, üretim durumu ve müşterisiyle olan ilişkileri ve benzeri özellikleri onun meslekî ve ticarî sırlarını oluşturur⁶⁹. Bu gibi bilgi ve belgeleri, kişinin rızası hilafına ele geçiren kişi, meslekî ve ticarî sır alanını ihlâl etmiştir.

Ancak her durumda bir kişinin meslekî ve ticarî sırlarının öğrenilmesi kişilik haklarının ihlâli anlamına gelmez. Bazen işin mahiyeti gereği bir kişinin meslekî ve ticarî sırlarının öğrenilmesi olağan karşılanabilir. Örneğin, bir banka, müşterilerine kredi kullanıdırırken işin mahiyeti gereği, müşterilerinin ticarî ve meslekî sırlarına vakıf olacaktır.

⁶⁹ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 425.

İKİNCİ BÖLÜM

İTERNET ORTAMI ve İTERNET ORTAMINDA GERÇEKLEŞTİRİLEN KİŞİLİK HAKKI İHLÂLLERİ

I. GENEL OLARAK

20. yüzyıldaki teknolojik gelişmeler, bilgisayarın ve yeteneklerinin keşfiyle yeni bir çağ açmış oldu. Bu yeni çağda, bilim ve teknolojideki gelişmeler, o gelişmelerin sahibi insanoğlunun bile yetişemeyeceği bir hızda arttı ve artık bilgisayarlar insan yaşamının vazgeçilmezi oldu. Bilgisayarlı tomografi, bilgisayarlı rot balans ayarı, bilgisayarlı masaj aleti gibi başında “bilgisayarlı” kelimesi bulunan birçok şey insanoğlunun günlük yaşamına girdi.

Bilgisayarlar, verileri işleyen ve bu verilere göre ürünler üreten gelişmiş makinelerdir. Bu makinelere kurallar çerçevesinde bir komut verilir ve komutu alan makine, verilen komuta uygun hareket tarzları üretir. Şayet komut yerine getiremezse yine bu yerine getirilemeyen komuta uygun olarak hata mesajları üretir ve bunu dışa yansıtır.

Bilgisayar konusunda yaşanan bu gibi gelişmeler, insanoğlunun tarih boyunca yaşadığı bir açlığın da tekrar gün ışığına çıkmasına neden oldu; iletişimin! Böylece dünya, iletişimde sınır kavramını ortadan kaldıran gelişmelere şahit oldu. Bu yepyeni iletişim modelinin adı İternetti.

II. İTERNETİN TANIMI ve TARİHÇESİ

İternet, kişilerin dünya üzerinde birbiriyle çok geniş amaç ve içerikte bilgi alışverişinde bulunmalarını sağlayan ve sürekli olarak büyüyen gelişen ortak bir iletişim yapısıdır. Yani İternet, birden fazla bilgisayar sisteminin belli kurallar dâhilinde birbirleri arasında bağlantı kurmalarını sağlayan bilgi

iletişim ağıdır⁷⁰. İnternet, İngilizcedeki “International Network” teriminin kısaltmasıdır ve “uluslararası ağ” şeklinde dilimize çevrilebilir. İnternet dediğimiz bu uluslararası sisteme bağı binlerce ağ vardır. Bu ağlara da milyonlarca bilgisayar sistemi, kısaca bilgisayar, bağlanmıştır. Özet olarak, nasıl ki vücudumuzun her yanını atar ve toplardamarlar vasıtasıyla kılcal damarlar sarmışsa, İnternet ağı da dünyayı aynı şekilde sarmıştır. İnternette iletişim için, ağı meydana getiren bilgisayarlar arasında bağlantı kurulması gerekmektedir. Bu bağlantılar, omurga (backbone) adı verilen ana iletişim hatları vasıtasıyla yapılır⁷¹. Yapılan bu bağlantı, yani iletişim, birtakım kurallara göre yapılır. Bunun için ortak bir dil kullanılmaktadır. Bu ortak dile “İnternet Protokolü (TCP/IP)” denilmektedir. Bilgisayarlar bu yolla iletişim kurarak karşılıklı bilgi alışverişinde bulunabilmektedirler.

İnternet, bağlanmak için nispeten açık standartları ve protokolleri olan yerel, ulusal ve küresel bilgi ve iletişim teknolojilerinin ağıdır⁷². İnternet hiç kimsenin sahibi olmadığı ve hiçbir kimse ya da kurumun veya devletin kontrolünde olmayan bir ağıdır. Bir merkezi yoktur, geniş seviyelerde planlanmamıştır ve hiyerarşik bir yapıya da sahip değildir⁷³. Ancak suç işlenmesinin önlenmesi, genel ahlakın, barışın, kamu düzenin vesairenin korunmasını sağlamak amacıyla İnternet ağı vasıtasıyla ulaşılan içeriklere müdahale edilebilir. Böylesi müdahaleler İnternet ağına yapılmış bir müdahale olarak nitelenemez.

İnternete bağlantısı yapılmış her bilgisayarın bir IP numarası vardır. Bu IP numarası, o bilgisayarın aynı zamanda benzersiz, tekil numarasıdır. Böylece İnternette gezinen bilgisayarların tespitinde en önemli argümanı temsil eder.

⁷⁰ DOĞAN, Murat: “İnternette Şahsiyet Haklarının İhlali ve Korunması”, Bilgi Toplumunda Hukuk Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, İstanbul 2003, s. 465 (DOĞAN, Şahsiyet).

⁷¹ SINAR, Hasan: İnternet ve Ceza Hukuku, İstanbul 2001, s.28.

⁷² CHADWICK, Andrew: Internet Politics, New York 2006 s.7.

⁷³ KARAGÜLMEZ, Ali: “Bilişim Suçlarında Delil Toplamayı Etkileyen Başlıca Konular”, 2. Polis Bilişim Sempozyumu 2005, Emniyet Genel Müdürlüğü Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı yayını, Ankara 2005, s. 36.

İnternete temel oluşturan fikir ve uygulamalar, ilk olarak 1957 yılında ABD'nin askerî amaçlı ARPA projesi (Advanced Research Project Agency) ile ortaya çıkmıştır. Bu proje kapsamında ARPANET isimli askerî bir bilgisayar ağı kurulmuştur. ARPANET'in, savaş sırasında olağan haberleşme sistemleri kullanılamaz duruma geldiğinde kullanılmak üzere, savaşın sevk ve idaresini sağlamaya yönelik olarak kullanılması düşünülmüştür⁷⁴. Bu proje kapsamında daha sonra 1971 yılında elektronik posta, 1979 yılında da ağ haberleşme servisleri geliştirilmiştir. Zamanla ARPANET üniversiteler ve diğer kuruluşlarda da hizmete sunulmuştur⁷⁵.

1980 yılına gelindiğinde ARPA, ACP/IP protokollerinin askerî kimliğinden vazgeçmiş ve sivil kullanıma imkân sağlamıştır. Bunun üzerine Amerikan ordusu da faaliyetlerini yeni kurdukları bir ağ olan MILNET üzerinden sürdürmüştür. ARPANET'in zaman içinde yetersiz kalması üzerine Ulusal Bilim Vakfı, NSFNET ağını kurmuştur. 1989 yılında Cenevre'de "www" (World Wide Web) geliştirilmiş, 1990 yılında ise "http:" (Hyper Text Transfer Protocol) (Yüksek hızda metin aktarım protokolü) devreye sokulmuştur. Bu gelişmelerin ardından ise ARPANET tümüyle kaldırılmıştır⁷⁶.

Türkiye'de ise, maalesef, İnternetin geçmişi çok uzun değildir ve dünyadaki gelişmelerin gerisinde kalmıştır⁷⁷. İnternet ile ilgili çalışmalar 1991 yılında ODTÜ ve TÜBİTAK tarafından oluşturulan TR-NET adlı proje gurubuyla başlatılmıştır. İlk bağlantı Nisan 1993'te ODTÜ - Washington arasında gerçekleştirilmiştir⁷⁸.

⁷⁴ SINAR, 22.

⁷⁵ SIRABAŞI, Volkan: İnternet ve Radyo – Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku), B. 2, Ankara 2007, s. 57.

⁷⁶ SINAR, 22; ÖZEL, S. Koruma, 151.

⁷⁷ BOZBEL, Savaş: "İnternet Üzerinde Yapılan Hukuki İşlemler", Yargıtay Dergisi, C.27, S.1-2, y.2001, s.276 (BOZBEL, İnternet).

⁷⁸ SIRABAŞI, 58.

III. İNTERNETİN YAPISAL UNSURLARI

İnternetin, yani dünyayı saran ağın, sahip olduğu hız ve tıkanmadan çalışabilme kabiliyeti, bir takım teknik unsurların varlığından kaynaklanır.

A. İletim Kontrol Protokolü/İnternet Protokolü (Transmission Control Protocol/Internet Protocol) (TCP/IP)

İnternet ağı içerisinde yer alan bilgisayarların herhangi bir sorunla karşılaşmaksızın veri alışverişini sağlamaları için, bir takım kurallar geliştirilmiştir. Bu kurallara TCP/IP protokolü adı verilmektedir. TCP/IP, ağ iletişimini sürdüren protokollerin bütünüdür⁷⁹. Bu protokoller İnternette veri transferini gerçekleştirir.

İnternette veri aktarımında kullanılan ortak protokol olan TCP/IP iki protokolden oluşur: Bunlardan IP, makinenin adres bilgisini içerir. TCP ise büyük mesajları paketlere böler. Alıcı TCP zarflarını açarak orijinal mesajı tekrar oluşturur⁸⁰. İnternette kullanılan her türlü servis TCP/IP protokolleri aracılığıyla gerçekleştirilir. Örneğin elektronik posta iletişim protokolü (SMTP - Simple Mail Transfer Protocol) (Basit dosya aktarım protokolü), dosya alma/gönderme protokolü (FTP – File Transfer Protocol) (Dosya aktarım protokolü) gibi servisler TCP/IP sayesinde kullanıcılara sunulmaktadır⁸¹.

TCP/IP protokol grubu genel olarak dört katmandan oluşur. Bu katmanlar uygulama, TCP, IP ve ağ katmanlarıdır. Belirtmek gerekir ki bir katman bir protokolü temsil etmez. Her katman birden çok protokol içerebilir⁸².

⁷⁹ CASAD, Joe: Sams Teach Yourself TCP/IP in 24 Hours, B. 4, Indianapolis 2009, s. 7.

⁸⁰ CİVELEK, Mustafa Emre: İnternet Çağı Dinamikleri, B.1, İstanbul 2009, s. 8.

⁸¹ LEIDEN, Candace/WILENSKY, Marshall: TCP/IP For Dummies, B. 6, Indianapolis 2009, s. 22.

⁸² CASAD, 23; CİVELEK, 154.

TCP/IP protokolü, diğer protokollere göre çok fazla avantaj sağladığından çok kısa sürede en yaygın kullanılan protokol haline gelmiştir. Çünkü açık protokol standartlarında, ücretsiz erişilebilir ve herhangi bir bilgisayar donanımı veya işletim sistemi için serbestçe geliştirilebilir⁸³. Bu protokol artık İnternetin ana unsuru haline gelmiştir ve üzerinde çok fazlaca çalışılmaktadır.

Günümüzde artık TCP/IP sadece İnternet değil birçok alanda kullanılmaktadır. Örneğin “intranet”ler⁸⁴ çoğunlukla TCP/IP kullanılarak oluşturulmaktadır. Bunun gibi sistemlerde TCP/IP’yi kullanmak diğer protokollere göre avantajlar sağlar. Örneğin TCP/IP hemen hemen her türlü sistem tarafından desteklendiği için sistemlerle uyumlu uygulamalar geliştirilebilir.

TCP/IP protokolü günümüzde hemen hemen her modern işletim sistemi tarafından desteklenmektedir. Her işletim sisteminin TCP/IP gerçeklemesi farklı olduğu içi servis kalitesinin farklılık göstermesi normaldir. Ancak genellikle sunulan servisler aynıdır ve birbiriyle uyumlu olarak çalışırlar⁸⁵.

B. Web Teknolojisi (Dünyayı Saran Ağ) (WWW)

WWW, kısaca web, dünyanın her yerindeki yüz binlerce sunucuda kayıtlı, milyarlarca dosyadan oluşan bir bütündür. Bu dosyalar, yazı, resim, ses, animasyon gibi etkileşimli ortamlar ve bilgisayara kaydedilebilen daha birçok türden bilgiyi kapsamaktadır⁸⁶. Bu belgelerin bir kısmı bilgi içeren

⁸³ HUNT, Craig: TCP/IP Network Administration, B. 3, Sebastopol 2002, s. 4.

⁸⁴ İnternet, sadece belirli bir kuruluş içindeki bilgisayarları, yerel ağları (LAN) ve geniş alan ağlarını (WAN) birbirine bağlayan, çoğunlukla TCP/IP tabanlı bir ağıdır. Bkz. <http://tr.wikipedia.org/wiki/İnternet> (E.T.: 16.10.2009).

⁸⁵ KOZIEROK, Charles M.: The TCP/IP Guide, San Francisco 2005, s. 1054; HUNT, 4.

⁸⁶ YILDIZ, Sevil: Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi, Ankara 2007, s. 22.

dosyalardır. Geri kalan büyük bir kısmı ise bilgi içeren bu dosyaları İnternet kullanıcısına sunabilmek için hazırlanan web sayfalarıdır.

Kullanıcı açısından bakıldığında, web, milyonlarca, milyarlarca bilgi ve yayının yer aldığı çok geniş kapsamlı bir kütüphane, mal ve hizmetlerin sunulduğu açık bir pazardır⁸⁷.

Web, sunucularda yüklü bir belgeden başka bir belgenin çağrılmasına olanak sağlar⁸⁸. Bu çağırma işlemi bağlantı (hyperlink) aracılığıyla yapılır. Web'in sunduğu imkânlar sayesinde, aynı sunucudan bir belge çağrılabilirdiği gibi başka bir sunuda yüklü bir belge de çağrılabilir. Hatta bir sunuda yüklü olmayan, kişinin bilgisayarında bulunan, bir belgeden de İnternet bağlantısı olmak koşuluyla, İnternet sunucularında yüklü bir belge çağrılabilir.

Web sayfaları, web sunucularında servis edilen belgelerdir. HTML (Hyper Text Markup Language) (Yüksek Hızda Metin Biçimlendirme Dili), web sayfaları oluşturmaya yarayan bir tür bilgisayar programlama dili⁸⁹ şeklinde tanımlanabiliyor ise de bu tanımın doğru olmadığı ifade edilmektedir. Çünkü HTML bir programlama dili değil, bir işaretleme dilidir⁹⁰. HTML web sitelerinin iskeleti niteliğindedir ve web sayfası öğelerini göstermek için tarayıcıya yönlendirme sistemi sağlayan gelişmiş bir standarttır⁹¹. HTML dilini

⁸⁷ TOPALOĞLU, Mustafa: Bilişim Hukuku, Adana 2005, s. 93.

⁸⁸ KIRÇOVA, İbrahim/ÖZTÜRK, Pınar: İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar, İTO Yayını, İstanbul 2000, s. 13.

⁸⁹ TOPALOĞLU, 92.

⁹⁰ STEIN, Stuart: Law On The Web: A Student Guide, Essex 2003, s.142.

⁹¹ OĞUZ, Sefer: “Veri Tabanı Hakkı ve Sui Generis Veri Tabanı Hakkının Sınırları”, Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan, Ankara 2006, s.743; Çoğunlukla HTML ile ilgili bilgi ve dokümanlarda HTM ifadesine rastlanır. HTM ile HTML arasında çok küçük farklar haricinde bir fark yoktur. HTML de “Hypertext Markup” ifadesinin kısaltılmışıdır. HTML bir işaretleme dilidir ve DOS’ta dosya uzantıları 3 karakterden oluştuğu bu kurala uyması için HTML içerikli dosya uzantıları “.htm” olarak kullanılmıştır. Bir diğer fark ise sunucular “.html” uzantılarını “.htm” uzantılarından önce görürler. Yani bir sitenin ana sayfasına “index.html” ve “index.htm” uzantılı iki dosya yüklense ve adres satırına sadece web sitesinin adresi yazılsa tarayıcıda “index.html” adlı dosya görüntülenir.

kullanarak çeşitli metinleri, grafikleri, ses ve video dosyalarını web sayfasına aktarmak mümkündür⁹².

Web sayfalarına ulaşmak için kullanıcının bilgisayarında yüklü bir arabirime ihtiyaç vardır. Bu arabirim programlarına web tarayıcıları denir. Web tarayıcıları, web hizmet birimlerine ulaşmayı sağlayan programlardır⁹³. Dünyada yaygın bir şekilde kullanılan ilk web tarayıcısı Mozaic adlı web tarayıcı programıdır. ABD’de NCSA isimli bir araştırma merkezinde geliştirilen Mozaic 1995 yılına kadar yaygın bir şekilde kullanılmıştır⁹⁴.

İnternet üzerinde bulunan her dosyanın Standart Kaynak Adresi (Uniform Resource Locator) (URL) olarak ifade edilen bir adresi vardır. Web sitelerine ve web de bulunan sayfalara bu adres yardımıyla ulaşılır. Örneğin, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi web sitesinin adresi <http://www.hukuk.gazi.edu.tr>’dir.

IV. İNTERNETİN FONKSİYONLARI

Günümüz dünyasının vazgeçilmezi olan İnternet, sanal ortamda alışveriş yapmaktan tutun da yurtdışındaki bir üniversitenin kütüphanesinden kaynak taramaya, dünyanın bir başka köşesinde bulunan kişiye mesaj göndermeye kadar birçok işlevi yerine getirerek hayal gücünün sınırlarını zorlamaktadır. Hatta artık insanlar İnternetin getirdiği bir yenilik olan telekonferans sistemini kullanarak tebliğlerini bulundukları yerden sesli ve görüntülü olarak canlı bir şekilde sunabilmektedir. Bu sayede, artık birçok üniversitede uzaktan eğitim birimleri oluşturulmuştur ve öğretim görevlisi kimse akşam evinden dersini anlatabilmektedir.

⁹² TOPALOĞLU, 92.

⁹³ YILDIZ, 23.

⁹⁴ SINAR, 25.

Günümüzde İnternet artık sayılamayacak ve sınıflandırılmayacak kadar çok alanlarda ve amaçlarda kullanılmaktadır. Özellikle WWW teknolojisinin gelişmesiyle birlikte bilgiye ulaşma imkânı hiç olmadığı kadar artmış ve İnternetin sunduğu imkânlar genişlemiştir. Elektronik posta gönderme ve alma, eş zamanlı (karşılıklı olarak) sohbet etmek, ticarî faaliyette bulunmak, bilimsel amaçlı araştırmalar yapmak ilk akla gelenlerdendir. Her geçen gün de bu örneklerle yenileri eklenebilmektedir⁹⁵.

İnternetin sayılamayacak kadar çok olan imkânlarına rağmen, İnternette temel amaç iletişim kurmak ve böylece bilgiyi paylaşmaktır. Bu amacı gerçekleştirmeye yönelik olarak İnternetin yaygın olarak kullanılan işlevlerini şu şekilde sıralamak mümkündür:

A. Elektronik Posta (E-posta, E-Mail)

İnternet, birden fazla haberleşme ağının birlikte meydana getirdikleri bir iletişim ortamıdır. Diğer bir deyişle, İnternet bilgisayarlar arasında kurulmuş bir haberleşme ağıdır⁹⁶. Elektronik posta ise İnternet kullanıcılarının herhangi bir sunucuyu kullanarak ağ üzerinden başka kullanıcılarla iletişime geçebilmesini sağlayan elektronik mesaj iletim sistemidir. İngilizcede "*electronic mail*" teriminin kısaltması olan "*e-mail*", dilimizde "*elektronik posta*" ya da "*e-posta*" olarak bilinmektedir. E-posta, kısaca, resimli ya da resimsiz bir mesajın İnternet yoluyla iletilmesidir. Üstelik bir resim dosyasının, ses dosyasının ya da herhangi bir türden bir dosyanın mesaja eklenmesi ve bu şekilde diğer insanlara göndermekte mümkündür.

⁹⁵ YILDIZ, 19.

⁹⁶ SOYSAL, Tamer: "Elektronik Posta Yoluyla Kişilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk", ABBHD, y.2006, S.1, s. 47 (SOYSAL, Kişilik Hakkı).

Avrupa Birliği Parlamentosu'nun 2002/58/EC sayılı "Elektronik İletişimde Gizlilik Yönergesi"⁹⁷'nin 2/2-h maddesine göre e-posta, genel iletişim ağı üzerinden gönderilen ve ağda veya kullanıcıların depolama birimlerinde kaydedilebilen her türlü yazı, ses ya da resim mesajlarını ifade eder⁹⁸.

E-posta, başlangıçta sadece düz yazı mesajlar göndermek amacıyla geliştirilmişken, 1995li yıllardan sonra geliştirilen tekniklerle, e-posta içinde karmaşık yapıların, (resim, ses, video, html dokümanları, çalışabilir program vb.) kullanımı mümkün hale gelmiştir.

Bir kimseye elektronik bir ileti gönderildiğine göre bu iletinin gideceği geçerli bir adres olmalıdır. Elektronik ortamda bu adres, "e-posta (e-mail) adresi" olarak adlandırılır. E-posta adresi, çoğunlukla, kişinin kullanıcı numarası ve kullandığı sistemin İnternet/bitnet vb. adresinden oluşur. Örneğin hukuk@gazi.edu.tr, kullanıcı@adres.com gibi. Örneklerdeki adresler incelendiğinde, adresler "@" işareti ile ayrılmış iki kısımdan oluşmuştur. İlk kısım kişinin kendi sistemindeki kullanıcı numarasını; ikinci kısım ise, bulunduğu sistemin adresini belirtir. Bazı sistemler ilk kısımdaki kullanıcı numarası yerine başka isimlere de izin verir (aliasing). Bazı farklı ağlarda (Compuserve, UUCP⁹⁹ gibi) daha değişik e-posta adresleme formatları da mevcuttur.

E-postalarla birlikte postanın sonuna eklenerek bir dosya da gönderilebilir. Bu genellikle, eklenecek dosyanın adının e-postanın baş kısmında "Attachment:" şeklindeki bir alana yazılmasıyla olur. Eklenen dosyalar düz yazı olabileceği gibi resim, ses, program vb. ikili (binary)

⁹⁷ Directive 2002/58/EC of the European Parliament and of the Council of 12 July 2002 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the electronic communications sector (Directive on privacy and electronic communications). OJ., 31.7.2002, L. 201/37.

⁹⁸ EİGY için Bkz. http://www.dataprotection.ie/documents/legal/directive2002_58.pdf, (E.T.: 25.01.2010).

⁹⁹ Unix to Unix Copy: Unix'ten Unix'e kopya.

dosyalar da olabilir. Hemen hemen tüm e-posta programları standart olarak bu özelliği destekler.

MIME (Multipurpose Internet Mail Extensions - Çok Amaçlı İnternet Posta Uzantısı) olarak adlandırılan standart ile yazı şeklinde olmayan dosyaların gönderen bilgisayarda şifrelenmesi ve alıcı bilgisayarda çözümlenmesi (deşifre) sağlanmaktadır. Böylece postayı alan kişi, otomatik olarak, "attachment" olarak gelen dosyayı yerel diskine saklayabilmektedir.

Şuan için e-postaların mutlak anlamda güvenli bir iletişim aracı olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü e-postalar gönderilmek istenen kişiye giderken birçok alan adından geçebilir ve her alan adında süzgeçten geçerken kopyalanabilir. Onun da ötesinde e-postalar da en nihayetinde bir sunucu tarafından barındırılmaktadır ve sunucudaki en küçük bir bilgiyi dahi kontrol etme yetkisiyle donatılmış bir sistem yöneticisi mutlaka vardır. Böylesi yetkilerle donatılmış ya da bu yetkiyi bir şekilde ele geçirmiş olan kimseler e-postaların içeriklerinden haberdar olabilirler¹⁰⁰. Dolayısıyla gizlilik derecesi yüksek olan bilgileri içeren e-postaların gönderilmemesi gönderenin faydasına olacaktır.

B. Dosya Aktarım Protokolü (File Transfer Protocol) (FTP)

Dosya aktarım protokolü (FTP), İnternete bağlı bilgisayarlardan birinden diğerine iki yönlü olarak dosya aktarma olanağı sağlayan bir protokoldür. FTP ile iki şeyi yapmak mümkün hale gelmiştir: İlk olarak büyük boyutlu dosyaların herhangi bir sorunla karşılaşılmadan uzak mesafelere aktarılması ve ikinci olarak aktarılan dosyaların doğrudan bilgisayara kaydedilmesi ve orada saklanmasıdır¹⁰¹.

¹⁰⁰ Örneğin, AB temsilcisi Karen Fogg'un şifrelemeden gönderdiği e-postaları basına sızmıştır.

¹⁰¹ SINAR, 39.

FTP, dosyaların geniş kitlelere dağıtılması için geliştirilmiş bir uygulamadır. Yoksa kişiler arasında dosya paylaşımı için geliştirilmemiştir. Zaten kişiler arasındaki dosya paylaşımı için web sayfaları daha avantajlıdır. Çünkü web arayüzleri (web sayfaları) daha kullanışlı ve esnektir. FTP uygulamasında dosyalar merkezi bir bilgisayarda depolanır ve merkezi bilgisayar ile dosya paylaşımını isteyen bilgisayar arasında sunucu-istemci ilişkisi kurulur.

FTP sunucusunda paylaşım açılan dosyalar genellikle açık kaynak kodlu ve ücretsiz olarak dağıtılan çoklu ortam ürünleridir. Böylelikle telif haklarına ilişkin sorunlarla karşılaşılmasının önüne geçilmek istenmiştir. Örneğin Ankara Üniversitesi'nin FTP sunucularında¹⁰² Debian, Pardus, Ubuntu gibi açık kaynak kodlu ve ücretsiz olarak dağıtılan bilgisayar işletim sistemleri yayınlanmaktadır.

C. Forumlar

Forumlar, İnternetin asıl amacına, iletişime, hizmet eden web uygulamalarıdır. Forumlar aracılığıyla İnternet kullanıcıları belirli konuları tartışmak, fikir alışverişinde bulunmak üzere bir araya gelirler. İletişim, ekranda görünen metin aracılığıyla, sesli veya görüntülü canlı olarak alınan ya da gönderilen mesajlar ve cevaplarla kurulabileceği gibi, daha sonra okunan veya cevaplanan mesajlar aracılığıyla da olabilmektedir¹⁰³. Yani iletişim eş zamanlı (sekron) olabileceği gibi eş zamansız (asekron) da olabilir.

Tartışma ortamları e-posta aracılığıyla oluşturulduklarında bunlara posta listeleri adı verilir. Posta listeleri belirlenen konularda fikir alışverişinde bulunmak amacıyla kurulur ve posta listesine üye olan abonelerin e-posta adreslerinden oluşur¹⁰⁴. Liste yöneticisi kişi ya da programdır ve listeye üye

¹⁰² ftp://ftp.ankara.edu.tr/

¹⁰³ YILDIZ, 28.

¹⁰⁴ SINAR, 35.

olan abonelerin e-posta adreslerini bir veritabanında saklar. Grupta yer alan herhangi bir abone görüşünü, düşüncesini içeren e-posta iletisini listeye gönderir. Liste düzenleme servisi de aldığı bu e-postayı listeye üye bulunan abonelere dağıtır¹⁰⁵. Aboneler de bu mesaja cevap verdiklerinde, cevapları öteki abonelere aynı yöntemlerle iletilir. Böylece birbirlerini tanımayan ancak ortak ilgileri dolayısıyla posta listesine üye olan aboneler arasında fikir alışveriş trafiği kurulmuş olur.

Haber grupları ise e-posta listelerinden farklı olarak İnternet ağı (etkileşimli web sayfaları) üzerinden yapılmaktadır. Haber gruplarına abone olmak işletenin tercihindedir. Yani işletenin tercihine göre abonelik zorunlu tutulabilir. Günümüzde de hemen her tartışma forumundaki tartışmalara katılabilmek için abonelik gereklidir. Haber gruplarındaki tartışmalara gönderilen mesajlar doğrudan yayınlanabileceği gibi eğer abone olma zorunluluğu getirilmemişse, yayınlanmadan önce bir denetime de tabi tutulabilir.

D. Haber Ağları (Usenet¹⁰⁶)

Usenet, konularına göre hiyerarşik düzen içinde organize olmuş ve dünya üzerindeki milyonlarca ağ kullanıcısının birbirine bu konularda görüş ve düşüncelerini gönderdiği ve binlerce haber grubundan oluşan bir tartışma forumudur¹⁰⁷. Haber ağlarının temeli 1979 yılında Kuzey Carolina Üniversitesi'ndeki iki yüksek lisans öğrencisinin çalışmalarına dayanmaktadır¹⁰⁸. Bu tartışa forumuna abonelik gereklidir. İnternet kullanıcısı bu foruma abone olduktan sonra o gruba gelen bütün mesajları alabilir.

¹⁰⁵ SIRABAŞI, 137.

¹⁰⁶ STAIR, Ralph M./REYNOLDS, George/REYNOLDS, George W.: Principles of Information Systems: A Managerial Approache, B. 9, Boston 2009, s. 290; Ayrıntılı bilgi için Bkz. <http://www.po.metu.edu.tr/links/inf/css25/bolum4.html>, (E.T.: 10.02.2010).

¹⁰⁷ ÖZEL, S. Koruma, 153; KIRÇOVA/YILDIZ, 11.

¹⁰⁸ KAYIHAN, Şaban/YILDIZ, Habib: Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergi Boyutu, Ankara 2004, s.46.

Usenet en eski İnternet servislerindendir. Usenet'i oluşturan her haber grubunun bir adı vardır ve bu gruplar hiyerarşik olarak sınıflandırılmıştır. Bu yüzden hangi haber grubunun hangi konuyla ilişkili olduğu ve hiyerarşik düzen içinde nerede yer aldığı belirlenebilir¹⁰⁹.

Usenet sisteminin tamamı üzerinde mesaj trafiğini kontrol eden bir merkezi otorite bulunmadığından, Usenet'i bir kuruluş ya da bir örgüt olarak nitelemek mümkün değildir¹¹⁰. Ancak Usenet grupları bir işleten tarafından yönetilir ve yönetici mesaj trafiğini içerik açısından denetleyebilir.

Son olarak Usenet, İnternet hatlarının yanında UUCP, BITNET gibi hatlar üzerinden de kullanılabilir. Dolayısıyla Usenet İnternete özgü bir servis değildir. Usenet'te haber gruplarının mesajlarının gönderilmesi NNTP (Network News Transfer Protocol) (Ağ Haberleri Aktarım Protokolü) üzerinde gerçekleştirilir¹¹¹.

E. İnternet Aktarımlı Sohbet (Internet Relay Chat) (IRC)

IRC, birçok kişinin aynı anda ve karşılıklı mesajlar vasıtasıyla haberleşebildiği interaktif bir platform ve bunu sağlayan programlara denir. IRC eş zamanlı (senkronize) çalışan bir platformdur. IRC, dünya üzerindeki değişik kullanıcıların İnternete bağlı oldukları ve aynı sunucuyu ya da birbirine bağlı sunucuların ağlarını seçtikleri durumunda, birbirleri ile iletişim kurmalarını sağlar.

IRC'de sohbet etmek isteyen insanlar kanal olarak adlandırılan ve genellikle bir konusu olan alanlarda toplanırlar. Birisinin yazdığı ileti, o esnada kanalda bulunan herkese eş zamanlı olarak iletilir¹¹².

¹⁰⁹ SIRABAŞI, 137.

¹¹⁰ SINAR, 37; SIRABAŞI, 138.

¹¹¹ KOZIEROK, 1401; KIRÇOVA/ÖZTÜRK, 11.

¹¹² KIRÇOVA/ÖZTÜRK, 12.

F. Telnet

Telnet, İnternet ağı üzerindeki, çoklu kullanıcıya sahip uzak bir makineye bağlanmak için geliştirilen bir TCP/IP protokolü ve bu işi yapan programlara verilen genel bir addır. Bağlanılan makineye girebilmek için kullanıcı adına ihtiyaç vardır. Ayrıca bağlantının gerçekleştirilebilmesi için bir telnet erişim programının olması da gerekir. Fakat bazı kütüphane ve herkese açık telnet temelli web servisleri, bağlantı sırasında kullanıcı adı (ya da numarası) istemeyebilirler ya da kullanıcı adı ve şifre olarak ne yazılması gerektiği bağlantı esnasında otomatik olarak gözükür. Telnet erişim programları, günümüzdeki işletim sistemlerinin çoğunda işletim sistemi ile birlikte gelmektedir ve BBS (Bulletin Board Systems) sistemlere erişimde yaygın olarak kullanılmaktadır ¹¹³.

Telnet ile uzak bilgisayara bağlanıldığında, bağlanan bilgisayar uzaktaki bağlanılan bilgisayar ya da ağın herhangi bir kullanıcısı gibi işlem görür¹¹⁴. Telnet sistemi sahip olduğu bu özelliği sayesinde özellikle kütüphanelerde kaynak taraması yapmak amacıyla kullanılmaktadır¹¹⁵.

Telnet güvensiz bir protokoldür. Telnet protokolü kullanıcı adı ve şifresini bağlı bulunulan ağda kolaylıkla görebilecek bir format olan düz metin (plain text) düzeninde göndermektedir. Bu kullanıcı adı ve şifresinin ağı izleyen herhangi bir kimse tarafından kolaylıkla görülebileceği anlamına gelir. Eğer telnet ile ağa bağlı kimse, bağlı bulunduğu ağdaki herkese güveniyorsa Telnet kullanmasında bir sakınca yoktur. Fakat güvenlik hakkında en küçük bir endişe bile varsa, bağlanırken telnet kullanılmaması kişinin yararına olacaktır. Güvenlik endişeleri taşıyan kimselerin Telnet yerine veri alışverişini

¹¹³ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Telnet>, (E.T.: 20.10.2009).

¹¹⁴ KIRÇOVA/ÖZTÜRK, 11.

¹¹⁵ SINAR, 40.

şifreleyen SSH (Secure Shell) (Güvenli Kabuk) adlı bağlantı protokolünü kullanmaları önerilmektedir¹¹⁶.

V. İNTERNET ORTAMI

İnternet ortamında yapılan eylemler, yapıldığı yerin sınırlarını aşarak dünya çapında etkiler göstermekte, toplum düzeni de bu etkilerden payına düşeni almaktadır. İnternetin toplum üzerindeki çok büyük etkisine rağmen uzunca bir müddet bu etkilere sessiz kalınmış ve gerek kurum ve kuruluşlar gerekse devletlerin bizatihi kendisi adeta İnternetin bu ani çıkışının ve virüs gibi çok çabuk yayılışının şokunu yaşamışlardır. Ancak zaman içinde kişilik hakkı ihlalleriyle, fikri hak ihlalleriyle ve dahası ceza kanunlarının korumayı hedeflediği hakların ihlalleriyle İnternet ortamının adeta anarşi ortamına dönüşmeye başlaması üzerine, artık İnternet ortamının belli ölçülerde de olsa kontrol altına alınması gerektiği fikri ortaya çıkmıştır.

İnternetin kontrol altına alınmasının bir gereklilik olduğunu belirtenlerin kullanmayı düşündükleri araç, milli ve milletlerarası boyutlarda gerçekleştirilecek hukuki düzenlemelerdir¹¹⁷. Şüphe yok ki hukuki düzenlemeler bu konuda atılabilecek en etkili adımdır. Ancak genel olarak hukuk sistemlerine baktığımızda, mevzuat yapma tekniklerinin ve süreçlerinin İnternetin yapısına çok da uygun olmadığı görülmektedir. Çünkü yapılacak olan hukuki düzenlemeler açık ve net, sorunları çözmeye yönelik ve aynı zamanda da adil olmalıdır. İnternetin sahip olduğu özgür misyonu, çok teknik ve karmaşık yapısı, hemen her gün yaşanan teknolojik gelişmeler ise hukuki düzenlemeler yapılmasını bir o kadar zora sokmaktadır. Bu tür zorluklardan olacak ki birçok ülkede hukuki düzenlemeler yeni yeni yapılmaya başlanmıştır ve yapılanlarda da aksamalar yaşanmakta ve buna bağlı olarak hukuki düzenlemelerde değişiklikler yapılmaktadır.

¹¹⁶ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Telnet>, (E.T.: 20.10.2009).

¹¹⁷ SINAR, 45.

Bilgisayarları birbirine bağlayan bir iletişim ortamı olarak tanımlanan İnternet¹¹⁸, sadece bilgisayarları birbirine bağlamakla kalmamış, toplumu da bilgisayarlara bağlayarak ekonomik, sosyal ve kültürel hayatı büyük ölçüde etkilemiştir. Artık çoğu insan bir televizyon almak için mağaza mağaza dolaşmamakta, istediği marka ve modelin en uygun fiyata nerede satıldığını görmekte¹¹⁹, ödemesini de İnternet aracılığıyla yaptıktan sonra televizyonu evine gelmektedir.

İnternetin ekonomik, sosyal ve kültürel hayata etkisi göz önüne alındığında hukuk düzenin bu etkilere tepkisiz kalması düşünülemezdi. Bu yüzden diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de bir takım hukuki düzenlemeler yapılmıştır. Bu düzenlemelerde irdelenmesi gereken bir konu da İnternet ortamının ne olduğudur. Çünkü kanunun kapsamı bu tanım ile şekillenecektir.

5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”un 2. maddesi “İnternet ortamı”nı tanımlamıştır. Buna göre; “... haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan ve kamuya açık olan İnternet üzerinde oluşturulan ortamı...” ifade eder.

Şüphesiz ki kanunun içeriğinde yer alan bir takım kavramların “tanımlar” kenar başlığında tanımlanması şeklindeki yaklaşım isabetlidir. Çünkü kanun, düzenlediği alanın bir gereği olarak çok fazla teknik terim içermektedir. Ancak İnternet ortamına ilişkin olarak yapılan bu tanım, bilinmeyenle bilinmeyenle açıklamaya çalışması bakımından isabetli görülmemektedir. Çünkü İnternet ortamı “İnternet üzerinde oluşturulan ortam” olarak ifade edilmektedir.

¹¹⁸ ADALI, Eşref: “Kişisel Bilgilerin Korunması”, Bilişim ve İnternet Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar (Derleyen: Müslüm SAYLI, Derin AKDENİZ), Bursa 2001, s. 35.

¹¹⁹ Örneğin akakce.com, cimri.com gibi sitelere girdiğinizde herhangi bir marka ve modeli en ucuzundan en pahalısına doğru sıralanmış bir halde hangi mağazalarda satıldığını görebilirsiniz.

İnternet ortamı, haberleşme ile kişisel veya kurumsal bilgisayar sistemleri dışında kalan, kamuya açık, İnternet bağlantısı aracılığıyla erişilebilen bütün alanları ifade eder. İnternet ortamı herkese açık bir alandır¹²⁰. Bu bağlamda İnternette yayın yapan bütün web sayfaları ile bu sayfaların yazı, fotoğraf, video, grafik gibi elemanları, sunucular ve içerikleri İnternet ortamı olarak nitelenebilir. İnternet ortamı denilen şey aslında İnternet erişim alanlarıdır. Örneğin, herhangi bir bilgisayarda yerel bir sunucu (localhost) kurulsa, bu sunucu İnternette erişilebilir hale getirilmedikçe İnternet ortamından bahsedilemeyecektir. Aynı şekilde İnternete bağlı olan bir bilgisayarda barındırılan dosyaların da İnternet ortamına dâhil olduğunu söylemek mümkün değildir. Çünkü bu dosyalara İnternet aracılığıyla erişilemez. Bu dosyaların barındırıldığı ortam bilgisayar ortamıdır.

İnternetin bir sahibinin olmaması, coğrafi uzaklıkların anlamını yitirmesi ve mekân kavramından bağımsız olması dolayısıyla siber uzayın ve İnternetin bugün için yeni bir hukuk alanı olduğu kabul edilmektedir¹²¹.

VI. İNTERNETİN SÜJELERİ

Telekomünikasyon sektöründe yapılan büyük yatırımlar neticesinde İnternet, tüm dünya üzerinde etkin bir iletişim aracı olmuştur. İnternetin çok yönlü olarak kullanıcıların hizmetine girmesiyle birlikte de bir takım hukuki olgular ortaya çıkmış ve bu sebeple İnternet hizmetlerinin yerine getirilmesinde rol alan süjeler gündeme gelmiştir. İnternetin süjeleri olarak niteleyebileceğimiz bu kişi ya da kurumların yakından incelenmesi, onların sorumluluklarının tayini bakımından da önemlidir.

¹²⁰ ÇEKER, Mustafa: “İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu”, Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan, Ankara 2008, s. 249.

¹²¹ MEMİŞ, Tekin: “İnternet Ortamında Haksız Rekabet Halleri ve Türk Hukuku”, İnternet ve Hukuk, der: Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004, s.100 (MEMİŞ, Rekabet).

A. Telefon/Telekomünikasyon İdareleri

İnternet, intranet, extranet ve diğer ağ sistemleri genel haberleşme kanallarını kullanarak iletişim sağlarlar. Kullanılan bu haberleşme kanalları ya devletin telefon/telekomünikasyon idaresinin mülküdür ya da telefon/telekomünikasyon idaresinin kontrolü altındadır. Bu yüzden İnternet hizmeti sunmak isteyen İnternet servis sağlayıcıları telefon/telekomünikasyon idaresi ile anlaşma yaparak gerekli iletişim alt yapısını temin etmek zorundadırlar¹²².

Telefon/telekomünikasyon idaresinin bütün yetki ve sorumluluğu iletişim alt yapısını sağlamakla sınırlıdır. Bunun ötesinde telefon/telekomünikasyon idaresini kiraya verdiği iletişim hatları üzerinde yapılan yayınlardan dolayı sorumlu tutmak mümkün değildir.

Ülkemizde telekomünikasyon hizmetlerini Türk Telekom idaresi yerine getirmektedir ve Türk Telekom'un yerine getirdiği bu hizmet kamu hizmeti olarak nitelendirilir.

Her ne kadar Türk Telekom'un yerine getirdiği bu hizmet kamu hizmeti niteliğinde olsa da Türk Telekom ile İnternet servis sağlayıcıları arasında akdedilen sözleşmeler idari nitelikte değildir. Bu sözleşmeler özel hukuk nitelikli abonman sözleşmeleri olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle Türk Telekom ile İnternet servis sağlayıcıları arasında çıkan uyuşmalıklar özel hukuk hükümlerine tabidir ve adli yargı mahkemelerinde görülür¹²³.

¹²² TOPALOĞLU, 99.

¹²³ TOPALOĞLU, 100.

B. İnternet Servis Sağlayıcıları (Internet Service Provider) (İSS) (ISP)

İnternet servis sağlayıcıları, kullanıcıların İnternete bağlanmasını sağlayan, yani kullanıcılar ile İnternet arasında köprü görevi gören aracı gerçek veya tüzel kişilerdir. İnternet sistemi içerisinde en önemli aktör İnternet servis sağlayıcılarıdır. İnternet servis sağlayıcıları kendi bilgisayarlarını, kullanıcıların İnternete erişebilmeleri için giriş kapısı yaparlar. Dolayısıyla bir İnternet kullanıcısı, bir İnternet servis sağlayıcısı olmadan İnternete giremez¹²⁴.

İnternet bağlantıları telefon hatları aracılığıyla gerçekleştirilmektedir. Telefon/telekomünikasyon idareleri telefon hatları üzerindeki özel hatları İnternet bağlantıları için tahsis etmişlerdir. Bu özel hatlar, ağlar arası veri trafiğinin akmasını sağlamaktadır¹²⁵. İnternet servis sağlayıcıları, İnternet kullanım hizmeti vermek istediklerinde telefon/telekomünikasyon idareleri ile bir sözleşme akdederek bu özel hatlar üzerinde kullanım/kullanırma hakkı elde eder ve genellikle ücret karşılığında bu hakkı İnternet kullanıcılarına kiralar¹²⁶.

İnternet servis sağlayıcıları İnternete bağlantı sağlamak için çeşitli teknolojileri kullanırlar. Bunlar; Dial-up (çevirmeli ağ), DSL (Digital Subscriber Line), ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), Kablosuz İnternet (WAP) (Wireless Application Protocol), Kablo İnternet (Cable Internet Access), Leased Line (Kiralık Hat), Frame Relay, ISDN (Integrated Digital Services Digital Network) ve Uydu İnternet (SIA) (Satellite Internet Access) teknolojileridir.

¹²⁴ SIRABAŞI, 141; YILDIZ, 34; SINAR, 41; ÖZEL, S. Koruma, 157.

¹²⁵ SMITH, Graham J. H.: Internet Law and Regulation, B.4, Londra 2007, s.5.

¹²⁶ SIRABAŞI, 142.

İnternet servis sağlayıcıları açısından mevzuatımızda 2001 yılına kadar herhangi bir özel prosedür öngörülmemişken 28.03.2001 gün ve 24356 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, mülga, “Telekomünikasyon Hizmetleri Yönetmeliği” ile Telekomünikasyon Kurumu’ndan yetki belgesi alma zorunluluğu getirilmişti. Bu yönetmelik 26.08.2004 gün ve 25565 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan, mülga, “Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği” ile yürürlükten kaldırılmıştır. Son olarak 28.05.2009 gün ve 27241 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği”nin 29. Maddesi ile de 25565 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan Telekomünikasyon Hizmet ve Altyapılarına İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği yürürlükten kaldırılmıştır.

28.05.2009 gün ve 27241 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Yetkilendirme Yönetmeliği”nin geçici 1. maddesine göre; “Kablolu ve Kablosuz İnternet Servis Sağlayıcılığı kapsamında Kurumdan genel izin almak suretiyle kayıtlanmış olan işletmeciler, İnternet Servis Sağlayıcılığı için Kuruma bildirimde bulunmuş sayılırlar.” Buradan da anlaşılacağı üzere İnternet servis sağlayıcısı olmak isteyen gerçek veya tüzel kişiler Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu¹²⁷ tarafından genel izin çerçevesinde yetkilendirilmedikçe İnternet servis sağlayıcılığı faaliyetini yürütemezler.

İnternet servis sağlayıcıları, içeriği iletmeden önce içerik hakkında bilgi sahibi değillerdir¹²⁸. Bu durum İnternet servis sağlayıcılarının sorumluluğunun tayini bakımından önemlidir.

İnternet servis sağlayıcıları, İnternet bağlantısı sağlama hizmetinin yanında sunucu kiralama, alan adı işlemleri, sunucu barındırma, içerik sağlama gibi hizmetlerde sunabilirler. Ancak İnternet servis sağlayıcısı olarak

¹²⁷ Kurumun önceki adı “Telekomünikasyon Kurumu” iken, 5809 sayılı kanun ile “Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu” olarak değişmiştir.

¹²⁸ YILDIZ, 88.

nitelendirilebilmek için İnternet bağlantısı sağlama hizmetini sağlamaları gerekmektedir.

İnternet servis sağlayıcıların İnternet erişiminde üstlendikleri önemli rol ve konunun genişliği de dikkate alınarak, İnternet servis sağlayıcılarının sorumlulukları “İnternet ortamında kişilik hakkı ihlallerinin sonuçları” bölümde ele alınıp incelenecektir.

C. İnternet Erişim Sağlayıcıları (Internet Access Provider) (İES) (IAP)

İnternet erişim sağlayıcıları, İnternet toplu kullanım sağlayıcılarına (günlük dildeki İnternet kafelere) ve abone olan kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan gerçek veya tüzel kişileri ifade eder. İnternet erişim sağlayıcıları iletişimde bulunmamakta, sadece başkasına ait içeriklere ulaşılmasına, iletişimde bulunulmasına, aracılık etmektedirler. İnternet erişim sağlayıcıları başkalarına ait bilgileri kendi sunucularında barındırmazlar¹²⁹.

İnternet erişim sağlayıcıları, çoğu kez İnternet servis sağlayıcılar ile aynı anlamda kullanılmaktadır¹³⁰. Ancak İnternet servis sağlayıcısı sadece erişim hizmeti veriyor ise yani başkalarına ait bilgileri sunucularında barındırmıyor ise erişim sağlayıcı adını alır¹³¹.

5651 sayılı “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun”un 2/e maddesine göre; “erişim sağlayıcı, kullanıcılarına İnternet ortamına erişim olanağı sağlayan gerçek veya tüzel kişileri” ifade eder. 24.10.2007 gün ve 26680 sayılı Resmî Gazete’de yayımlanan “Telekomünikasyon Kurumu

¹²⁹ YILDIZ, 32; ÖZEL, S. Koruma, 158.

¹³⁰ SINAR, 42.

¹³¹ YILDIZ, 89.

Tarafından Erişim Sağlayıcılara ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine İlişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik” hükümlerine göre ise, erişim sağlayıcı olabilmek için sermaye şirketi olmak gerekmektedir. yani gerçek kişiler erişim sağlayıcı olamazlar. Dolayısıyla kanun maddesi yönetmelik ile daraltılmıştır. Erişim sağlayıcılığı faaliyeti bir telekomünikasyon hizmetidir. 406 sayılı Telefon ve Telgraf Kanununa göre; bir kimsenin herhangi bir telekomünikasyon hizmeti verebilmesi için Telekomünikasyon Kurumu tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir. Bu itibarla, sermaye şirketi olan işletmeciler erişim sağlayıcılığı faaliyetinde bulunabilecektir.

Kamu kurum ve kuruluşları ile üniversiteler erişim sağlayıcı olarak değerlendirilmemektedir. Ancak bunlar aşağıda açıklanacağı üzere, şartları varsa, yer sağlayıcısı faaliyet belgesi almak zorundadırlar.

Erişim sağlayıcı olmak isteyen başvuru sahibinin aynı zamanda kablolu ve kablosuz İnternet servis sağlayıcılığı kapsamında kayıtlanması halinde, bu kayıtlama bildirimi erişim sağlayıcılığı faaliyet belgesi yerine de geçecek olup ayrıca bir belge düzenlenmez (26680 sayılı R.G.’ de yayımlanan yönetmelik m. 10/2). Madde metninden de açıkça anlaşılacağı üzere, İnternet servis sağlayıcıları erişim sağlayıcılığı faaliyetinde de bulunmak isterlerse bunun için ayrıca izin almalarına gerek yoktur.

5651 sayılı Kanun’un 6. Maddesinde erişim sağlayıcıların yükümlülükleri düzenlenmiştir. Buna göre; “Erişim sağlayıcı;

a) Herhangi bir kullanıcısının yayınladığı hukuka aykırı içerikten, bu Kanun hükümlerine uygun olarak haberdar edilmesi halinde¹³² ve teknik olarak engelleme imkânı bulunduğu ölçüde erişimi engellemekle,

¹³² 30.11.2007 tarih 26716 sayılı R.G.’ de yayımlanan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik’in 8. maddesine göre, haberdar etme işini Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı yapacaktır.

b) Sağladığı hizmetlere ilişkin, yönetmelikte belirtilen trafik bilgilerini altı aydan az ve iki yıldan fazla olmamak üzere yönetmelikte belirlenecek süre kadar saklamakla ve bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü ve gizliliğini sağlamakla¹³³,

c) Faaliyetine son vereceği tarihten en az üç ay önce durumu Kuruma, içerik sağlayıcılarına ve müşterilerine bildirmek ve trafik bilgilerine ilişkin kayıtları yönetmelikte belirtilen esas ve usullere uygun olarak Kuruma teslim etmekle yükümlüdür.

Erişim sağlayıcı, kendisi aracılığıyla erişilen bilgilerin içeriklerinin hukuka aykırı olup olmadıklarını ve sorumluluğu gerektirip gerektirmediğini kontrol etmekle yükümlü değildir.

Birinci fıkranın (b) ve (c) bentlerinde yer alan yükümlülüklerden birini yerine getirmeyen erişim sağlayıcısına Başkanlık tarafından idarî para cezası verileceği de maddenin son fıkrası ile öngörülmüştür.

30.11.2007 tarih 26716 sayılı R.G.'de yayımlanan ve 5651 sayılı Kanun gereğince çıkartılan "İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik" in 8. Maddesi erişim sağlayıcıların yükümlüğünü düzenlemiştir. Bu yönetmelik 5651 sayılı Kanunun 6. Maddesindeki yükümlülüklerle ek olarak aşağıdaki yükümlülükleri getirmiştir:

Faaliyete başlamasından itibaren her ay düzenli olarak, her erişim yöntemine ilişkin kullanacağı erişim numaralarını ve toptan hizmet verdiği abonelere ilişkin bilgileri Başkanlığa göndermekle,

¹³³ Yayınlanan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Yönetmeliğin 8/1-b maddesine göre erişim sağlayıcılar trafik bilgilerini 1 (bir) yıl saklamakla yükümlüdürler.

Başkanlık ile aralarındaki bağlantıdan erişimi engellenecek adreslere ilişkin gönderilecek bilgileri kendi sistemlerinde derhal uygulanabilmesi için, gerekli olan donanım ve yazılımı kurarak lazım olan düzenlemeleri yapmakla,

Kullanıcılarına vekil sunucu hizmeti sunuyor ise; vekil sunucu trafik bilgisini bir yıl saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte muhafaza etmek ve gizliliğini temin etmekle yükümlüdür.

D. İnternet İçerik Sağlayıcıları (Internet Content Provider) (İİS) (ICP)

5651 sayılı Kanunun 2/1-f maddesine göre; “içerik sağlayıcı, İnternet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya kişileri” ifade eder. Yani içerik sağlayıcı, İnternet kullanıcıları tarafından ulaşılabilen herhangi bir İnternet yayınının içeriğini hazırlayan, bilgiyi üreten gerçek veya tüzel kişidir¹³⁴. Örneğin bir web sitesini hazırlayan ve hazırladığı bu içeriği İnternet ortamına servis sağlayıcısı vasıtasıyla aktaran kişi (webmaster), içerik sağlayıcı konumundadır.

İnternet ortamında erişim imkânı bulunan sunucular da içerik sağlayıcı niteliğindedir.

Gerek 5651 sayılı Kanunun 4. maddesinde gerekse 30.11.2007 tarih 26716 sayılı Yönetmeliğin 6. maddesinde içerik sağlayıcılarının sorumlulukları aynı şekilde düzenlenmiştir. Buna göre; “İçerik sağlayıcı, İnternet ortamında kullanıma sunduğu her türlü içerikten sorumludur.

¹³⁴ SINAR, 41.

İçerik sağlayıcı, bağlantı sağladığı başkasına ait içerikten sorumlu değildir. Ancak, sunuş biçiminden, bağlantı sağladığı içeriği benimsediği ve kullanıcının söz konusu içeriğe ulaşmasını amaçladığı açıkça belli ise, genel hükümlere göre sorumludur.”

E. Sunucu (Server)

Sunucu, dijital verilerin saklandığı manyetik bir ortam ve ağdaki diğer bilgisayarlara hizmet sağlayan bir bilgisayar ya da bilgisayar programıdır¹³⁵. Eğer sunucular aynı zamanda servis sağlayıcı değilse bir servis sağlayıcıdan destek almaları gerekmektedir. Servis sağlayıcılar da hizmetlerini yerine getirebilmek için sunuculardan yararlanırlar.

Sunucuyu, İnternet ortamındaki verilerin yayımlanmasını sağlayan bir sistem olarak da ifade edebiliriz. Bu sistem donanım ve yazılımların birleşiminden oluşur. Bilgisayar sunucuları olarak nitelendirilen makineler, günlük yaşamda kullanılan bilgisayarlardır. Bu bilgisayarlar sürekli olarak açık tutuldukları için genellikle klimalı odalarda tutulurlar. Bu bilgisayarların depo sürücülerinde (harddisklerinde) barındırılan web sayfaları yazılım sunucuları vasıtasıyla İnternet ortamındaki yerlerini alırlar.

Yazılım sunucuları, web sayfalarının İnternet kullanıcılarına servis edilmesini sağlar. Bu bakımdan web sayfalarının hangi programlama dili ile yazıldığıнын önemi büyüktür. Örneğin PHP (Personel Home Page) (Kişisel Anasayfa) dili ile yazılan bir web sayfasında genellikle Apache adlı sunucu programı kullanılır. Bu programın temel görevi, PHP ile yazılan web dosyalarındaki verileri alarak PHP kurallarına göre derlemektir. Ardından derlenen bu veriler ekrana yazdırılır. Örneğin;

```
for ($i=1; $i<=10; $i++){
    echo $i.'&nbsp;';
}
```

¹³⁵ ÖZEL, S. Koruma, 157.

Şeklindeki bir program parçası, sunucu olmaksızın web ortamına aktarılrsa ve web tarayıcısı vasıtasıyla ulaşılsa, sayfa görüntülenemez. Ancak aynı program parçasına yazılım sunucusu yüklü ve çalışırken ulaşılsa, ekranda 1den 10a kadar rakamlar, aralarında bir boşluk bırakılmış halde sıralanacaktır.

F. İnternet Yer Sağlayıcısı (Web Host Provider) (Host) (İYS) (WHP)

Host'un kelime anlamı "barındırmak" demektir. İnternetin aktif bir elemanı olan host'un İnternet ortamındaki anlamı da tam olarak budur. Host, İnternet yoluyla erişilebilen dijital bir depolama birimidir¹³⁶. Yani web sayfalarının sanal ortamda barındırıldığı yerdir. İnternet sayfaları için hazırlanan yazı, resim, ses vb. dosyaların İnternet ortamında bir sürücü üzerinde saklanması gerekir. Bu işi de genellikle servis sağlayıcılar üstlenmektedir.

İnternet servis sağlayıcıların içerik sağlayıcıya (webmaster'a) ait web sayfalarını kendi bilgisayarlarında depolaması ve buradan da doğrudan İnternet bağlantılarını kullanarak İnternet ortamında erişilebilir hale getirmesi "hosting" hizmeti olarak nitelendirilir. Bu barındırma hizmetleri, İnternet servis sağlayıcıların çok yoğun bir şekilde uğraştığı bir hizmet alanıdır¹³⁷.

Barındırma hizmeti, 5651 sayılı Kanunda yer sağlayıcılığı olarak nitelendirilmiştir. 5651 sayılı kanunun 2/1-m maddesine göre, "yer sağlayıcı, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır.

5651 sayılı Kanunun 5. maddesi "yer sağlayıcının yükümlülükleri"ni düzenlemiştir. Buna göre; "Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek

¹³⁶ SMITH, 16.

¹³⁷ YILDIZ, 92; SIRABAŞI, 145.

veya hukuka aykırı bir faaliyetin söz konusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.

Yer sağlayıcı, yer sağladığı hukuka aykırı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu 5651 sayılı Kanunun 8 inci ve 9 uncu maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkân bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür.”

30.11.2007 tarih 26716 sayılı Yönetmeliğin 7. maddesi, 5651 sayılı Kanunun 5. maddesine ek olarak yer sağlayıcıya iki yükümlülük daha getirmiştir. Buna göre; “Sunucu barındırma hizmeti dâhil, yer sağlamakla ilgili hizmetlerinde yönetmeliğin (a) bendindeki hükümlere uymakla,

Yer sağlayıcı trafik bilgisini altı ay saklamakla, bu bilgilerin doğruluğunu, bütünlüğünü oluşturan verilerin dosya bütünlük değerlerini zaman damgası ile birlikte saklamak ve gizliliğini temin etmekle yükümlüdür.”

VII. İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKLARININ İHLÂL TÜRRLERİ

A. Genel Olarak

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâli son yıllarda İnternet hukukunun en çok üzerinde durduğu konuların başında gelmektedir. Çünkü İnternet kullanıcıları kendilerini gerçek dünyada olduklarından çok daha fazla rahat ve özgür hissetmektedirler. Bu özgürlük hissi çoğu zaman İnternet kullanıcılarını başkalarının haklarına müdahale konusunda adeta kışkırtmaktadır.

İnternetin ilk icadından yakın zamanlara kadar, İnternet ortamında yapılan yazışmalar ve tartışmalar, çoğu zaman kaba ve hatta kişilik haklarını ihlâl eder nitelikte olsa dahi İnternetin özgür yapısını korumak adına

desteklenmekteydi¹³⁸. Çünkü İnternetin denetimsiz bir iletişim ağı olması İnternette yer alan argümanların içeriğinin de denetimsiz olacağı şeklinde bir kanaat uyandırmıştı. Ancak günümüzde, gerek İnternetin toplum tabanına yayılarak aileler ve çocukları tarafından da kullanılması gerekse İnternet ortamında karşılaşılan kişilik hakkı ihlallerindeki büyük artış devletleri bu konuda önlemler almaya itmiştir.

Kişilik haklarının İnternet ortamında daha fazla ihlâl edilmesinin bir diğer nedeni de kişilik haklarını ihlâl eden kişinin, çoğu zaman suç failinin, eylemini gerçekleştirdikten sonra kendini kolayca gizleyebilmesidir. Fail İnternet ortamında hiç olmadığı kadar rahat ve eylemini gerçekleştirmek konusunda kararlı davranır. Çünkü bilir ki ekranın karşısında olmak haksız fiil mağdurunun karşısında olmaktan daha kolaydır. Keza İnternet yoluyla kişilik haklarına saldırdıktan sonra kaçmak, gerçek yaşamda kişilik haklarına saldırıda bulunup kaçmaktan da daha kolaydır.

Her ne kadar İnternet ortamında kişilik haklarını ihlâl eden ve bu nedenle hukuki ve cezai anlamda sorumlu olan fail, İnternette iken ardında büyük bir iz olarak IP adresini ya da İnternet kafelerde mevzuattan kaynaklanan zorunluluk nedeniyle güvenlik kamerası kayıtlarını bırakıyor olsa da bu iz bile bazen faili ortaya çıkarmada yetersiz kalmaktadır. Özellikle İnternet konusunda belli bir birikimi olmuş, belli bir mesafeyi kat etmiş olan failler IP adreslerini ve İnternete bağlandıkları esnasında kendilerini ele verebilecek diğer bilgileri gizlemeye çalışmaktadırlar. Örneğin kişi İnternete doğrudan bağlanmamakta, *Proxy sunucu* olarak nitelendirilen aracı sunucular vasıtasıyla İnternete bağlanmaktadır. Hatta fail, kimliğini gizleyebilmek için basit bir web tarayıcısı yaparak onunla web sayfalarına erişebilmektedir.

Son olarak İnternetin sahip olduğu “sınırsızlığın” getirdiği bir takım sıkıntılardan da bahsetmek yerinde olacaktır. Bilindiği gibi İnternet küresel bir

¹³⁸ SIRABAŞI, 171.

iletişim ağı olduğu için coğrafi sınırlar İnternet ortamı için bir anlam ifade etmemektedir. Bu bağlamda gündeme gelen sorun, sınır ötesinden ya da sınır ötesine yapılan kişilik hakkı ihlâllerinde saldırıda bulunan kişiye ulaşmadaki zorluktur. Konuya ceza hukuku açısından bakıldığında, teorik olarak her ne kadar ceza kanunlarının mülkiliği ve şahsiliği prensiplerinden hareketle suçun faili nerede olursa olsun cezalandırılabilir ise de suç çoğu zaman devletlerarası diplomatik ilişkiler trafiğine takılarak cezasız kalmaktadır. Aynı şekilde kişilik haklarına yapılan müdahaleler neticesinde saldırıda bulunan kişiye özel hukuk anlamında bir yaptırım uygulanmak istenildiğinde bu kez de devreye kanunlar ihtilafı girmektedir ve bu çetrefilli uğraşlar esnasında haksız fiili ika eden kimseye etkili bir yaptırım uygulanamamaktadır. Örneğin Türkiye dışında yayın yapan bir web sitesinde 5651 sayılı Kanunda erişimin engellenmesini gerektirecek bir yayın yapıldığında (bir eylemde bulunulduğunda) saldırıda bulunan hakkında yapılabilecek fazlaca bir şey olmadığından, yayının yapıldığı siteye Türkiye’den erişim engellenmektedir. Ancak bu, bazen Türk İnternet kullanıcılarını cezalandırmak şeklinde bir duruma da dönüşebilmektedir. Çünkü binlerce web sayfasından oluşan bir web sitesinin, sadece bir sayfasında erişimin engellenmesini gerektirecek bir olguya rastlandığı için sitenin tüm sayfalarına erişim engellenmektedir.

İnternetin sınırsızlığıyla ilgili, özet olarak denebilir ki, İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlâllerinde adaletin temini yani mağdurun zararının giderimi yapılan saldırı kadar hızlı olamamaktadır.

B. İnternet Ortamında Kişilik Hakkı İhlâllerinin Türleri

İnternetin özgür yapısı dolayısıyla kişilerin özel hayatlarına, şeref ve haysiyetine saldırı ve kişilerin gizli bilgilerin ortaya dökülmesi eylemleri çok daha kolay gerçekleştirilmekte ve dahası kolayca gerçekleştirilebilen eylemler geniş kitlelere ulaşmaktadır.

Bilgisayarın arkasına saklanması dolayısıyla kendini güvende hisseden kişi psikolojik olarak yanıltıcı mesafe ile yanıltıcı samimiyetin birleşmesinden etkilenmektedir¹³⁹. Öte yandan gerek kanuni düzenlemelerdeki eksiklikler dolayısıyla ortaya çıkan boşluklar ve gerekse İnternet ortamının teknik ya da programsal boyutundan kaynaklanan boşluklar hakları ihlâl etme ve dahası suç işleme eğilimde olan insanları cesaretlendirmektedir.

İnternet aracılığıyla kişilik haklarının ihlâli sınırlı sayıda değildir. Teknolojideki gelişmelere ve değişimlere paralel olarak İnternet aracılığıyla kişilik haklarının ihlâli karşımıza değişik biçimlerde çıkmaktadır. Bilim ve teknoloji her geçen gün yeni ilerlemeler kaydettiğinden bu ilerlemelere paralel olarak yeni ihlâl türleri ortaya çıkabilmektedir. Gerek teknolojinin gerekse kişilik haklarını oluşturan kişisel değerlerin zamana göre farklılık göstermesinden dolayı İnternet aracılığıyla kişilik hakkı ihlâllerinin türleri de zamana göre farklılık gösterir¹⁴⁰.

İnternete yönelik mevzuat çalışmalarının son yıllarda yapılmaya başlanması, İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlâllerinin hiçbir hukuki yaptırımının olmadığı anlamına gelmez. Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu kişilik hakkı ihlâllerine hangi türden yaptırımlar öngörmüşse, kişilik hakları hangi ortamda ihlâl edilmiş olursa olsun bu yaptırımlar uygulama alanı bulur¹⁴¹. Bu bakımdan ceza hukukunda geçerli olan “suçta ve cezada kanunilik ilkesi” geçerli değildir. Ancak İnternet ortamında kişilik haklarını ihlâl eden davranış aynı zamanda ceza kanunlarında tanımlı, tipe uygun, bir suç oluşturuyor ise bu davranışın cezai yaptırımlar ile tazyik edilmesi olağandır.

¹³⁹ SIRABAŞI, 173.

¹⁴⁰ SIRABAŞI, 173.

¹⁴¹ ÖZEL, S. Koruma, 168.

1. Alan Adları (Domain Name) Yolu İle Kişilik Haklarının İhlali

a. Genel Olarak Alan Adları

Alan adları İnternet üzerinden web sitelerine ulaşmak için kullanılan ulaşım adresleridir. Alan adları, bir alan adı sicil dairesi yahut sicil memuru ya da alan adı kaydetmeye yetki bir otorite tarafından kaydedilen yahut atanan, İnternetteki elektronik bir adres gibi herhangi bir alfanümerik terimdir¹⁴². İnternetteki her web sitesinin kendisine ait özel bir adresi vardır. Bu adresler IP adresleridir. IP adresleme işlemlerinde hiyerarşik yapı kullanılır. Bir IP adresi 32 bitlik bir sayıyı ifade eder. Bunun anlamı teorik olarak 232x4000000000 (232x4milyar) bilgisayar İnternet ağına bağlanabilir. 32 bitlik IP adresleri yazımı ve gösterimi kolay olsun diye 8 bitlik 4 parçaya bölünmüştür¹⁴³. Örneğin Gazi Üniversitesi'ne ait bir IP 194.27.18.12 gibi bir sayı şeklindedir.

Günümüzde kullanılan IP sistemi 1970li yıllarda geliştirilen IPv4, yani IP adres sisteminin dördüncü sürümüdür. Günümüzde IPv4'ün yeni adres alanları için yetersiz olduğu ifade edilmektedir. Bunun için 1992 yılında IPv6 olarak bilinen yeni adres alanları geliştirmek için bir çalışma grubu kurulmuştur ve ilk standart 1995 yılında ortaya çıkmıştır. IPv6, IP adres alanlarını daha da genişletmiş ve onu daha da verimli hale getirmiştir. IPv6 ile IP adresi 32 bitten 128 bite çıkarılmıştır¹⁴⁴. Yani IPv4 adresleme sisteminde bir IP adresinin bit değeri 2^{32} iken IPv6 adresleme sisteminde bir IP adresinin bit değeri 2^{128} 'e çıkartılmıştır.

İnternet ağına bağlı milyonlarca web sitesi bulunmaktadır. Dolayısıyla milyonlarca web sitesi kadar da milyonlarca IP adresi vardır. İnternet

¹⁴² GIRESA, Roy J.: Cyberlaw National and International Perspectives, New Jersey 2002, s. 224.

¹⁴³ ÖZDİLEK, Ali Osman: Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku, B.1, İstanbul 2006, s.2 (ÖZDİLEK, Bilişim).

¹⁴⁴ LINDSAY, David: International Domain Name Law, Oxford 2007, s.6; BOZBEL, Savaş: İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü, Ankara 2006, s. 24 (BOZBEL, Tahkim).

kullanıcıları web sitelerini ziyaret etmek istediklerinde sadece bu IP adresleri ile sitelere bağlanmak zorunda bırakılsalardı bu IP adreslerinin akılda tutulması çok güç ve hatta imkânsız olurdu. Diğer yandan, herkesin bir adının olmasından, insanların bu sahip oldukları adları ile anılmasından ve teşhislerinin sayısal sistemlere nazaran daha kolay olmasından hareketle bilgisayarlara ve sistemlere erişim için kişi adları gibi adlar verilmesi gündeme gelmiştir¹⁴⁵. Bu ve benzeri sebeplerle alan adı sistemine geçilmiştir. Alan adları özgülendikleri IP adreslerini ifade etmek üzere kullanılırlar.

Alan adı sistemi İnternet kullanıcılarının İnterneti kolay kullanmalarını sağlayan merkezi bir fonksiyona sahiptir. Bu merkezi fonksiyon ise iki birleşenin yardımıyla yerine getirilir. Bu iki birleşen alfa nümerik bir alan adı ve bir IP adresidir¹⁴⁶. Alan adı sistemi okunması ve akılda kalması kolay ve genellikle alan adı sahipleri ile ilişkilendirilebilen simgesel isimlerle yapılan ve karşılık geldiği IP adreslerini bulan ve kullanıcıyı bu IP adresinin bağlı bulunduğu sunucuya yönlendiren sistemdir¹⁴⁷. Alan adları bir kişi veya kuruluşu tanıtmak üzere ve nasıl kullanıldıklarına bağlı olmakla birlikte çoğu kez bir malı veya hizmeti tanıtmak amaçlı olarak kullanılırlar¹⁴⁸.

Alan adlarının kayıtlarının tutulduğu geniş veri tabanlarında (registry) alan adlarının yanında bu alan adlarına karşılık gelen IP adresleri de bulunur. Bu veri tabanları alan adları ve IP adreslerini eşleme fonksiyonu görürler. İnternet kullanıcı bir alan adını web tarayıcısının adres satırına yazdığı anda, bir web yazılımı otomatik olarak bu alan adını IP sayısal değerine dönüştürür,

¹⁴⁵ YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın korunması”, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, y. 1999 - 2000, S. 1 - 2, İstanbul 2001, s. 1006 (YILDIRIM, İsim).

¹⁴⁶ IŞIKLI, Hasibe: İnternet Alan İsimleri Sistemi Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki, DPT Yayını, Ankara 2001, s.10.

¹⁴⁷ ÖZDİLEK, Bilişim, 2.

¹⁴⁸ NALBANTLIOĞLU, Lerzan: “İnternette Alan Adı Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlali”, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu, TBD, Ankara 2001, s.215.

ilgili servis sağlayıcısına iletir ve böylece alan adına karşılık gelen web sayfası web tarayıcısında gözükür¹⁴⁹.

Alan adlarının temel özelliği, kaydedilen bir alan adının bir daha kaydedilememesidir. Yani kaydedilen bir alan adı üzerinde kaydeden kişinin tekel hakkı vardır. Bu ilke “ilk gelen alır” yani “first come, first served” şeklinde tanımlanır¹⁵⁰. Dolayısıyla kayıtlı alan adlarının her birinden dünyada yalnızca bir tane vardır.

Alan adları internete bağlı bulunan bilgisayarların herhangi bir bilgisayarın adresi, onun kimliğidir. Dolayısıyla bir kişi ya da kurumu tanıtmaya işlevleri yoktur¹⁵¹. Bu sebeple alan adları bir marka olarak nitelenemez. Herhangi bir adı alan adı olarak kaydettirmek isteyen kimse, alan adı kaydetmeye yetkilendirilmiş bir site aracılığıyla alan adını, çoğu kez, ücreti mukabilinde kaydettirir. Bu kayıtla birlikte alan adına karşılık gelen bir IP adresi kişiye tahsis edilir. Eğer o ad daha önceden alan adı olarak kaydedilmişse, istenilen alan adı veritabanında gözükeceği için kayıt gerçekleşemeyecektir. Bu işlemler günümüzde bir karşı sözleşme olmaksızın, alan adını kaydettiren kişi adeta bilgisayar programı ile sözleşme yaparak gerçekleşmektedir. Burada da açıkça görüleceği üzere alan adı tescili ile marka tescilindeki süreç tamamen birbirinden farklıdır. Dolayısıyla alan adı kaydı yaptıran kimse marka anlamında bir tescil yaptırmamaktadır. Sadece bir alan adı kaydı yaptırır ve bu suretle verilerini İnternet ortamında sunma imkânı elde eder. Buna rağmen bazı durumlarda alan adının kullanımı marka hakkının tecavüzü anlamına da gelebilir. Örneğin markalar siciline tescil edilmiş bir markanın, markayı kullanma yetkisine sahip kimseler dışında bir kimse tarafından alan adı olarak kaydettirilmesinde durum

¹⁴⁹ IŞIKLI, 10.

¹⁵⁰ YILDIRIM, Mustafa Fadıl: “İnternet Alan İsimlerini Tescil Eden Kuruluşların Sorumluluğu”, Prof. Dr. Fahman Tekil’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 685 (YILDIRIM, Sorumluluk); CHISSICK, Michael/KELMAN, Alistair: Electronic Commerce Law and Practice, B.2, Londra 2000, s.23; NOMER, Fusun: “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, C.1, İstanbul 2001, s. 399.

¹⁵¹ NOMER, 400.

böyledir. Böyle bir durumda alan adlarına markalar hakkındaki hükümler uygulanır¹⁵². Ancak 24.06.1995 tarih ve 556 sayılı “Markaların Korunması Hakkında Kanun Hükmünde Kararname”nin 7. Maddesi gereğince marka olarak tescil edilemeyecek işaret ve kavramların MHKHK hükümlerine göre korunması mümkün değildir.

b. Alan Adlarının Önemi

Alan adlarının IP adreslerinin yerine kullanılması dolayısıyla sağladığı kolaylık şöyle dursun, alan adları günümüz bilgi çağında kişi ya da kurumların adeta kimliklerini ortaya koyan bir misyona bürünmüşlerdir. İnternet, hız ve yetenek olarak büyük ilerlemeler kaydetmesine karşılık birim fiyatındaki azalmalar dolayısıyla daha geniş kitleler tarafından kullanılmaya başlanmıştır. Artık bireyler bir mal veya hizmeti satın almak istediklerinde öncelikle mal veya hizmeti arz eden kişi ya da kurumların web sitelerini ziyaret etmekte, gerekli araştırmayı yaparak ondan sonra alışveriş aşamasına geçmektedirler. Günümüzde birçok işletme kendilerine bir web sitesi oluşturarak hem reklamlarını yapmakta hem de müşterilerine değişen ürün yelpazesini daha çabuk ulaştırmakta ve mal ve hizmetlerini İnternet aracılığıyla pazarlamaktadır¹⁵³. Ayrıca fiziken bir alışveriş mağazasına sahip olmaksızın sadece İnternet üzerinden web siteleri aracılığıyla mal veya hizmet arzı yapan kişi ya da kuruluşlar da mevcuttur. Sadece İnternet üzerinden satış yapan bir mağazanın genel müdürü 2007 yılında 1 milyon 800 bin adet ürün teslimi gerçekleştirdiklerini ve 2008 yılında online perakende cirolarının 500 milyon doları aşacağını tahmin ettiklerini belirtmiştir. Bir başka rakamsal veriye göre, İnternet üzerinden oynanan kumar, bahis gibi şans oyunlarının yıllık cirosu 1 milyar dolar civarındadır¹⁵⁴.

¹⁵² MEMİŞ, Rekabet, 117.

¹⁵³ MEMİŞ, Tekin: “İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, MHB, Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan, y. 1999 - 2000, S. 1 - 2, İstanbul 2001, s. 516 (MEMİŞ, Rapor).

¹⁵⁴ http://www.polis.web.tr/article_view.php?aid=6770, (E.T.: 03.11.2009).

Bu açıdan bakıldığında alan adları, mal veya hizmet arzı yapan kişi ya da kuruluşların gelirlerinde önemli bir yere sahiptir.

Öte yandan bir kurum hakkında bilgi sahibi olmak isteyen İnternet kullanıcıları bu kurumun web sitesini ziyaret etmek suretiyle kurum hakkında bilgi ve kanaat sahibi olurlar. Dolayısıyla bir kurumun alan adı, o kurumun ciddiyetinin ve ne kadar kurumsallaştığının da göstergesi olabilir. Örneğin, elma satan iki firmadan birinci firmanın web sitesinin adı “www.elmaci.com” ve diğer firmanın web sitesinin adı da “www.elmaci.ucretsizblog.com” şeklinde olsa, bu iki firmanın da web sitesini ziyaret eden bir İnternet kullanıcısında birinci firmanın daha ciddi ve kurumsallaşmış bir firma olduğu şeklinde bir kanaat uyanır.

Alan adları haksız rekabet¹⁵⁵ bakımından da önemli bir yere sahiptir. Alan adlarının tescili ve kullanılması aynı veya benzeri ad ile faaliyet gösteren başka kişi veya kuruluşlar arasında haksız rekabete yol açabilmektedir. Özellikle tescil edilmemiş ancak fiilen kullanılan marka, ticarî unvan vb. ticarî isimlerin hak sahibi olmayan bir üçüncü kişi tarafından alan adı olarak tescil edilmesinde ve kullanılmasında haksız rekabete ilişkin kuralların uygulanması gündeme gelmektedir. Bir başka haksız rekabet hali ise cins ve meslek isimlerinin veya tanınmış diğer isimlerin alan adı olarak tescilinde ortaya çıkmaktadır¹⁵⁶.

Markaların ülkesel düzeyde koruma altına alınmış olmasına karşılık alan adlarının yalnız bir defaya mahsus olarak kaydedilebilmesi karşısında da belli şartların varlığı halinde haksız rekabete ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Örneğin yurtdışında bir marka oluşturup tescil ettiren kişi bu markanın Türkiye’de alan adı olarak kaydettirilmesi karşısında marka hukuku anlamında bir koruma talep edemez. Ancak bu kişi Türkiye’de de

¹⁵⁵ Haksız rekabet konusunda ayrıntılı bilgili için Bkz. AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet: Ticarî İşletme Hukuku – Genel Esaslar, B.1, Ankara 2009, s. 225 vd.

¹⁵⁶ MEMİŞ, Rekabet, 105.

faaliyet gösterirken markası bir başkası tarafından alan adı olarak kaydettirilmişse TTK. m.56 vd. maddeleri uyarınca haksız rekabete ilişkin bir koruma talep edebilecektir. Bu açıdan bakıldığında da alan adlarının önemi ortaya çıkmaktadır.

c. Alan Adlarının Yapısı ve Dağıtım

Bir web sitesi genel olarak 4 bölümden oluşur. Web sitesine örnek olarak “http://www.site.net”i verirse; “http” İnternet protokolünü, “www” bu adrese erişim yönteminin web teknolojisi kullanılmak suretiyle olduğunu ifade etmektedir. Geri kalan son iki bölüm ise alan adı olarak ifade edilmektedir.

Alan adı sistemi ağaç şeklinde bir hiyerarşik yapıya sahiptir. Katmanlardan oluşan bu yapının tepesinde kök alan adı sunucuları (Root Name Server) bulunur. Dünyada faaliyet gösteren 13 kök alan adı sunucusu bulunmaktadır ve bu sunucular alan adı sisteminin, alan adı - IP adresi dönüşümü işleminin, ilk adımını oluştururlar. Alan adları .com, .net, .org, .bel, .pol, .gov, .edu, .mil gibi birinci derece alan adları (Top Level Domain) (TLD) ve kişi ya da kurumların sanal adlarını oluşturan ikinci derece alan adları (Second Level Domain) (SLD) olmak üzere en az iki kısımdan oluşmak zorundadır¹⁵⁷. Alan adlarının dereceleri sağdan sola doğru sayılır.

Birinci derece alan adları uluslararası platformda, tanıtımlık (jenerik) birinci derece alan adları (generic top level domain) (gTLD) ve ülke kodu birinci derece alan adları (country code top level domain) (ccTLD) olmak üzere ikiye ayrılmıştır¹⁵⁸.

¹⁵⁷ YILDIRIM, İsim, 1007; YILDIRIM, Sorumluluk, 684; ÖNGÖREN, Gürsel: İnternet Hukuku, B.1, İstanbul 2006, s.182; ŞENOCAK, Kemal: “Tescilli Markanın Aynısının Veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlâli”, BATİDER, Eylül 2009, C. XXV, S. 3, s. 93.

¹⁵⁸ MEMİŞ, Tekin: “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, AÜEHFD, y.2000, C.IV, S.1/2, s.464 (MEMİŞ, Cins İsimleri).

Tanıtımlık birinci derece alan adları ABD'den İnternet Tahsisli Sayılar ve İsimler Kurumu'na (ICANN Konsorsiyumu'na) kayıtlı firmalardan alınır. Bu alan adlarında ilk başvuran alır kuralı geçerlidir. Bu alan adlarının diğer bir özelliği de kayıt sırasında herhangi bir belge istenmemesidir. Bundan dolayı günlük hayatta kullanılan kelimeler, şehir ve bölge adları, sektörel terimler, ünlülerin adları ve daha birçok şey alan adı olarak kaydedilebilir. Tanıtımlık birinci derece alan adları uzantılarına göre de sınıflandırılır; en çok bilinen uzantılar .com, .net, ve .org'dur. Tanıtımlık birinci derece alan adlarından olan .int, .edu, .gov, .pol, .bel, .mil gibi uzantılara sahip alan adları ise sadece belirli kriterleri sağlayan kurumlara tahsis edilir¹⁵⁹.

Ülke kodu birinci derece alan adları ise ISO-3166 standardında¹⁶⁰ yaklaşık 250 ülke kodundan oluşan adlandırma sistemine dayanır¹⁶¹. ccTLD, gTLD gibi aynı uzantılara sahiptir. Ancak bu alan adları tescil edildikleri ülkenin İnternet takısını alırlar. Örneğin ".tr" uzantısı Türkiye'nin Alan Adı Sistemi'ndeki ülke kodudur ve Ortadoğu Teknik Üniversitesi tarafından yönetilir. ccTLD'de ilk başvuran alır kuralı geçerli değildir. Bu alan adlarında, tescilli talebinde bulunan kişilerden, ticarî işletmelerinin Ticaret Sicil Gazetesi'nde yer aldığını gösterir bir belge (fotokopi) gibi formaliteler aranmaktadır. ODTÜ kendisine verilen yetkiye dayanarak nom.tr, k12.tr ve gen.tr uzantılarının da alan adlarını tescil etmektedir.

Tanıtımlık birinci derece alan adlarından sonraki katmanda ise özgün alan adları bulunur. Her TLD için yalnızca bir kez alınabilen özgün alan adları İnternet hizmetlerinin bulunduğu katmanlardır. Özgün alan adları Türkçe karakterler hariç olmak üzere harflerin, 0 ile 9 arasındaki rakamların ve "-"

¹⁵⁹ IŞIKLI, 11.

¹⁶⁰ İngilizce ülke adlarının kısaltmalarından simgeleştirilmiş olan bu ülke kodlarına "http://www.iso.org/iso/english_country_names_and_code_elements" adresinden ulaşabilirsiniz (E.T.: 25.01.2010).

¹⁶¹ MEMİŞ, Cins İsimleri, 464.

(tire) karakterinin kullanılması koşuluyla istenilen şekilde alınabilir¹⁶². İnternet hizmetlerini sunan birer kimlik niteliğindeki özgün alan adları ayrıca alt alan adlarına (Subdomain) ayrılırlar. Bu açıdan bakıldığında web sitelerinin adreslerinde yer alan "www" ifadesi aslında bir alt alan adıdır.

d. Alan Adları ve Kişilik Hakları Arasındaki İlişki

Genel olarak kişinin adı, Medenî Kanunumuza göre koruma altına alınmıştır. Medenî Kanununun 26. maddesinde adın korunmasına ilişkin düzenlemeler getirilmiştir. Bu korumalardan TMK m. 46 uyarınca hukuki anlamda bir kişiliğe sahip olması dolayısıyla dernek, vakıf ve ticarî şirketler gibi tüzel kişiler de yararlanır.

Kişilerin adları, soyadları, unvanları, mahlas ve lakapları gibi kişilik hakları içerisinde yer alan kişisel değerlerinin üçüncü bir kişi tarafından İnternet ortamında alan adı olarak kaydedilmesi dolayısıyla da bir takım kişilik hakkı ihlalleri ortaya çıkmaktadır.

Alan adlarının korunması her ülkenin mevzuatında farklı biçimlerde ve farklı hükümlerle düzenlenmiştir. Alman hukukunda alan adı ad ve kişilik hakları ile ilgili hükümlerle korunurken Anglo-Sakson hukuk sistemlerinde, İngiltere ve ABD gibi ülkelerde, bu koruma marka hukuku hükümlerine göre sağlanmaktadır¹⁶³.

Belirli bir adın, alan adı olarak kaydettirilmesi değişik şekillerde olabilir. Bir kişi kendisiyle hiçbir bağlantısı olmayan üçüncü bir kişinin adını alan adı olarak kaydettirebilir ya da bir kimse, adını, ticaret unvanını, şirketi ya da markasını alan adı olarak kaydettirirken bu ad aynı zamanda üçüncü bir

¹⁶² ICANN'ın son dönemde yaptığı düzenlemeler ve IDN'lerin yeni nesil tarayıcılar tarafından desteklenmesiyle birlikte alan adlarının içerisinde artık Türkçe karakterler (ç,ğ,ı,ş,ö,ü) kullanılabilmektedir.

¹⁶³ MEMİŞ, Tekin: “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Sorunlar”, Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu, Ankara 2001, s. 203 (MEMİŞ, Alan İsmi).

kişinin adı olabilir. Bu gibi durumlarda alan adı bir ihtilaf meydana getirecektir ve bu ihtilafın çözümü için öncelikle alan adının hukuki niteliğinin tespiti gerekmektedir.

Sadece alan adının teknik yapısı göz önüne alındığında, alan adının kişi ve kurumları tanıma işlevinin olmadığı görülmektedir. Alan adların teknik boyutta birer sayıdan ibaret olmaları, alan adlarının medenî hukuk anlamında bir ad değil de telefon numaraları gibi birer sayıdan ibaret olduğu şeklinde düşünölmelerine yol açmıştır¹⁶⁴. Ancak bugün çoğu İnternet kullanıcısının alan adlarının teknik boyutunu bilmediği gerçeği gözlerden uzak tutulmamalıdır. İnternet kullanıcısının nazarında şirketin, ticaret unvanının ya da markanın sahibi ile alan adı aracılığı ile ulaşılan sitenin sahibi aynı kişi ya da şirkettir. Özellikle kişilerin ad ve soyadları ile marka içeren alan adlarında kişinin ad ve soyadı ya da marka, adeta alan adı aracılığıyla ulaşılan site ile özdeşleşmiş durumdadır¹⁶⁵. Zaten ODTÜ'nün ülke kodu birinci derece alan adlarının tescilinde, tescil edilecek alan adı ile tescil ettirecek olan kişi ya da kurum arasında doğal bir bağlantı aramasının altında da bu gerçeklik yatmaktadır.

Alan adlarının sadece teknik özellikleri dikkate alınarak hukuken bir niteleme yapmak doğru değildir. İnternet ortamında web sitelerinin ziyaret edilmesi ve öteki web sitelerinden ayrılması da keza alan adları vasıtasıyla olmaktadır. Bu açılardan bakıldığında alan adlarının da medenî hukuk anlamında bir ad olduğunun ve adın korunmasına ilişkin usullere tabi olduğunun kabulü gereklidir¹⁶⁶. Tek Tip Alan Adı Anlaşmazlık Çözümü Kurallarında da (Uniform Domain Resolution Process) (UDRP) bu yönde bir eğilimin olduğu ifade edilebilir. Çünkü UDRP'nin 4. Maddesine göre, alan adı ile ilgili olarak tahkim kuruluşlarından birine başvuracak şikâyetçi, İnternet alan adının kötü niyetli olarak tescil edilmiş ve kullanılmış olduğunu savunup

¹⁶⁴ MEMİŞ, Alan İsmi, 204.

¹⁶⁵ ŞARLAK, Zeynep: İnternet Alan Adlarının Hukuki Niteliği ve Markalar Üzerindeki Etkisi, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006, s.17.

¹⁶⁶ MEMİŞ, Alan İsmi, 204.

ispat ettiğinde, alan adını daha önceden tescil ettiren üçüncü kişi, UDRP korumasının dışında tutulacaktır¹⁶⁷.

Medenî hukuk anlamındaki adların alan adları olarak kullanılması dolayısıyla ortaya çıkan uyuşmazlıklarda mahkemeler değişik zamanlarda değişik sonuçlara ulaşmışlardır.

Şehir isimlerinin alan adı olarak kullanılması çoğu kez art niyetli olarak görülmeyebilir. Çünkü bir kimse yaşadığı şehri anlatmak ve tanıtmak için de o şehrin adını alan adı olarak kaydettirmek isteyebilir. Bunların yanında, asıl problem teşkil eden ve gerçek anlamda kişilik haklarına tecavüz olarak nitelenebilecek olan, bir kimsenin masum görülebilecek hiçbir ilgisi olmaksızın bir kurumun ya da diğer bir kişinin adını alan adı olarak kaydettirmesidir. Dünya genelinde ünlü birçok kimsenin ve kurum, kuruluş ile şirketlerin adları üçüncü kişilerce alan adı olarak kaydedtirilmiştir.

Gerçek kişilerin ve kurumların adları alan adı olarak kaydedtirildikten sonra en iyi ihtimalle alan adının popülerliğinden istifade ederek reklam, ürün satışı ve benzerlerinin gelirleri hedeflenmiştir. Bunun yanında geçtiğimiz yıllar boyunca ünlü birçok kişinin adları ırkçı propaganda veya pornografik yayın yapmak için alan adı olarak kaydedtirilmiştir¹⁶⁸. Bu yolla ünlü kişilere kendi adlarıyla kaydedtirilmiş alan adları fahiş fiyatlara satılmak istenmiştir¹⁶⁹. Alan adlarının haksız tescilinin önüne geçilmesi için ya da haksız olarak tescil edilen alan adlarının hak sahibine devri konusunda ülkemiz mevzuatında ve uygulamasında örnek hemen hemen yoktur. Ancak bununla ilgili Türkiye'deki kişi ve şirketlerin uluslararası boyutta haksız tescilin kaldırılıp kendilerine

¹⁶⁷ SOYSAL, Tamer: “İnternet Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarında göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım-2”, EÜSBED, y.2006, S.22, s.445 (SOYSAL, Alan Adları).

¹⁶⁸ Örneğin eski başbakanlarımızdan birisinin adı ve soyadı bir başka kimse tarafından alan olarak kaydedtirilmiş ve bu alan adı ile ulaşılan sayfada ise “muhalefete satılık domain” ilanı ile alan adı satışa sunulmuştur. (YILDIRIM, İsim, 1005); MEMİŞ, Alan İsmi, 211.

¹⁶⁹ ÖNGÖREN, 181.

devrin gerçekleşmesi için başvuru yöntemleri vardır. Bunları aşağıdaki şekillerde örneklendirebiliriz.

İngiltere’de bir kişi “www.turkcell.co.uk” alan adını kendi adına tescil ettirmiştir. Daha sonra şikâyet edilen bu alan adından, şirketin rakiplerinden olan diğer bir GSM şirketinin İnternet adının bağlantısını vermiştir. Bunun üzerine şirket, İngiltere’de alan adı uyuşmazlıklarını çözmeye yetkili olan NOMİNET’e, Turkcell isminin şöhret ve itibarına dayanarak, alan adının tescilinin kötü niyetli olduğu iddiasıyla başvurmuştur. Nominet, dosyayı bilirkişiye tevdi etmiştir. Şikâyet edilen, alan adını neden tescil ettirdiği hususunda mesnetsiz iddialarda bulunmuş ise de bilirkişi şikâyet edilenin cevabını anlaşılması zor bulmuştur. Sonuç olarak, bilirkişi, Turkcell’in bir marka değeri olduğunu vurgulamış ve Turkcell adının şöhret ve itibarını kanıtlamak üzere sunulan delilleri, şirketin bu alan adı üzerinde hak sahibi olduğunu ortaya koymak bakımından yeterli bulmuştur. Bu bakımdan, şirketin alan adıyla ayırt edilemeyecek kadar aynı olan bir ad üzerinde hak sahibi olması ve şikâyet edilen kişinin elinde bulunan alan adını kötü niyetli olarak tescil ettirdiği olgularına dayanarak alan adının Turkcell’e devrine karar vermiştir¹⁷⁰.

Yine benzer bir olayda, “www.cemyilmaz.com” adlı alan adı üçüncü bir kişi tarafından tescil ettirilmiş ve Türkiye’de iyi tanınan bir komedyen, karikatürist ve sinema oyuncusu olan Cem Yılmaz’ın resmi web sitesi olarak tanıtılmıştır. Bunun üzerine şikâyetçi haksız olarak üçüncü bir kişi tarafından tescil edilen alan adının tarafına devri istemiyle Dünya Fikri Mülkiyet Teşkilatı’na (WIPO) başvurmuştur. Hakemler, alan adının Cem Yılmaz’ın sahip olduğu tescil edilmemiş hakları ile aynı veya ayırt edilemeyecek derece benzer olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca hakemler, tescil ettiren kişinin, alan adını, şikâyetçinin resmi web sitesiymiş gibi göstermesini kötü niyetli bir tescil olarak nitelendirmişlerdir. Sonuç itibarıyla, hakemler, alan adının şikâyetçinin

¹⁷⁰ ÖZDİLEK, Bilişim, 3 vd.

haklarının içeriğiyle aynı olduğunu, şikayet edilen kişinin meşru bir hakka dayanmaması sebebiyle kötü niyetli olarak alan adını tescil ettirdiğini kabul ederek, alan adının Cem Yılmaz’a devrine karar vermişlerdir¹⁷¹.

Adı, unvanı izni olmaksızın alan adı olarak tescil ettirilen kişi Medenî Kanunumuzun 24, 25 ve 26/2. maddelerine göre adlarının korunmasını talep edebilirler. Burada özellikle TMK m. 26/2 üzerinde durmakta fayda vardır. Adı haksız olarak kullanılan kişi buna son verilemesini ve uğradığı zararın tazminini dava edebilir. Örneğin müzisyen “Dame Kiri Janette Te Kanawa”nın ve yazar “Peter Handke”nin soyadları alan adı olarak kaydedilmiş ve bu alan adını ile yayın yapan sitelerde ırkçılık propagandaları yapılmıştır. Bunun üzerine Kanawa ve Handke site sahipleri aleyhine dava açarak isim haklarının korunmasını talep etmişlerdir. Halk tarafından tanınmış kimselerin adlarının alan adı olarak kaydedilerek ırkçı propaganda ve pornografik yayınların yapılması TMK m. 26/2 kapsamında ele alınır ve buna ismin gaspı denir¹⁷².

Ticarî bir markanın ya da bir şirketin adının alan adı olarak üçüncü bir kişi tarafından tescil ettirilmesi durumda ise Markalar Hakkında Kanun Hükmünde Kararname ve Türk Ticaret Kanununun haksız rekabete ilişkin hükümlerine göre koruma talep etmekten başka çare yoktur. Bu durumda dahi aşağıda da ayrıca belirteceğimiz üzere kesin bir sonuç alma imkânı yoktur.

Her zaman için bir kimsenin üçüncü bir kişinin adını alan adı olarak tescil ettirmesi kötü niyetli bir tutum olarak nitelenemez ve kişi bundan dolayı kınanamaz. Bazen bir ad, birden çok kişi ya da kurum tarafından haklı olarak kullanılmak istenebilir. Örneğin ad ve soyadları aynı olan kimseler yahut tescil bölgeleri farklı iki limitet şirket ya da soyadı aynı zamanda bir şehir adı

¹⁷¹ ÖZDİLEK, Bilişim, 17 vd.

¹⁷² MEMİŞ, Alan İsmi, 211.

olan kimseler adlarını aynı türden birinci dereceden bir alan adı olarak tescil ettirmek istediklerinde ortaya bir sorun çıkmaktadır.

Alan adlarında temel prensip “ilk gelen alır” prensibidir. Ancak bu prensip her zaman haklı ve adil bir çözüm üretememiştir. Bu tür uyuşmazlıklarda ilk önce alan adının dayandığı markalar, ticarî unvanlar ya da isimler arasında yanıltma tehlikesinin giderilmesi ve önceliğin kimde olduğunun belirlenmesi gerekir. Kullanılan adlar arasında çıkabilecek uyuşmazlıklarda hangi adın öncelik hakkına sahip olduğu belirlenmeli ya da diğer adın yanıltma tehlikesi varsa bu tehlike giderilmelidir¹⁷³. Ancak bu önceliğin iyi niyetle ve hakkaniyete uygun bir biçimde kullanılması gerekmektedir. Örneğin bir kimsenin soyadı dünyaca tanınmış bir marka adı ile aynı diye bu kimseye kendi soyadını, aynı zamanda marka adını, alan adı olarak tescil ettirmesine izin verilmemelidir. Çünkü bahsedilen firma en azından Türkiye çapında herkes tarafından bilinen bir markadır. Bu durumda kişinin en azından soyadının yanında adını da kullanması suretiyle alan adını tesciline izin verilmelidir.

Dava konusu olmuş bir olayda, bir kimse aynı zamanda bir şirketin adı olan soyadını alan adı tescil ettirmiştir ve şirket tarafından açılan davanın reddine; alan adının kişinin soyadı olduğu ve önce kaydettirdiği gerekçesiyle reddedilmiştir¹⁷⁴. Ancak alan adı kaydı, iyi niyet kurallarına aykırı olarak ve hakkın kötüye kullanımı sayılabilecek bir biçimde, örneğin şirketin şöhret ve itibarından da yararlanma düşüncesiyle, yapılmışsa bu kayda izin verilmemelidir.

Son olarak, alan adlarının ülkemizdeki durumunu ele almakta fayda vardır. Alan adı kaydı sebebiyle kişilik haklarını ihlâl eden kimse Türkiye’de ise adaletin makul sürede temini nispeten daha mümkün iken kişilik haklarını ihlâl eden kimse aynı zamanda yurt dışında ise etkili bir çözüm üretmek daha

¹⁷³ MEMİŞ, Alan İsmi, 211.

¹⁷⁴ MEMİŞ, Alan İsmi, 211.

zordur. Haksız fiili ika eden kişi Türkiye’de ise bu kişiye karşı kişiliği koruyan davaları ve ticarî davalar yöneltmek ve şartları varsa tazmini davaları açmak mümkündür. Bu durumda dahi alan adının hak sahibine devri neredeyse mümkün değildir. Çünkü alan adını kaydeden kurumlar Türkiye’de değildir. Bu durumda mahkemeden alınan kararın milletlerarası hukuk kuralları gereğince tenfizini talep etmekten başka çare yoktur.

Haksız fiili ika eden kişi yurt dışında ise olayın çözümü tamamen milletlerarası hukuk kurallarına göre olacaktır. Ya dava ilgilinin ülkesinde açılmalıdır ya Türkiye’de açılmış ve karara bağlanmışsa tenfiz edilmelidir¹⁷⁵. Üçüncü bir yol olarak ise yargı dışı bir çözüm olan WIPO ya da NOMINET gibi tahkim kurulları düşünülebilir. Ancak belirtmek gerekir ki hangi yol seçilirse seçilsin, süreç uzun, masraflı ve bunlara karşın sonuç elde edebilmek garanti değildir.

Bilişim hukuku kapsamında yer alan hemen her konu ülkesel sınırların ötesinde ve küresel boyutlardadır. Bu yüzden ülkesel bazda yapılan mevzuat çalışmaları sorunları çözmekte yetersiz kalmaktadır. Bunun yerine, özellikle İnternet ile ilgili konularda, yapılacak hukuki düzenlemeler çok taraflı anlaşmaların ışığında yapılmalıdır.

¹⁷⁵ ÖNGÖREN, 187.

2. Elektronik Posta (E-Posta) Göndermek Suretiyle Kişilik Haklarının İhlali

a. Genel Olarak Elektronik Posta

Elektronik posta (E-posta), bir İnternet kullanıcısının diğer bir İnternet kullanıcısı veya kullanıcı grupları ile herhangi bir iletişim ağı üzerinden mesaj alışverişini sağlayan bir sistemdir¹⁷⁶. Elektronik iletişim ağı üzerinden gönderilen ve İnternette ya da kullanıcının bilgisayarında kaydedilebilen her türlü yazı, ses, resim ya da dil iletileri de e-posta olarak adlandırılır (EİKVD m. 2/b-h). Burada da açıkça görüldüğü gibi hem iletişim sistemi hem de bu iletişim sisteminin ürünü olan iletiler e-posta olarak anılmaktadır.

Kişilerin İnternet ortamında en çok kullandıkları araçlardan bir tanesi e-postadır. Günümüzde İnternete erişme imkânı olan hemen hemen her insanın bir e-posta adresi vardır. Özellikle e-posta adreslerinin ücretsiz edinilebilmesi ve edinilen bu e-posta adresleri aracılığıyla diğer e-posta sahipleri ile yazılı, görüntülü ve sesli olarak iletişim kurulabilmesi e-postanın kullanımını ve popülaritesini artırmıştır. Hatta öyle ki İnternet kullanıcılarının yine büyük bir kısmının birden çok e-posta adresi vardır.

E-postalar, çok çeşitli amaçların gerçekleştirilmesinde birer araç olarak kullanılmaktadır. E-postalar iletişim ve haberleşme de adeta yeni bir çağır açmışlardır. Firmalar e-posta ve İnternet teknolojilerinden ötürü yeni çalışma yöntemleri uygulamaya başlamışlar; kişiler, özellikle e-posta adresi temelli çalışan MSN vb. programlarla yazılı, sesli ve görüntülü iletişim kurma ve her türlü dijital veri alışverişi için e-posta adreslerini yoğun bir şekilde kullanmaya başlamışlardır¹⁷⁷. E-postalar her ne kadar metin tabanlı iletilerin iletilmesinde kullanılsa da bu asıl amaçlarının yanında, e-posta ekinde ekli (attachment) olarak grafik, ses, görüntü vb. sayısallaştırılmış her türlü verinin iletiminde de

¹⁷⁶ TOPALOĞLU, 88.

¹⁷⁷ SOYSAL, Kişilik Hakkı, 46.

kullanılmaktadır¹⁷⁸. Bunun yanında haber grupları, posta listeleri, elektronik bültenler e-posta tabanlı olarak çalışmaktadır. E-posta adresine sahip olmak çoğu zaman bir maliyeti gerektirmez. E-posta adresine sahip olmak için katlanılacak maliyet aslında İnternet bağlantısına sahip olmak için gereken maliyettir. E-posta bu denli ucuz iletişim imkânı sağlamasına karşılık sözleşmelerin kurulması ve veri iletiminin sözleşmeden kaynaklanan edim yükümünün kapsamına dâhil olduğu durumlarda, sözleşmelerin ifasına aracılık etmek gibi önemli sonuçlar doğurmaktadır¹⁷⁹.

Kamusal alanda ise e-posta yeni bir iletişim yöntemi olarak dikkati çekmektedir. Örneğin tüm yargı mensupları Adalet Bakanlığı'nın kendilerine tahsis ettiği "@adalet.gov.tr" uzantılı e-posta adresleri vasıtasıyla "Haberci" adlı eş zamanlı sohbet programına girerek birbirleriyle iletişim kurmaktadırlar. Bunların da ötesinde hukuk çevreleri artık e-posta ile tebligatın yapılıp yapılamayacağını tartışmaktadır. Yargıtay, yerel mahkemenin elektronik posta ile ihtarname gönderilmesi konusunda verdiği bir kararla ilgili olarak "...mahkeme elektronik mektupla yapılan ihtarın davalıya tebliğ edilmediği için geçersiz olduğundan bahisle davayı reddetmiştir. Davalı, eşine yapılan tebligattan haberdar olmadığını iddia etmediğine göre, artık o ihtarın geçersizliğinden söz edilemez. Bu durumda davalıya gönderilen ihtarın geçerli olduğunun kabulü ile işin esasına girilip sonucuna göre bir karar vermek gerekirken, tebligatın geçerli olmadığından bahisle davanın reddi hatalı olmuştur¹⁸⁰..." şeklindeki kararıyla e-posta yoluyla yapılan ihtarları, karşı tarafın aldığını teyit etmesi durumunda hukuka uygun kabul etme eğilimindedir¹⁸¹.

Elektronik posta yoluyla tebligatın yapılabilmesi için 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nda da bir değişiklik yapılması gündemdedir. Anılan kanuna

¹⁷⁸ YILDIRIM, Mustafa Fadıl/MEMİŞ, Tekin: "Elektronik Posta Kutusu Kullanımı İle İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri", AÜEHFD, y.2005, C.IX, S.3-4, s.332.

¹⁷⁹ YILDIRIM/MEMİŞ, 333.

¹⁸⁰ Y. 6.HD, 09.06.1997 T., 1997/5069 E., 1997/5198 K.

¹⁸¹ EVCI, Özge: "E-Posta İle Tebligat", Tebligat, ABBHD, y.2007, S.1, s. 36.

eklenmesi düşünölen 7/a maddesine göre; tebligata elverişli bir elektronik adres vererek bu adrese tebligat yapılmasını isteyen kişiye, elektronik yolla tebligat yapılabilecektir. Sermaye şirketlerine ise elektronik yolla tebligat yapılması zorunlu tutulmuştur. Bu hükümlere göre elektronik yolla tebligatın zorunlu bir sebeple yapılamaması hâlinde Tebligat Kanununda belirtilen diğer usullerle tebligat yapılacaktır. Elektronik tebligatın ne zaman yapılmış sayılacağıyla ilgili olarak “elektronik yolla tebligat, muhatabın elektronik adresine ulaştığı tarihi izleyen üçüncü günün sonunda yapılmış sayılır” şeklinde de bir hüküm getirilmesi öngörülmektedir¹⁸².

b. Elektronik Posta Kullanım Sözleşmesinin Hukuki Niteliği

E-posta adreslerinin çok çeşitli şekillerde kullanılıyor olması bir takım problemlerin de ortaya çıkışını kaçınılmaz kılmıştır. Çünkü her şeyden önce bir kimseye ait kişisel nitelik taşıyan iletiler, mesajlar, bir başkasının sunucusunda saklanmakta, mesajlar adeta bu kişinin inisiyatifine terk edilmektedir. Bundan da öte, e-posta göndericisi iletisini e-posta alıcısına gönderirken birden çok sunucu devreye girebilmektedir. Bunun anlamı, bilgi otobanındaki hırsızların kalabalığa karışarak izini daha kolay kaybettirebilme tehlikesinin de artması demektir. Böylesi durumlarda özel yaşamın gizliliği ihlâl edilmiş olmaktadır.

Kamu kurum ve kuruluşlarının mensuplarına tahsis ettikleri e-posta hesaplarında kamu hizmeti niteliği ön plana çıkmaktadır. Çünkü böylesi bir tahsis özü itibarıyla bir hizmettir. Hizmetten yararlananlar ise bu kurumun mensuplarıdır. Bu anlamda bakıldığında, bu hizmetten yararlanabilecek kişilerin çevresi ve nitelikleri bu hizmetin kamu hizmeti sayılıp sayılmamasında önem taşımaz. Örneğin herhangi bir bakanlığın e-posta hesabı tahsisinden ancak o bakanlığın çalışanları yararlanabilmektedir. Dolayısıyla bu alanda idare hukuku ilkeleri geçerli olmalıdır. Bu sebeple

¹⁸² <http://www.basbakanlik.gov.tr/docs/kkgm/kanuntasarilari/tebligat.doc>, (E.T.: 17.11.2009).

kamu hizmetinin hiç işlememesi, kötü işlemesi ve bunlardan bir zarar doğması halinde ancak idari nitelikli tam yargı davlarının açılması mümkündür. Kurumda böyle bir hizmetten yararlanabilme ölçütüne sahip olup da bu hizmetten yararlandırmama halinde ise iptal davası gündeme gelir¹⁸³.

Burada dikkate değer diğer bir özellik de gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin çalışanları için e-posta tahsis sözleşmesi akdetmeleridir. Böyle bir sözleşme e-posta hesabı kullanıcıları açısından üçüncü kişi lehine sözleşme niteliği arz etmektedir. Yani e-posta hizmetinin ifa edilmemesi ya da ayıplı olarak ifa edilmesi hallerinde gerçek veya özel hukuk tüzel kişilerinin yanı sıra, zarar gören kullanıcıların da sözleşme ilişkisine dayalı olarak uğradıkları zararlar karşısında dava açma imkânlarına sahiptirler¹⁸⁴. Bu arada pek doğaldır ki zarar gören kullanıcıların BK m. 41 vd. hükümlerine göre tazminat hakları da saklıdır. Ayrıca edimin ifasını da kullanıcılar doğrudan doğruya talep etme imkânına sahiptirler.

Taraflar arasında akdedilen e-posta hizmeti sağlama sözleşmesinin hukuki niteliği konusunda kira sözleşmesi, iş görme sözleşmesi ve kendine özgü sözleşme olduğu şeklinde değişik görüşler savunulmaktadır¹⁸⁵.

Kira sözleşmesi ve iş görme sözleşmesi görüşünün e-posta hizmet sağlama sözleşmesine uygulanamaması dolayısıyla bu sözleşme ilişkisinin kendine özgü bir nitelik taşıdığı sonucu ortaya çıkmıştır¹⁸⁶.

Gerçekten de e-posta hizmet sağlayıcısı yalnızca mesaj alışverişini ilgililerine aktarmakla kalmaz, mesajların içerebileceği tehlikelere karşı önem alır. Diğer taraftan bazı hallerde bilgileri bir süre ana bilgisayarda saklama

¹⁸³ YILDIRIM/MEMİŞ, 335.

¹⁸⁴ YILDIRIM/MEMİŞ, 336.

¹⁸⁵ E-posta hizmeti sağlama sözleşmesinin hukukî niteliği hakkında savunulan görüşler için Bkz. YILDIRIM/MEMİŞ, 336 vd.

¹⁸⁶ YILDIRIM/MEMİŞ, 339.

(hosting) işlevi de üstlenmek suretiyle, bilgisayarında çoğu kez alan da tahsis etmektedir. Klasik posta hizmetlerinde gönderinin adrese teslimi, borcun ifa dolayısıyla sona ermesi sonucunu doğururken, elektronik posta hizmetlerinde, mesajlar sözleşme süresi boyunca ve kullanıcısı silmediği müddetçe sürekli erişilebilir halde tutulmaktadır¹⁸⁷. Burada da görüleceği üzere bir sözleşme içerisinde birden çok sözleşme yer alarak, atipik sözleşmelerden kendine özgü yeni bir sözleşme ortaya çıkmıştır.

c. Haksız Fiil Olarak E-Posta Kutusuna Müdahale

Haksız fiil olarak e-postaya müdahalenin en yaygın olduğu biçimi spam adı verilen istenilmeyen e-postalar gönderilmek suretiyle kullanıcının rahatsız edilmesi ve eğer spam filtreleri de yoksa e-posta trafiğinin kilitlenmesi suretiyle e-posta hesabının çökmesi şeklinde görülür. Spam yoluyla müdahale günlük yaşamımızda büyük sorunlara neden olmasından ötürü ayrı bir başlık altında ve etraflıca irdelenmesi yerinde olacaktır.

Kişinin e-posta adresine veya başka kişilerin e-posta adreslerine onun şeref ve haysiyetini incitici mesajlar, görsel ve işitsel dokumanlar gönderilebilir. Kişi bu durumda özel hukuk anlamında bir korunma talep edebileceği gibi bu fiil ceza kanunları anlamında hakaret suçunu oluşturur. Ancak sadece kişinin e-posta adresine gönderilen bu tarzdan bir hakaret “alenen hakaret” sayılamayacağı için cezayı artıran bir sebep olarak dikkate alınmaz. Ne var ki, bu e-posta diğer İnternet kullanıcılarına da gönderilmişse artık ortada bir aleni hakaret söz konusudur ve e-postayı gönderen kişi hakkında ceza artırılarak hüküm kurulur.

Bir kişinin gerçeğe aykırı haberlerinin veya gerçek olmakla birlikte kişiyi toplum içerisinde küçük düşürebilecek haberlerinin ya da kişinin özel yaşamına ait sırlarından olan uygunsuz fotoğraflarının, görsel ve işitsel öteki

¹⁸⁷ YILDIRIM/MEMİŞ, 339.

mahrem verilerinin, kişinin izni olmaksızın, e-posta gövdesinde ya da ekinde İnternet kullanıcılarının e-posta adreslerine gönderilmesi suretiyle de kişilik hakları ihlâl edilebilir¹⁸⁸. Nitekim dünya, özellikle toplum içinde şöhret kazanmış kişilerin, gizli mektup, ses, video ve resimlerinin e-postalar aracılığıyla milyonlarca kişiye ulaştırıldığına müteaddit defalar tanıklık etmiştir.

Bazen kişinin özel yaşamına ait sırlarından olan uygunsuz fotoğrafları ya da görsel veya işitsel öteki mahrem verileri, kişinin izni olmaksızın, e-postalar aracılığıyla paylaşılacak yerine “bilgisayarlar arası paylaşım sistemi” olarak dilimize çevirebileceğimiz peer-to-peer (P2p) sistemi ile de paylaşılabılır. Bilgisayarlar arası paylaşım programları her ne kadar e-posta temeline dayalı bir teknik yapıya sahip ise de sistemin işleyişi e-postaların işleyişinden büyük farklılıklar arz eder¹⁸⁹. Paylaşım programlarında kişilik haklarını ihlâl eden veriler gönderilmemekte, sadece veriler paylaşım sunulmaktadır. Kişiler arasında gerçekleşen veri alışverişi paylaşım programındaki arama fonksiyonu sayesinde gerçekleşmektedir. Arama sonuçlarına göre, veri transferinin en kolay yapılabileceği bilgisayara bağlanılarak kopyalama gerçekleşmektedir. Veriyi sunan ve veriyi kopyalayan kimse arasında herhangi bir ilgi de bulunmamaktadır¹⁹⁰.

Paylaşım programlarında, kişilik haklarını ihlâl niteliği taşıyan verileri kendi bilgisayarında kayıtlı bulunduran kişi, bu verileri başkalarının kopyalamasına açık bulundurup bulundurmadığına göre sorumlu tutulmalıdır. Şayet kişi, başkalarının kendi bilgisayarından veri kopyalamasına izin vermişse kişilik haklarını ihlâlden sorumlu tutulmalıdır¹⁹¹.

¹⁸⁸ DOĞAN, Şahsiyet, 467.

¹⁸⁹ MEMİŞ, Tekin: Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu, Ankara 2002, s. 118 (MEMİŞ, Müzik Sunumu).

¹⁹⁰ MEMİŞ, Müzik Sunumu, 118.

¹⁹¹ MEMİŞ, Müzik Sunumu, 118.

Bir kimsenin e-posta kutusu üçüncü bir kişi tarafından da ele geçirilmiş olabilir. Bu ele geçirme, aşağıda da bahsedeceğimiz üzere yemleme (phishing), yemleme tekniği ile birlikte kullanılan sahte e-posta (fake mail), çöpe dalma ya da deneme yanılma yöntemlerinden birinin veya bir kaçının kullanılması neticesinde gerçekleşebilir. E-posta kutusu üçüncü bir kişi tarafından ele geçirilen kişilik haklarının ihlâl edildiği şüphesidir. Bu ihlâl özel hukuk bakımından kanabildiği gibi ceza hukuku bakımından da kınanabilir bir davranıştır. Nitekim 5721 sayılı Türk Ceza Kanununun 243. maddesinde “Bilişim Sistemlerine Girme” başlığı altında suç olarak tanımlanmıştır. Buna göre “...bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimse...” cezalandırılacaktır.

3. Spam (İstenmeyen E-Postalar) Gönderilmek Suretiyle Kişilik Haklarının İhlali

a. Genel Olarak Spam

İstenmeyen e-posta; alıcıların istemediği, İnternet sağlayıcıları ve tüketicilerin e-posta kutularını tıkayan ve uygun kimlik olmaksızın gelen mal ve hizmet reklamlarıdır¹⁹². E-postaya müdahalenin en yaygın biçimi olan istenmeyen e-postalara spam adı verilir ve çoğunlukla e-posta kullanıcısının profiline uygun olmayan, anlamsız iletileri içerir. Yani aynı mesajın çok sayıda ve zorla gönderilmesi spam olarak tanımlanabilir.

Aslında spam gönderimi de bir haksız fiil niteliğindedir. Çünkü kişilere spam gönderilmesi onların rahatsız edilmeme haklarını ihlâl etmektedir. Ancak spamın çok yaygın bir biçimde gönderilmesi ve dünya hukuk gündeminde yoğun bir biçimde tartışılıyor olması konunun ayrı bir başlık altında incelenmesini gerektirmiştir.

¹⁹² HILLER, Janine S./COHEN, Ronnie: Internet Law & Policy, New Jersey 2002, s. 213.

Spam genel olarak, istenilmeyen e-postalar gönderilmek suretiyle kullanıcının rahatsız edilmesi şeklinde görülür. Eğer bir spam filtresi de yoksa e-posta trafiği kilitlenir ve böylece e-posta hesabının çöker.

Spam kelimesinin nereden geldiğine dair birkaç farklı görüş vardır. Bunlardan ilkinde göre spam kelimesi, Amerikan kökenli bir kelime olup, ilk defa Hormel Foods Corporation adlı bir firmanın kutu içinde baharatlı domuz eti ve jambon için kullandığı bir kısaltmadır. “Spiced pork and ham” kelimelerinin ilk harflerinden oluşmaktadır¹⁹³.

Diğer bir görüşe göre spam kelimesinin çıkış noktası, ABD’deki Monty Python lokantasında, gösteri amacıyla bir Viking korosunun, kişilerin birbirlerinin konuşmasını engelleyecek kadar, giderek artan bir dozda “Spam, spam, spam...” diyerek bağırımlarıdır. Buradan yola çıkarak irade dışı gönderilen¹⁹⁴ ve İnterneti kullanılamaz hale getiren e-postalara spam denilmiştir¹⁹⁵.

Son olarak spam sözcüğünün, İngilizce “Sending Personally Annoying Mail” (bizzat sinir bozucu e-posta gönderme) ifadesinin baş harflerinin bir araya getirilmesiyle oluşturulduğu ifade edilmektedir¹⁹⁶. Başka bir ifadeye göre, spam kelimesi “Send Phenomenal Amounts of Mail” (Olandışı Miktarlarda Posta Gönderme) kelimelerinin baş harflerinden türetilmiştir¹⁹⁷.

Araştırma sonuçları, İnternet ortamında gönderilen e-posta iletilerinin %80’inin istenmeyen e-posta (spam) iletileri olduğunu göstermektedir¹⁹⁸. Araştırma sonuçları değerlendirildiğinde bilişim teknolojileri ve her geçen gün

¹⁹³ MEMİŞ, Tekin: Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi, AÜEHFD, C.V, S.1-4, Erzincan 2001, s. 432 (MEMİŞ, E-Posta).

¹⁹⁴ Aslında spamın gönderimi iradî, spamın alımı irade dışıdır.

¹⁹⁵ TOPALOĞU, 182.

¹⁹⁶ YILDIRIM/MEMİŞ, 346.

¹⁹⁷ BİLGE, Mehmet Emin: “Tüketicinin Korunması Açısından İnternette Ticari Reklam Yayını”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 18.

¹⁹⁸ SPINELLO, Richard: Cyberethics – Morality and Law in Cyberspace, B.3, Massachusetts 2006, s.77.

bir yenisi icat edilen bilgi işleme yöntemleri nimet ve külfet terazisinde bir kez daha yerini almaktadır.

b. Spamın Nedenleri

Spam birçok nedenden dolayı çokça tercih edilen bir ve İnterneti kullanılamaz hale getiren iletilerdir. Spamın belki de en çok tercih edilme nedeni, özellikle e-posta yoluyla gönderilen spamlarda, e-posta kullanıcılarını yönlendirme gayretidir. Bir spam iletisi ilk kez gönderildiğinde e-posta kullanıcıları daha agresif bir tavır sergilerken, aynı spam iletisi, aynı başlıkla, onuncu, yirminci kez gönderildiğinde kullanıcılar bu duruma daha az tepki vermeye ve hatta tepki vermemeye yani kabullenmeye başlamaktadırlar. Böylece kullanıcılarda bu spam iletisinin zararlı olmadığı konusunda bir bilinçaltı oluşturulmakta ve spam iletisi bütün zararlı haliyle e-posta kutusunda kalmaktadır. Daha da önemlisi zaman içinde e-posta kullanıcısı spam iletisine tıklayarak içeriği okumakta ve içerikte dâhil olan bağlantıları kullanarak spamla hedeflenen şeylerin tam olarak gerçekleşmesine istemeden de olsa katkı sağlamaktadırlar.

Spamın nedenlerinden bir diğeri de zararlı yazılımları e-posta kullanıcısının bilgisayarına yükleterek bir takım menfaatleri temin etme gayretidir. Her ne kadar virüs vb. içerikli dosyaları, kullanıcı istemeden onun bilgisayarına yüklemek mümkün gözükme de bazı metin tabanlı betikler kullanıcının geçici İnternet dosyaları klasörüne otomatik olarak kaydedilmekte ve zararlı işlemin ilk adımı böylece gerçekleşmiş olmaktadır. Kaldı ki kişisel verilerin öneminin özümsemediği bir toplum yapısında kişilerin kandırılması da çok kolay olmaktadır. ABD’de yapılan bir ankette, sokaktan geçen insanlardan, kurumlarında kullandıkları parolalarını “Starbucks kahve kuponu karşılığında vermeleri istenmiştir. Bu ankete katılan insanlardan üçte ikisi parolalarını vererek, bunun karşılığında eni sonu 3 \$ olan kahve

kuponunu talep etmişlerdir¹⁹⁹. Bu sadece örneklerden bir tanesidir. E-posta kullanıcılarına “Aşağıdaki linke tıklayın, yüzlerce MSN yüz ifadesi sizin olsun”, “Aşağıdaki linke tıklayın yüzlerce şarkı ve filmi indirin” şeklinde milyonlarca spam ileti gönderilmekte, bu spamlardaki yönlendirmelere kullanıcılar harfiyen uymaktadır. Tüm bunların neticesinde de çok ciddi mağduriyetler yaşanmaktadır.

Güvenilirliği tartışmalı veya satışı kanunen yasak ürünlerin teşhiri ve pazarlanması ve yasa dışı pornografik içerikler de gönderilen spamlarda oldukça fazla miktarda yer tutmaktadır. Spamın doğası gereği kanun dışı ve normal koşullarda pazarlanması yasak olan ürünler ve pornografi, diğer alternatiflerinin önüne geçmektedir²⁰⁰. Çeşitli sorunlara çözüm olduğu iddia edilen ürünlerin satışı için e-posta kullanıcısı spam içeriğinde bağlantı olarak verilen sitelere yönlendirilmeye çalışılmaktadır. Yine sadece özel durumlarda hastalara verilebilen ilaçlar, uyuşturucular ya da çok fazla ilgi gören sağlık ürünlerinin taklitleri bu yolla pazarlanmaya çalışılmaktadır. Spamlarda sıkça gönderilen iletilerden bir tanesi de müstehcen içeriklerdir. 2003 yılı itibariyle her gün gönderilen 31 milyar e-posta iletilerinin 4 milyarlık bir kısmı pornografik ve yasadışı içerik ile kullanıcılara ulaşmaktadır. Bu ise her İnternet kullanıcısına günde en az 4 tane müstehcen içerikli e-posta gönderildiği anlamına gelmektedir. Spam e-postalar sebebiyle yapılacak soruşturma ve kovuşturmadaki zorluklardan dolayı, çocuk pornosu tacirleri, yasadışı örgütler ve terör örgütleri insanları varlıklarından spam e-postalar aracılığı ile haberdar etmektedirler²⁰¹.

Sadece güvenilirliği tartışmalı ya da satışı kanunen yasak olan ürünlerin değil diğer serbest piyasada rahatta bulunabilecek ürünlerin de reklamları spamlar aracılığıyla yapılabilir. Bu açıdan bakıldığında maalesef spam bir pazarlama tekniği olarak düşünülmektedir. E-posta,

¹⁹⁹ LOSTAR, Murat: “Kişisel Verilerin Korunması ve Bilgi Güvenliği”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006, C.4, B.2, Ankara 2006, s.8.

²⁰⁰ http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti, (E.T.: 26.11.2009).

²⁰¹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti, (E.T.: 26.11.2009).

günümüzde pazarlama uzmanları için üzerinde dikkatle durulan bir konudur. Bir araştırmaya göre pazarlama müdürlerinin %77 gibi büyük bir oranı pazarlama planlarında ve stratejilerinde e-postanın önemli bir yere sahip olduğunu belirtmişlerdir²⁰². Aynı şekilde bazı akademik çevrelerce de e-posta bir reklam aracı olarak görülmekte ve e-postalar aracılığıyla etkili, ucuz maliyetli ve güvenilir bir şekilde tanıtımlar yapılabileceği savunulmaktadır²⁰³. Oysa hemen belirtmek gerekir ki e-posta bir reklam aracı değil bir iletişim aracıdır. Küresel ekonomi, e-postayı bir reklam aracı olarak görenler yüzünden her yıl milyonlarca dolarlık bir kayba uğramaktadır. Kaldı ki e-posta tanıtım açısından güvenilir değil aksine son derece güvensizdir. Yapılan araştırmalarda e-posta kullanıcılarının e-posta kutularına gönderilen reklam iletilerine bir güvensizlik duyduklarını ve okumadan sildiklerini belirtmişlerdir.

Google AdSense vb. reklam modüllerinin günümüzde oldukça yaygın olması ve bu reklam modüllerinin web sitesi sahiplerinin İnternet gelirleri arasında önemli bir paya sahip olması gibi sebepler de spam e-postalar gönderilmesinde bir unsurdur. Çünkü bu gibi reklam modülleri için sitenin tekil ziyaretçi sayısı (hiti), web sitesine reklam verilmesinde önemli bir etkindir. Bunu bilen web sitesi sahipleri (ya da yöneticileri) sitelerindeki ziyaretçi sayılarını artırmak için İnternet kullanıcılarına bol miktarda spam içerikli iletiler göndermekte ve böylece bu kişileri sitelerini ziyaret ettirme gayreti içine düşmektedirler.

Kişileri spam göndermek konusunda cesur kılan önemli bir etken de spamın birçok ülke hukukunda suç olarak tanımlanmamış olmasından kaynaklanır. Her ne kadar özel hukuka ilişkin bir takım kurallarla spam ile ilgili olarak bir takım yaptırımlar söz konusu olabiliyorsa da özellikle haksız fiile ilişkin meselelerde ceza hukukuna ilişkin yaptırımların caydırıcılığı yadsınamaz. Avrupa Birliği'ne üye ülkelerde dahi AB'nin 1997/66/EC sayılı

²⁰² ÖNCÜ, Fatih: ePazarlama - İnternet Olanaklarıyla Ürün ve Hizmetin Hedef Pazara Sunulması ve Satışı, B.2, İstanbul 2004, s.91.

²⁰³ HAŞILOĞLU, Selçuk Burak: Elektronik Posta İle Pazarlama, İstanbul 2007, s.68.

“İletişim Sektöründe Kişisel Verilerin ve Gizliliğin Korunmasına Dair Direktifi²⁰⁴”ne Avusturya dışında uyan olmamıştır²⁰⁵. Yine Avrupa Birliği 2000 yılında yürürlüğe koyduğu 2000/31/EC sayılı yönerge²⁰⁶ ile e-posta aracılığıyla ticarî iletişime izin veren üye ülkeler bakımından bazı sınırlamalar öngörülmüştür. Buna göre, üye ülkelerin, gönderimi talep edilmemiş reklam iletileri bakımından kullanıcının ilk bakışta iletinin reklam içerikli olduğunu anlayacak şekilde düzenleme yapmalarını öngörmüştür²⁰⁷. Bu yöndeki bir takım gelişmeler neticesinde AB sınırları içindeki beş²⁰⁸ ülke opt-in²⁰⁹ seçeneğini benimseyerek yönergeyi uygulamaya koymuştur. Dolayısıyla kanun koyucuların spam ile ilgili olarak mevzuat yapma konusundaki isteksizleri spam iletilerin hızla yayılmasında önemli bir etkiye sahip olmuştur.

Son olarak spam iletilerin çokça gönderilmesinde spam göndereni açısından maliyetin daha doğru bir ifade ile maliyetsizliğin etkisi büyüktür. Spamın tüm dünya açısından çok büyük mali külfetler getirdiği finansal araştırmalarla desteklenmiştir. 2003 yılında yapılan araştırmalara göre, spam faaliyetleri dolayısıyla Avrupa’da faaliyet gösteren şirketler bir yıl içerisinde 2,5 milyar € üretkenlik kaybına uğramışlardır. Bu rakamın Avrupalı İnternet kullanıcılarına maliyeti ise 10 milyar \$ dolaylarındadır. Aynı şekilde spam e-postalar bir yılda tüm dünyada 20 milyar dolarlık bir zaman ve üretkenlik kaybına neden olmuştur²¹⁰. Spam iletilerin yıldan yılı artışı %600 ile %700 arasında olduğu da göz önüne alındığında, küresel mali yıkımın boyutları tüm gerçekliğiyle ortaya çıkmaktadır. Spam e-postalar finansal açıdan bu denli zararlı sonuçlar doğururken, aşağıdaki sonuçlar spam ileti göndermenin

²⁰⁴ Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector OJ., 31.1.1998, L. 24/1.

²⁰⁵ YILDIRIM/MEMİŞ, 347.

²⁰⁶ Bkz. İnternet Servis Sağlayıcılarının Sorumlulukları – Avrupa Birliği’nde Durum.

²⁰⁷ BAŞALP, Nilgün: Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması, Ankara 2004, s.93.

²⁰⁸ 2005 yılı itibarıyla.

²⁰⁹ Eğer e-posta kullanıcısı kendisine gönderilen e-posta işlemine karşı çıkmıyorsa buna muvafakat etmiş sayılır denecek ise opt-out; açıkça kendisine e-posta gönderilmesini doldurduğu elektronik form ile istemiş ise ve böyle bir istemi olmadığı sürece kendisine gönderilen e-postalar hukuka aykırı sayılacak ise opt-in yönteminden bahsedir. (YILDIRIM/MEMİŞ, 348.).

²¹⁰ http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti, (E.T.: 26.11.2009).

gönderen kişiye olan maliyetinin ne denli düşük olduğuna da işaret etmektedir. 2003 yılı itibariyle bir e-posta göndermenin tutarı 0,000082 \$ (yaklaşık 0,01 kuruş) ile 0,000030 \$ (yaklaşık 0,003 kuruş) arasındadır. Aynı şekilde bir kişinin spam yapmak için sahip olması gereken tek şey olan bir e-posta adresine sahip olmanın tutarı 0,00000032 \$ (yaklaşık 0,00003 kuruş) tutarındadır²¹¹. Bunların haricinde doğrudan spam ileti alan kişilerin katlanmak zorunda kaldıkları maliyetler de söz konusudur.

c. Spamla Mücadele

Kişi ve kurumların kendilerini tanıtmak ve fikirlerini ifade etmek hürriyeti nasıl ki saygı duyulması ve korunması gereken bir hürriyet ise kişilerin haberleşme²¹² ve yalnız kalma²¹³ hürriyetleri de aynı ölçüde saygı duyulmaya ve korunmaya layıktır.

ABD’de spam ilk defa 1980li yılların ortalarında gündeme gelmiştir. Zamanla spam olarak gönderilen e-postaların artışı, kullanıcılardan gelen yoğun şikâyetler ve İnternet servis sağlayıcıların ödemek zorunda kaldığı ek maliyetler konunun yasal platformda tartışılmasına neden olmuştur²¹⁴ ve bununla ilgili yasal düzenlemeler yapılmıştır. Buna karşılık Kara Avrupası Hukuk Sistemine dâhil birçok ülke hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da spamı yasaklayan bir kural bulunmamaktadır. Ancak Türkiye, Kişisel Verilerin Otomatik İşleme Tabi Tutulması Karşısında Bireylerin Korunmasına İlişkin 108 Sayılı Avrupa Konseyi Sözleşmesi’ni 1981 yılında imzalamıştır²¹⁵. Ayrıca bu konu ile ilgili “Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı” Adalet Bakanlığı tarafından hazırlanmış ve 09.11.2005 tarihinde Başbakanlığa

²¹¹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti, (E.T.: 26.11.2009).

²¹² TOPALOĞLU, 185.

²¹³ YILDIRIM/MEMİŞ, 347.

²¹⁴ TOPALOĞLU, 185.

²¹⁵ SOYSAL, Tamer: “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Veri Korunması Hukuku Bakımından Elektronik Posta”, ABBHD, y.2006, S.1, s. 42 (SOYSAL, E-Posta).

sunulmuştur. Tasarı şu anda Adalet Komisyonu'nda beklemektedir²¹⁶. Bu sebeple spam ile ilgili problemlerin Tüketicinin Korunması, Haksız Rekabet, Medenî Kanun ve Ceza Kanunu hükümlerine göre çözülmesi düşünülmüştür.

E-posta hizmetinden yararlanan kimselere yapılan reklamlarda aldatıcı unsurların bulunması ve reklamı yapan kimsenin tacir olması halinde TTK'nin haksız rekabete ilişkin kuralları uygulama alanı bulmaktadır. Ancak spam gönderen kişi tacir değilse veya içerik gayri ticarî nitelikte uygulanması düşünülen BK m. 48 çok dar kapsamlı ve kullanıcıları korumaya yetersizdir²¹⁷. Çünkü BK m. 48'e göre dava açılabilmesi için yanlış ilanlar veya iyi niyet kurallarına aykırı sair hareketlere maruz kalan kimsenin müşterilerinin azalması veya müşterilerini kaybetme endişesi içinde olması gerekir.

Medenî Kanunun 24. maddesine göre hukuka aykırı bir şekilde şahsiyet hakkı ihlâl edilen kimse hâkimden ihlâli yapan kimselere karşı koruma talep edebilecektir.

E-posta kullanıcılarına gönderilen içerik; tehdit, hakaret, yasal olmayan propagandalar gibi kanunda tanımlanan suç tiplerini içeriyorsa spam gönderenlerin ayrıca cezai bakımdan da sorumlulukları vardır.

4. Başlık Bilgilerini Tahrip Etmek (Spoofing) Suretiyle Kişilik Haklarının İhlali

Spoofing teriminin kelime anlamı “kandırmak” demektedir. İnternet ortamında kullanıcılardan hukuka aykırı şekillerde menfaat temin etmek amacıyla sahte alan adı ile gönderilen spamlara “spoofing” denilmektedir²¹⁸. Yani spoofing, e-postaların başlık kısımlarının değiştirilmesi ile iletinin orijinal

²¹⁶ http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=64271, (E.T.: 25.11.2009).

²¹⁷ MEMİŞ, E-Posta, 441.

²¹⁸ TOPALOĞLU, 187.

göndericisi yerine başka bir kişi ya da kurumdan geliyormuş gibi gösterme işlemidir²¹⁹. Spam ileti gönderen kimseler iletilerinin dikkate alınıp okunması ve cevap verilmesi için bu türden yöntemleri kullanabilmektedirler. Spoofing kelimesi karşısındaki kişiyi aldatıp kendisine ait gerçek e-posta adresini, alan adını veya IP adresini gizleyerek iletişim kurulmasını anlatmaktadır²²⁰.

Spoofing iki şekilde olabilmektedir. Bunlardan ilki yöntemine göre, başkasına ait marka veya diğer tanıtıcı işaretlerinin aynısı ya da bunlara benzeyenleri alan adı olarak tescil ettirilir ve ardından bu alan adı ile e-posta alıcılarına e-posta gönderilmektedir. Diğer yöntemde ise spoofing yapan kimse İnternet servis sağlayıcısına yetkisiz olarak girerek e-posta adreslerine gelen iletilerdeki gönderici alan adını yanlış ve yanıltıcı olarak değiştirir. Kullanıcı e-postalarına baktığında güvenilir bir alan adını görür. Bu e-postaların geri dönüşünden sonra ise İnternet servis sağlayıcı spam bombardımanına hedef olur²²¹. Böyle bir yöntem ise alan adı kullanılan kişi ya da kuruluşların kişilik haklarına zarar vermekte, zaman ve diğer bir takım ekonomik kayıplara yol açmaktadır²²².

5. Sahte E-Posta, Yemleme ve Yoldan Saptırma (Fake Mail, Phishing ve Pharming)

Sahte e-posta, bir İnternet kullanıcısının kullanıcı adının, e-posta şifresinin veya öteki kişisel bilgilerinin sanki o kişinin hesabından gönderilmiş gibi görünen bir e-posta ile çalınmasıdır²²³. Sahte e-posta, e-posta adreslerinin kullanıcı adı ve şifresini ele geçirmek için kullanılan aygın bir yöntemdir. Sahte e-posta, e-posta kullanıcılarının dikkatsizliğinden faydalanarak onlara her zaman gördüğü bir sayfanın sahte görünümünü

²¹⁹ http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti#Ba.C5.9Fl.C4.B1k_bilgilerini_tahrip_etme_.28spoofing.29, (E.T.: 01.12.2009).

²²⁰ SOYSAL, Kişilik Hakkı, 57.

²²¹ TOPALOĞLU, 187.

²²² http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti#Ba.C5.9Fl.C4.B1k_bilgilerini_tahrip_etme_.28spoofing.29, (E.T.: 01.12.2009).

²²³ ÖZDİLEK, Bilişim, 160.

gösterip onun dalgınlığından istifade etmek şeklinde ortaya çıkar. Yani e-posta kullanıcısına bir link yollanır. E-posta kullanıcısı bu linke tıkladığı zaman her zaman gördüğü ve kullandığı e-posta servisinin ana sayfasını görüp hiç şüphelenmeden kullanıcı adı ve şifresinin form kutularına yazar. Ardından gönder düğmesine bastığı zaman kullanıcı adı ve şifresi sahte e-postayı gönderen kimsenin daha önce belirlediği bir e-posta adresine gönderilir²²⁴. Böylece e-posta kullanıcısının kişiliğinin bir parçası, iletişim kaynaklarının kontrolü başkalarına geçmiş olduğundan üçüncü kişiler tarafından ihlâl edilmiş olur.

Sahte e-postalar “phishing” (yemleme) tabir edilen kişisel veri hırsızlığında en sık kullanılan yöntemlerden birisidir. Phishing bir kısaltmadır ve password harvesting (şifre toplama) ile fishing (balık tutma) sözcüklerinden türetilmiştir. Phishing dilimize “yemleme” olarak aktarılabilir. Yemleme²²⁵, spoofing yönteminin e-posta yolu ile kullanılan ve İnternet dolandırıcılığının son yıllarda en sık görülen şekillerinden biridir²²⁶. Yemleme, kredi kartı bilgileri ya da şifreler gibi çeşitli özel ve gizli kalması gereken, gizli bilgilere erişmek ve onları elde etmek için sanki bu bilgileri kişiye veren ve güvenilir bir kaynaktan geliyormuş gibi görünen e-postalar ya da web siteleri hazırlayarak kullanıcılardan bu bilgileri paylaşmalarını isteme eylemlerinin tümüne verilen isimdir²²⁷. E-posta kullanıcısına gönderilen e-posta ile kullanıcı bir İnternet sitesine yönlendirilerek bir banka nezdindeki hesabına dair hesap numarası ve şifre öğrenilmeye çalışılarak bu hesaptaki meblağ belirledikleri, genellikle sahte olarak açılan, başka bir hesaba aktarılarak hırsızlık yapılmaya çalışılır²²⁸. Bu yöntemde balığa olta atar gibi kullanıcıya bir e-posta (sahte e-posta) atılır ve bu sahte e-posta ile kullanıcıya ait finansal bilgilerin ve kişisel verilerin ele geçirilmesine çalışılır²²⁹.

²²⁴ <http://ufoss.com/fake-mail-nedir-spam-mail/>, (E.T.: 02.12.2009).

²²⁵ <http://tr.wikipedia.org/wiki/Yemleme>, (E.T.: 06.12.2009).

²²⁶ SOYSAL, Kişilik Hakkı, 57.

²²⁷ http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti#Ba.C5.9Fl.C4.B1k_bilgilerini_tahrip_etme_.28spoofing.29, (E.T.: 06.12.2009).

²²⁸ YILDIRIM/MEMİŞ, 349.

²²⁹ SOYSAL, Kişilik Hakkı, 57.

Banka, kredi kartı numaraları ve şifrelerini kullanıcılardan istemek üzere gönderilen spam iletilere inanan kullanıcıların daha ziyade ekonomik varlıklarına ilişkin hakları zarara uğratılmaktadır. Son zamanlarda ülkemizde de bu türden eylemlerde artış gözlenmiştir²³⁰.

Yemleme yöntemi de e-postalar aracılığıyla gerçekleştiğinden kişiyi kandırmaya yönelik bu türden eylemler Medenî Kanun anlamında kişilik haklarını ihlâl niteliği taşıdığı gibi kişisel verilerin hukukun izin vermediği bir tarzda ele geçirilmesi de söz konusu olduğundan ceza kanunları anlamında da suç niteliğini haizdir²³¹. Yemleme yöntemiyle kişilerin banka, kredi kartı numaraları, şifreleri vesaire bilgilerini ele geçiren kimsenin eylemi kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu (TCK m. 135/1) oluşturur. Kişinin eylemi, elde edilen kişisel verileri meşru olmayan bir menfaat için kullanmak üzere bilişim sistemine sızma şeklinde ise bilişim sistemine girme suçunu (TCK m. 243/1), tüm bu eylemler neticesinde menfaat temin etmişse de nitelikli dolandırıcılık suçunu (TCK 158/1-f) oluşturacaktır.

Yemleme yöntemine mantık olarak benzemekle birlikte sistem olarak ondan farklı olan bir diğer yöntem de “yoldan saptırma” olarak dilimize aktarabileceğimiz “pharming” yöntemidir. Pharming, phishing (yemleme) ve farming (çiftçilik) kelimelerinden türetilmiştir²³².

Yoldan saptırma, bilişim korsanlarının İnternet trafiğini bir web sitesinden, onun bire bir aynısı olan başka bir web sitesine yönlendirme yapılarak İnternet kullanıcılarının kullanıcı adlarını ve şifrelerini bu sahte sitedeki veritabanına girilmesi için İnternet kullanıcılarının kandırılmasıdır. Dolandırıcıların banka hesaplarına erişmek, kimlik bilgilerini ele geçirmek veya İnternet kullanıcılarının adlarını yasal olmayan şekillerde kullanmak

²³⁰ http://tr.wikipedia.org/wiki/Yığın_ileti#Ba.C5.9Fl.C4.B1k_bilgilerini_tahrip_etme_.28spoofing.29, (E.T.: 06.12.2009).

²³¹ SOYSAL, Kişilik Hakkı, 57.

²³² <http://en.wikipedia.org/wiki/Pharming>, (E.T.: 06.12.2009).

amacıyla kişisel bilgileri elde etmeye çalıştığı bu saldırı türlerinin hedefi genellikle banka veya benzeri finansal kuruluşların web siteleridir²³³.

Yoldan saptırma, aracılığıyla sahte web sitelerinin kullanılması, e-posta kimlik avı dolandırıcılığına benzer gibi görünebilir²³⁴. Yemleme de kişisel veriler güvenilir bir siteden gönderilmiş gibi görünen spam iletilerle toplanmaktadır. Bu spam iletilerde İnternet kullanıcılarından kişisel bilgilerini istenir ya da spam yoluyla gelen bir link kullanıcıyı sahte sayfaya ulaştırır. Yani bir noktaya kadar durum kullanıcının kontrolündedir. Ancak yoldan saptırma yönteminde işlemler tamamen kullanıcının inisiyatifi dışında gerçekleşmektedir. Bu cümleden olarak, yoldan saptırma, İnternet kullanıcıları açısından, yemleme yöntemi göz önüne alındığında daha tehlikelidir ve yemlemeden daha teknik ve karmaşık bir programcılık bilgisini gerektirir.

6. Web Sitelerindeki Yayınlar (İçerik, Bağlantı, Çerçeve ve Reklamlar) İle Kişilik Haklarının İhlali

Günümüzde İnternet gazeteciliğinin de hızla yayılmasıyla birlikte web sitelerindeki yayınlar sebebiyle kişilik haklarına müdahale hayli artış göstermiştir. Kişilik haklarına web sitelerindeki yayınlar aracılığıyla yapılan saldırıların bu denli artış göstermesinde İnternet gazetelerinin yanında günlük (blog)²³⁵ olarak ifade edilen ve hiçbir teknik bilgi gerektirmeksizin İnternet ortamında etkileşimli yayın yapma imkânı sağlayan sitelerin de etkisi büyüktür. Kişinin özel yaşamına ilişkin sırlarının, fotoğraflarının ya da

²³³ DASWANI, Neil/KERN, Cristoph/KESEWAN, Anita: Foundations of Security: What Every Programmer Needs to Know, New York 2007, s. 28; ROSS, Blake: Firefox for Dummies, New Jersey 2006, s. 199; Ayrıca Bkz. <http://www.microsoft.com/turkiye/athome/security/privacy/pharming.mspix>, (E.T.: 06.12.2009).

²³⁴ <http://www.microsoft.com/turkiye/athome/security/privacy/pharming.mspix>, (E.T.: 06.12.2009).

²³⁵ Blog, İngilizcede “web” ve “log” kelimelerinde oluşan “weblog” teriminin kısaltılmışıdır. Türkçe karşılığı “ağ günlüğü” ise de kısaca “günlük” denilmektedir. Bkz. <http://hedefiturdce.com/ag-gunlugu-blog/>; <http://tr.wikipedia.org/wiki/Blog>, (E.T.: 08.12.2009)

olaylarının bir web sitesinde yayınlanması halinde web sitesindeki yayınlar aracılığıyla kişilik haklarına bir müdahale söz konusu olmaktadır.

İnternet gazetelerinde ya da günlük veya diğer web sitelerinde; yazılı, sesli veya görüntülü olarak, gerçeğe aykırı haber ve isnatlarla, iftira veya hakaretamiz ifadelerle, karikatür vs. görsel öğelerle ya da incitici eleştiri ve yorumlarla bir kimsenin şeref ve haysiyetine tecavüz edilebilir²³⁶. Web sitesindeki yayınlar sebebiyle maddi veya manevi bir zarar doğduğunda ilgili web sitesinin içerik sağlayıcısı bu zararları tazmin yükümlülüğü altındadır. Örneğin bir kimsenin özel yaşamına ait uygunsuz fotoğrafları veya vidoları herhangi bir web sitesinde yayınlanması halinde kişilik haklarına bir saldırı söz konusu olur. Bu durumda içerik sağlayıcının hukuki ve cezai sorumluluğu doğar.

Web sitelerindeki yayınlar aracılığıyla kişilik haklarına saldırıda karşılaşılan ihlâl türlerinden bir tanesi de kişi ya da kurumlara hakaret edilmesidir. Çünkü günümüz web teknikleri, İnternet kullanıcılarıyla daha fazla etkileşim sağlamak adına, web sayfası içeriklerinin sonuna yorum bölümleri ekleme imkânını vermektedir. Bu imkân sayesinde bir yazıyı, haberi okuyan İnternet kullanıcısı yazı ya da haber altındaki formu doldurmak suretiyle kendi yorumunu web sayfasında yayınlatabilmektedir. Özellikle toplum vicdanını rahatsız eden konularda yazılan yazı ve haberlerdeki yorumların hakaret boyutlarına ulaştığı gözlenmektedir. Bir kişiye şeref ve haysiyetini incitecek biçimde somut bir fiil veya olgu isnadı ya da sövmek suretiyle bir kimsenin şeref ve haysiyetine saldırı hakaret olarak tanımlanmıştır (TCK m. 125/1).

Web sitesindeki yayınlar aracılığıyla kişilik haklarının ihlâl edildiği durumlarda öncelikle tespiti gereken husus failin kimliğidir²³⁷. Ancak her zaman kolay bir şekilde faile ulaşmak mümkün olamayabilir. Kişilik haklarına

²³⁶ SIRABAŞI, 189.

²³⁷ ÖZEL, S. Koruma, 160.

saldırı durumunda web sitesinin barındırıldığı hostun yetkilisine ulaşılabilse de içerik sağlayıcının kimliği ve nerede olduğu bilinemeyebilir²³⁸. Onun da ötesinde, yukarıda da ifade edildiği üzere, kişilik haklarına saldırı üçüncü bir kişi olan İnternet kullanıcısı tarafından da gerçekleştirilmiş olabilir.

Web sitesindeki bir yayın nedeniyle kişilik haklarının ihlâl edilmesinde faili belirlemedeki bu tür güçlükler de dikkate alınarak 5651 sayılı Kanunun 3. maddesi “Bilgilendirme Yükümlülüğü”nü öngörmüştür. Buna göre içerik, yer ve erişim sağlayıcılarının, yönetmelikte belirlenen esas ve usuller çerçevesinde tanıtıcı bilgilerini, kendilerine ait İnternet ortamında, yani kendi İnternet sitelerinde, kullanıcıların ulaşabileceği şekilde ve güncel olarak bulundurmaları gerekmektedir. Böylece kişilik haklarının ihlâli söz konusu olduğunda içerik, yer ya da erişim sağlayıcıya ulaşarak ihlâlin giderilmesi amaçlanmıştır.

Faile ulaşmadaki güçlükler, ulaşılsa bile dava açma sürecinde karşılaşılan zorluklar, mesajın iletilmesinde rol üstlenen üçüncü kişileri de dava sürecine dâhil etmiştir. Çünkü İnternet ortamında bilgi sunulması tek başına bir kişinin yaptığı bir işlem değildir.²³⁹ Nihayet bir mahkeme kararında, yazılan bir yazı altındaki anayasal kuruluşları tahkir ve tezyif eden sözler içeren yorumu silmeyen web sitesi sorumlusu (içerik sağlayıcısının interaktif bölümler koordinatörü) hapis cezası ile cezalandırılmıştır²⁴⁰.

Web sitesindeki yayınlar aracılığıyla kişilik haklarının ihlâli doğrudan web sayfasına yerleştirilmiş bir içerikten kaynaklanabileceği gibi bu ihlâl bağlantı (çengel) (link), çerçeve (frame) veya reklam yoluyla da gerçekleşebilir²⁴¹.

²³⁸ SIRABAŞI, 190.

²³⁹ SIRABAŞI, 190.

²⁴⁰ Kararın ayrıntısı için Bkz. İLKİZ, Fikret: “İnternet Ortamında Yayınlar”, İnternet ve Hukuk (Derleyen: Yeşim M. ATAMER), İstanbul 2004, s.436.

²⁴¹ SIRABAŞI, 190.

Bağlantı, bir web sayfasından veya Word belgesinden²⁴² diğer bir web sayfasına ya da resim dosyası, müzik dosyası gibi web dokümanlarına erişim sağlayan noktalardır. Bu bağlantı bir metin ya da resim aracılığıyla sağlanır²⁴³. Metin şeklindeki bağlantılar, diğer metinlerden ayırt edilebilsin diye genellikle farklı bir renkte yazılır ya da altı çizili olarak gösterilir.

Web sayfalarında iki tür bağlantı vardır. Bunlardan ilkinde bağlantı İnternet kullanıcısını web sitesinin diğer bir sayfasına götürür. Bu tür bağlantılı dâhili bağlantı olarak ifade edilir. İkinci tür bağlantı ise, bağlantıya tıklanması ile birlikte İnternet kullanıcısını ya aynı tarayıcı penceresinde ya da açılan yeni bir tarayıcı penceresi ile başka bir sitenin sayfasına götürür. Bu tür bağlantılara ise harici bağlantılar denir²⁴⁴.

Çerçeve ise bir web sitesi içeriğinin başka bir web sitesi içerisinde kısmet görüntülenmesidir. Çerçeve tekniği ile bir web sayfasının yapımcısı bir başkasına ait web sayfasının bir bölümünü ya da tamamını kendi web sayfası içine yerleştirme imkânı elde etmektedir²⁴⁵. Yabancı içeriğe her çerçeve verilmesinde yabancı sitenin içeriği kişinin web sayfasında, çoğu zaman İnternet kullanıcılarının yabancı bir kaynaktan içerik temin edildiğini anlamayacakları şekilde, görüntülenmektedir. Burada resim içinde resim varmış gibi bir his uyandırılmaktadır. Adres satırında (URL’de) yazan web adresi aynı kaldığı için sayfa içerisindeki resim, yazı gibi bilgilerin İnternet kullanıcısının eriştiği siteden mi yoksa başka bir siteden mi sağlandığı anlaşılamamaktadır²⁴⁶. Her ne kadar açıklamalarda çerçevenin yabancı bir web sayfasına veriliyor olduğu ifade edilse de çerçevenin, aynı sitenin başka bölümlerine verilmesine de teknik anlamda bir engel yoktur.

²⁴² Günümüzde Word belgelerinden de bir web sayfasına ya da web dokümanlarına bağlantı yapılabilir. (MEMİŞ, Rekabet, 121.).

²⁴³ DOĞAN, Şahsiyet, 470.

²⁴⁴ MEMİŞ, Rekabet, 122.

²⁴⁵ MEMİŞ, Rekabet, 123.

²⁴⁶ EROĞLU, Sevilay: “İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan, C.2, İstanbul 2003, s. 213.

Web sayfalarındaki içerik, bağlantı, çerçeve ya da reklamlar sebebiyle meşru zemindeki menfaatleri zarar gören kimseler, bu türden yayınlar web sitesinde yer aldığı müddetçe bir takım koruma yollarına başvurabilirler. Yayın artık web sitesinden kaldırılmışsa şatları varsa tazminat talep edilebilir.

5651 sayılı Kanunun 9. Maddesi “İçeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı”nı düzenlemiştir. Buna göre; “İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle İnternet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle İnternet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.”

Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişiye, hapis cezası öngörülmüştür. Eğer içerik veya yer sağlayıcı tüzel kişi ise bu hüküm yayın sorumlusu hakkında uygulanacaktır.

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

İNTERNET ORTAMINDA KİŞİLİK HAKKI İHLÂLLERİNİN SONUÇLARI

I. GENEL OLARAK

Kişilik hakkı kapsamında yer alan birçok hak temel haklar arasında yer almasına rağmen diğer kişilerce ihlâl edilmesi en olası haklardandır. İnsan hakları kapsamında yer alan yaşama hakkı, vücut bütünlüğü hakkı aynı zamanda kişilik haklarındandır. İnsan hakları evrime tabidir. Bu sebeple özünde tek olan bu kavram yer ve zamana göre değişik göstermektedir²⁴⁷. Ancak hangi türden olursa olsun temel özellikleri aynıdır, herkesçe ihlâl edilebilir, benzer şekillerde koruma talep edilir.

Bundan önceki bölümlerde İnternet ortamında sıkça karşılaşılan kişilik hakkı ihlâllerinin türleri izah edilmeye çalışılmıştır. Ancak hemen belirtmek gerekir ki bu ihlâller bunlarla sınırlı olmadığı gibi bilim, teknik ve İnternet ortamının özgür yapıları göz önüne alındığında, her geçen gün yeni gelişmelerin, yeni saldırı yöntemlerinin ortaya çıkması da kaçınılmazdır.

II. KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRIDAN DOĞAN SORUMLULUK

A. Genel Olarak Sorumluluk

Kelime anlamı olarak sorumluluk, uyulması gereken bir kurala aykırı davranışın hesabını verme²⁴⁸, kurallara aykırı davranışın sonuçlarından mesul olmadır. Sorumluluğun manevî ve hukuki sorumluluk olmak üzere ikiye ayrıldığı bazı müelliflerce ifade edilmektedir. Buna göre manevî sorumluluk, kişilerin dini inanışlarına ve vicdanlarına karşı duydukları elem ve

²⁴⁷ ÇEREZ, Kerim: “Kişi Hakları Yönünden Danıştay Kararlarının Uygulanması”, İmran Ökten'e Armağan, Ankara 1970, s.155.

²⁴⁸ YILMAZ, 1109.

ıstıraplardır. Hatta kişiliğinin kutsallığını idrak eden insanlar için manevî sorumluluk hukukî olana üstün tutulmuştur²⁴⁹.

Hukuki sorumluluk, bir kişinin başka bir kişinin zararını tazmin etmekle yükümlü tutulmasıdır²⁵⁰. Yani sorumluluk borcun müeyyidesidir ve edim yükümünü yerine getirmeyen borçlunun malvarlığının borca karşılık gelecek kadar bir kısmının devlet eliyle tasfiyesi ve bununla alacaklının tatmin edilmesidir²⁵¹.

B. Kişilik Haklarına Saldırıda Sorumluluğun Tayini

Medenî Kanunumuzun 5. maddesinde de “Bu kanun (TMK) ve Borçlar Kanununun genel nitelikli hükümleri, uygun düştüğü ölçüde tüm özel hukuk ilişkilerine uygulanır” hükmüne yer verilmiştir.

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâli de çoğu zaman bir haksız fiil sorumluluğunu gerekli kılar. Medenî Kanun kişilik haklarıyla ilgili hukuki durumu bazı yönleriyle düzenlemiş ve diğer yönler atıf yoluyla Borçlar Kanununa bırakılmıştır. Bu durumda Borçlar Hukuku kuralının Medenî Hukuk ilişkisine uygulanması doğrudan doğruya uygulama niteliğindedir. Bu bağlamda kişilik haklarının ihlâli ve adın gaspı haksız fiilin özel bir türü olarak ele alınmıştır²⁵².

Tüm bu yönler birlikte değerlendirildiğinde gerek İnternet ortamında olsun gerek basın yayın yoluyla olsun ve gerekse gündelik yaşamda olsun kişilik haklarına yapılan saldırılar haksız fiil niteliğindedir ve haksız fiil sorumluluğunu gerekli kılar. Sorumluluğun tayininin de Borçlar Kanuna göre yapılması gerekmektedir.

²⁴⁹ BİRSEN, Kemaleddin: Borçlar Hukuku Dersleri – Borçların Genel Hükümleri, B. 4, İstanbul 1967, s. 177.

²⁵⁰ TİFTİK, Mustafa: Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı, Ankara 1994, s.33; SERDAR, 233.

²⁵¹ EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.11, Ankara 2009, s.78 (EREN, Borçlar).

²⁵² EDİS, Seyfullah: “Özel Hukukun Bütünlüğü Üstüne”, AÜHFD, y.1975, C.32, S.1-4, s.168-169.

III. HAKSIZ FİİL SORUMLULUĞU

A. Genel Olarak

Haksız fiiller hukuka aykırı fiiller olarak da ifade edilir. Buna göre hukuka aykırı fiiller, hukuk düzenin uygun bulmadığı²⁵³, hukuk nizamı tarafından tasvip edilmeyen²⁵⁴ fiillerdir. Borçlar Kanunumuzun birinci kısım, birinci bab, ikinci faslının başlığı “haksız muamelelerden doğan borçlar”dır. Öğretide haksız muamelelerden doğan borçlar ifadesinin yerinde olmadığı bunun haksız eylemden doğan borç ilişkileri şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir²⁵⁵. Borçlar Kanunumuzun haksız muamelelerden doğan borçlar başlığı altında yer alan hükümler (BK m.41-60) incelendiğinde haksız fiilden kaynaklanmayan kusursuz sorumluluk halleri de burada düzenlenmiştir.

Haksız fiilleri genel olarak iki grupta toplamak mümkündür. Geniş anlamda haksız fiiller olarak ifade edilen haksız fiiller sözleşmeye (borca) aykırı davranışlardan kaynaklanmaktadır. Bu anlamda, taraflar arasındaki bir sözleşmeden doğan bir borca aykırı davranışlar haksız fiil olarak nitelenir. Buna göre, sözleşmeye aykırı davranan taraf, diğerinin bu yüzden uğradığı zararı tazmin ile yükümlüdür²⁵⁶.

Taraflar arasında önceden bir hukuki ilişki mevcut olmaksızın, kanunun herkese yüklediği görevlere aykırı hareket edilmesi halinde dar anlamda haksız fiil söz konusu olmaktadır²⁵⁷. Haksız fiil kavramına dâhil

²⁵³ KARAHASAN, Mustafa Reşit; Sorumluluk Hukuku – Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk, B.6, İstanbul 2003, s. 100 (KARAHASAN, Sorumluluk).

²⁵⁴ KILIÇOĞLU, Ahmet, M.: “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medeni Hukuk İlişkisi”, AÜHFD, y.1973, C.29, S.3-4, s.185 (KILIÇOĞLU, Haksız Fiil).

²⁵⁵ KARAHASAN, Sorumluluk, 100’deki 6. ve 7. dipnotlarda belirtilen müellifler.

²⁵⁶ REİSOĞLU, Safa: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.19, İstanbul 2006, s.139 (REİSOĞLU, Borçlar); SANLI, Kerem Cem: Haksız Fiil Hukukun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi, İstanbul 2007, s. 94.

²⁵⁷ REİSOĞLU, Borçlar, 139.

sorumluluğu gerektiren bütün olayların ortak niteliği, toplum içinde yaşamının temeli olan davranış kurallarının çiğnenmesidir²⁵⁸. Bu bağlamda kişilerin başkalarının haklarına saygılı olma, başkalarının haklarına zarar vermeme yükümlülükleri vardır. Bu yükümlülüklerin ihlâli dar anlamda haksız fiil sorumluluğuna yol açacaktır. Genel olarak haksız fiil denildiğinde anlaşılan da dar anlamdaki haksız fiillerdir.

B. Haksız Fiilin Unsurları

Borçlar Kanunumuzun 41. Maddesine göre; gerek kasten gerek ihmal ve kayıtsızlık ya da tedbirsizlik sonucu haksız bir suretle diğer kimseye zarar veren kişi bu zararı tazmin etmek zorundadır.

Bütün hukuki eylemler tazmin sonucunu doğurmaz. Tazmin sonucunun doğabilmesi için haksız fiilin bir takım şartları vardır²⁵⁹. BK m. 41'e göre haksız fiilin; hukuka aykırı fiil, zarar, kusur ve illiyet bağı olmak üzere dört unsuru vardır.

IV. KİŞİLİK HAKLARINA SALDIRIDAN DOĞAN HUKUK DAVALARI

Kişilik haklarına saldırı herkes tarafından ve çok çeşitli şekillerde gerçekleştirilebilmektedir. Bu saldırılara karşı hukukun temeli olan birey ve bireyin de en önemli varlığını teşkil eden kişilik hakları, gerek kamu hukuku gerekse özel hukuk kapsamına giren mevzuata ilişkin düzenlemelerle koruma altına alınmıştır. Kişilik haklarının korunmasına ilişkin özel hukuk alanında; Borçlar Kanununda, Medenî Kanunda, Fikir ve Sanat Eserleri Kanununda ve haksız rekabete ilişkin hükümler dolayısıyla Türk Ticaret Kanununda düzenlemeler yapılmıştır.

²⁵⁸ KANETİ, Selim: Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru, İstanbul 2007, s.2.

²⁵⁹ ANSAY, Tuğrul/WALLANCE, Don: Introduction of Turkish Law, B.5, Hague 2005, s.160.

Kişilik haklarına yapılan saldırılar neticesinde açılacak hukuk davalarını, koruyucu davalar, tazminat davaları ve vekâletsiz iş görme davası şeklinde üçe ayırarak incelemek mümkündür. Bu ayrım TMK m. 25'te belirtilen davalara göre yapılmaktadır. Bunun yanında, kişilik haklarının ihlâl edilmesi neticesinde sebepsiz zenginleşme davasının da açılacağı ifade olunmaktadır²⁶⁰. Kişinin meslekî ve ekonomik haklarına dâhil bir değer olarak görebileceğimiz fikri hak ihlâllerinde Medenî Kanunda öngörülen davalar açılacağı gibi FSEK'te belirtilen önleme, durdurma, tespit, maddi ve manevi tazminat davalarını da açmak mümkündür²⁶¹.

Koruyucu davalar, kanun koyucu tarafından, TMK m. 25/I'de geniş çerçeveli ve etkili bir koruma sağlamak için kişilik haklarına saldırı halinde açılacak davalar olarak hüküm altına almıştır. Bu sebeple bu davalara tazmini nitelik taşımayan hukuk davaları da denilmektedir²⁶². TMK m. 25'te yer alan hükümler, doldurulması gereken, içi boş birer çerçeve hüküm niteliğindedir²⁶³. Tazminat davaları ise TMK m. 25/III'te düzenlenmiştir ve davalar kişilik haklarına saldırı sebebiyle meydana gelen zararların tazminine ilişkindir.

A. Koruyucu Davalar

Bu davalar kişilik haklarına yapılan saldırıların zararlı sonuçlar doğurmasını engellemek için açılabilirler. Bu davaların açılabilmesi için bir kişinin kişilik haklarının hukuka aykırı bir fiile maruz kalması ya da maruz kalma tehlikesinin olması gerekir²⁶⁴.

²⁶⁰ TEKİNAY, Selâhattin Sulhi: "Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler", Prof. Dr. Halûk TANDOĞAN'ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 59; KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 347; BELLİ, 85

²⁶¹ Ayrıntılı bilgi için Bkz. CAN, Mustafa Erdem: "Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Haklar", AÜHFD, y.1999, C.48, S.1-4, s. 339 vd.

²⁶² BULUT, 177.

²⁶³ DOĞAN, Murat: "Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası", AÜEHFD, y.2001, C.V, S.1-4, s.374 (DOĞAN, Önleme).

²⁶⁴ HELVACI, Gerçek Kişiler, 123.

Koruyucu davaların açılabilmesi için, tazminat davalarından farklı olarak failin kusurlu olması gerekmez. Aynı şekilde kişilik haklarının ihlâli nedeniyle bir zararın doğması da gerekmediğinden kişilik hakların ihlâl edilen kimse madden ya da manen bir zarara uğramamış olsa dahi bu davaları açabilir²⁶⁵. Yani saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırıya son verilmesi ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davasının açılabilmesi için kusur ve zarar koşulları aranmaz.

Koruyucu davaların ortak şartlarından bir tanesi de İnternet ortamında gerçekleştirilen bir fiil ya da ortaya çıkan bir olgunun kişilik haklarının ihlâli olarak değerlendirilebilmesi için bu fiil ya da olgunun hukuka aykırı olması gerekir. Medenî Kanunumuzun 24. maddesinin ikinci fıkrası da hangi hallerde fiil ya da olguların hukuka aykırı sayılacağını belirtmiştir. Buna göre, “kişilik hakkı zedelenen kimsenin rızası, daha üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar ya da kanunun verdiği yetkinin kullanılması sebeplerinden biriyle haklı kılınmadıkça, kişilik haklarına yapılan her saldırı hukuka aykırıdır.”

TMK m. 24/II’de belirtilen ve bir fiili hukuka aykırı olmaktan çıkaran şartlar yukarıda izahına çalıştığımız “hukuka aykırılığı ortadan kaldıran sebepler” başlığı altındaki şartlarla örtüşmektedir. Bu bakımdan tekrar burada açıklanmasına gerek görülmemektedir. Ancak üstün nitelikteki özel veya kamusal yarar şartını örneklendirmekte fayda vardır. Buna göre, mesela bir gerçek kişiye ait olan adın aynı zamanda bir şirket adı olması halinde, alan adını tescil ettirme hususunda gerçek kişinin iradesinin dikkate alınması üstün nitelikte özel yarar olarak nitelendirilebilir. Aynı şekilde 5651 sayılı kanunun 8/1-a maddesinde yer alan sebeplerle, bir İnternet sitesine erişimin engellenmesine mahkeme ya da Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’nca karar verilmesi üstün nitelikte kamusal zarara örnek verilebilir.

²⁶⁵ HELVACI, Koruyucu Davalar, 86.

743 sayılı eski Medenî Kanunun 24/a maddesinde yer alan saldırıya son verilmesi davası, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası ve saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası 4721 sayılı Medenî Kanunun 25. maddesinde aynen benimsenmiştir.

1. Taraflar

Koruyucu davaların davacı tarafı, kişilik hakları ihlâl edilen kimselerdir. Bu davaları açabilmek için dava (hak) ehliyetine sahip olmak yeteli olup taraf (fiil) ehliyetine sahip olmak gerekmez. Bu bakımdan kişilik hakları ihlâl edilen ya da ihlâl edilme tehlikesiyle karşı karşıya kalan ayırt etme gücüne sahip çocuk da TMK m. 24 ve 25 uyarınca hakimden korunmasını isteyebilir²⁶⁶.

Ölen kimsenin yakınları ölünün hatırasına yapılan saldırılar dolayısıyla koruyucu davaları açabilirler. Bu kimselerin ölen kimsenin mirasçıları olmaları gerekmez. Kişilik hakları kişiye sıkı sıkıya bağlıdır. Dolayısıyla kişinin ölümü ile kişilik hakları da sona erer. Bu sebeple kişi öldükten sonra ancak hatırasına yapılan bir saldırı söz konusu olabilir. Bu durumda yakınların açacakları koruyucu davalar da ölünün kişilik hakları dolayısıyla değil kendi kişilik hakları dolayısıyla açılabilecektir. Nitekim Yargıtay'ın da kararı aynı yöndedir²⁶⁷.

Tüzel kişilerin manevi tazminat isteyip isteyemeyeceği tartışmalı olmakla birlikte²⁶⁸ tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlâl edilmesi durumunda koruyucu davaları açabilecekleri kabul edilmektedir.

²⁶⁶ İMAMOĞLU, Hülya: “Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması”, AÜHFD, y.2005, C.54, S.2, s. 213.

²⁶⁷ Bir kimsenin, mirasçısı olsun ya da olmasın, ölmüş olan yakınına yönelen her tecavüz o kişinin kişisel varlığına yönelmiş sayılır. Kişisel varlığa dahil olan bu hak miras yoluyla ve ölenin bir hakkı olarak değil yakınının ölümü ile kişiliğinin çevresine giren manevi bir haktır. Yani bu hak miras yoluyla geçmiş bir hak değil, onların ölmüş olan yakınlarına yönelmiş bir davranış olması sebebiyle kişilik varlıklarında meydana getirilmiş halele uğratmadan doğan bir giderme istediğidir (Y. 4.HD, 30.12.1975 T., 3206 E., 129312 K.).

²⁶⁸ Tüzel kişilerin manevi tazminat isteyip isteyemeyecekleri hususu “manevi tazminat davası” başlığı altında ele alınacaktır.

Koruyucu davaların davalı tarafı ise kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan fiilleri gerçekleştiren kimsedir. Kişilik haklarını ihlâl eden kimselerin bu davranışlarından sorumluluğu esas itibariyle kusur sorumluluğuna dayanmakta ise de kusursuz sorumluluğa da dayanabilir.

İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakları ihlâllerinde davalı taraf bakımından bazı durumlarda farklılıklar vardır. Çalışmamızın önceki bölümlerinde de değindiğimiz üzere, İnternet ortamında kişilik haklarını ihlâl niteliği taşıyan yazı, resim, video gibi içerikleri yayınların kimliğini belirlemedeki güçler, failin kimliği tespit edilmiş olsa bile ona karşı dava açmada yaşanan güçlükler ve İnternet ortamının özgür yapısına karşılık anarşi ortamının oluşmasını engelleme gayreti bu türden içeriklerin dağıtımında rol oynayan üçüncü kişilere de dava açılabilmesi eğilimini artırmıştır. Böylece İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakları ihlâllerine karşı, hukuka aykırı içeriği bizzat İnternet ortamına aktaran failin (içerik sağlayıcının) yanı sıra; İnternet servis sağlayıcısı, erişim sağlayıcısı ve yer sağlayıcısı gibi kimselere karşı da, belirli şartların varlığı halinde, dava açılabilir. Üçüncü kişilere dava açılabilmesindeki bu şartlar genel olarak, objektif özen yükümlülüğüne aykırılıklardır.

2. Saldırı Tehlikesinin Önlenmesi (Önleme) Davası

Kişilik haklarına yapılan herhangi bir saldırı henüz mevcut olmamakla beraber, somut bir takım fiil ve olgulardan hareketle, çok yakın bir gelecekte gerçekleşmesi kuvvetli bir ihtimal dâhilinde olduğu gözlenen hukuka aykırı²⁶⁹ saldırılara karşı saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açılabilir²⁷⁰. Böylece kişilik haklarına yapılabilecek bir saldırı daha meydana gelmeden

²⁶⁹ Saldırı tehlikesinin önlenmesi davasının açılabilmesi için varlığı iddia edilen tecavüz ya da tecavüzün tekrarlanması tehlikesinin hukuka aykırı bir yönünün olması gerekir (DOĞAN, Önleme, 388). Şayet gerçekleştirileceği belirtilen fiil ya da olgu hukuka aykırı değilse bu dava açılmaz. Örneğin bir web sitesinde ünlü bir kimsenin hayatıyla ilgili yazı dizisi yayınlanacağını duyurulması önleme davasının açılabilmesi için yeterli değildir. Çünkü kamuya mal olmuş bir kimsenin hayatının kaleme alınması, hele ki sır alanına dair bilgiler de içermiyorsa, hukuka aykırı sayılmaz.

²⁷⁰ AKİPEK/AKINTÜRK, 398.

önlenebilecektir. Örneğin özellikle İnternet ortamında yasa dışı yollardan film ve müzik paylaşımı yapan web sitelerinde, belirli kimselere ait müzik parçalarının ya da sinema filmlerinin yakında paylaşımına sunulacağına dair duyurular yer almaktadır. İlgili kimseler bu duyuru üzerine, saldırı tehlikesinin önlenmesini mahkemeden talep edebilirler. Davanın açıldığı gün henüz ortada gerçekleşen bir saldırı yoktur. Ancak pek yakın bir gelecekte saldırının gerçekleşmesi ihtimal dâhilindedir.

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası; saldırıya son verilmesi, tespit, maddi ve manevi tazminat, sebepsiz zenginleşme ve vekâletsiz iş görme davalarından farklı olarak saldırı sonuçlarına yönelik değil bizzat saldırı fiilinin kendisine yöneliktir. Bu sebeple saldırı tehlikesinin önlenmesi davası gerçekleşmesi muhtemel görülen bir saldırının sonuçlarını önlemeye yönelik değil bizzat gerçekleşmesi muhtemel görülen saldırının kendisine, yönelik olacaktır²⁷¹.

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâlüne yönelik herhangi bir saldırı ihtimalinin bulunması bu davanın açılması için yeterli değildir. Aynı zamanda bu saldırı tehlikesinin ciddilik boyutuna da ulaşması gerekir²⁷². Ancak tehlikenin ciddi olup olmadığının tespiti de bir o kadar güçtür. Bu bakımdan saldırı tehdidinde bulunan kimsenin bunu yapabilme imkânının göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılması yani ciddi bir karinenin varlığı yeterli olur. Örneğin hiç müzik albümü olmayan bir kimsenin müziklerinin İnternette paylaşılacağına dair bir haber için önleme davası açılamamalıdır. Bu davanın açılması için aynı zamanda tehlikenin yakın olması da gerekir²⁷³. Örneğin henüz proje aşamasına dahi gelmemiş bir sinema filminin web sayfasında paylaşılacağına dair bir söylem nedeniyle saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açmak tehlikenin yakın olmaması nedeniyle yerinde olmayacaktır.

²⁷¹ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 321; DOĞAN, Önleme, 378.

²⁷² DURAL/ÖĞÜZ, 145.

²⁷³ HELVACI, Koruyucu Davalar, 123.

Bu dava bir zamanaşımı süresine ya da bir hak düşürücü süreye tabi değildir. Niteliği gereği saldırı tehlikesi sürdüğü müddetçe bu davanın da açılması mümkündür. Eğer saldırı gerçekleşmişse ya da saldırının gerçekleşme ihtimali ortadan kalkmışsa artık bu davanın açılması mümkün değildir²⁷⁴. İlk durumda artık saldırı gerçekleştiği için önlemeden bahsedilemeyeceğinden ikinci durumda ise dava konusuz kalacağından saldırının önlenmesi davası açılamaz²⁷⁵.

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası bir eda davasıdır. Ancak gerçek eda davasından farkı, mahkemece yerine getirilmesi istenen davranışın ne zaman yerine getirileceğinde görülür. Gerçek eda davasında davalı muaccel bir edada bulunmaya zorlanırken saldırı tehlikesinin önlenmesi davasında talep başlangıçtan geri muacceldir fakat bunun kullanılması ileri bir tarihe ertelenmiştir²⁷⁶.

Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası kabul edilmişse verilecek kararda davalıya bir yapmama yükümlülüğü yüklenir²⁷⁷. Karara uymama durumunda

²⁷⁴ HELVACI, Gerçek Kişiler, 123; DOĞAN, Önleme, 410.

²⁷⁵ Ancak Yargıtay bir kararında, gerçekleşen saldırıların incelenerek bundan sonra da saldırı tehlikesinin bulunup bulunmadığının araştırılması ve eğer hukuka aykırılık ve saldırı tehlikesi unsurları varsa aynı tarzdaki yayınların bundan sonra yapılmaması için önlenme kararı verilmesi gerektiğini belirtmiştir. Sözü edilen karara konu olayda, bir gazete bir banka hakkında 02.03.2000 tarihli nüshasında banka yönetiminin SSK'dan düzmece belge alarak Alman mahkemelerini yanıltmaya çalıştığını ve böylece prim kaçırdığını iddia etmiştir. 21.06.2000 ve 13.07.2000 tarihli nüshalarda da benzer içerikte haberler yer almıştır. Bunun üzerine banka vekili, gazetenin asılsız yayınlarla bankanın kişilik haklarının ihlaline devam ettiğini, bu sebeple MK m24/a (m.25) gereğince tecavüz tehlikesinin önlenmesini talep etmiştir. Yerel mahkeme ise saldırı tehlikesinin önlenmesinin istenmesi için saldırının devam etmesi gerektiği, mezkûr olayda ise saldırının gerçekleşip bittiği dosya kapsamından anlaşılmakla konusuz kalan davanın reddine karar verildiği belirtilmiştir (Y. 4.HD, 16.04.2001 T., 2001/243 E., 2001/3858 K.). Kişilik haklarının ihlal edildiği iddiasına konu olan yayınlar arasındaki süreler de dikkate alındığında gerçekleşen saldırıların süreklilik arz ettiğinden bahsetmek mümkündür. Dolayısıyla burada başlayan ve devam eden bir saldırıdan söz edilebilir. Başlayıp devam eden saldırılar sebebiyle açılacak dava ise durdurma davasıdır. Durdurma davası yönünden saldırının devam ediyor olması şartı geniş yorumlanmalıdır. Eğer kişilik haklarını ihlal eden davranış failin iktidarında ise durdurma davası, failin iktidarı dışında etkilerini sürdürüyor ise tespit davası açılmalıdır. (OĞUZMAN, M. Kemal : “İsviçre ve Türkiye’de Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu’nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüzlere Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 21.). Bu sebeple burada açılması gereken dava durdurma davasıdır. Açıklanan nedenlerle, önleme davası açılabilmesi için saldırının başlamamış olması gerektiğinden, olayda ise saldırının başlayıp devam ettiğinden hareketle konusuz kalan davanın reddi gerekir.

²⁷⁶ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 322; SERDAR, 251; DOĞAN, Önleme, 383.

²⁷⁷ Ancak bazen saldırı tehlikesinin önlenmesi davası neticesinde, hâkim verdiği karar da davalıya “yapma” şeklinde olumlu bir davranış yükümlülüğü de yükleyebilir. Özellikle İnternet ortamında

herhangi bir cezai yaptırım uygulanmamaktadır. Ancak hüküm icra takibine konu edilirse bu takdirde icra hukukuna ilişkin yaptırımlar gündeme gelmektedir. Bu durum ise saldırı tehlikesinin önlenmesi davasından murat edilen korumanın sağlanamamasına yol açmaktadır. Bu sebeple saldırı tehlikesinin önlenmesi kararı ile birlikte bir cezai yaptırımlara ilişkin hükümlerinde kararda yer alması saldırı tehlikesinin önlenmesi davasının daha işlevsel olmasına olanak tanır²⁷⁸. Öte yandan, eğer davalı yapmama yükümlülüğünü ihlâl ederek saldırıyı gerçekleştirmişse artık yapmamaya zorlanamaz. Çünkü gerçekleştirilen saldırının önlenmesi artık mümkün değildir²⁷⁹.

Bazı hallerde saldırı tehlikesinin önlenmesi davasının açılması için gereken şartların varlığına rağmen önleme davası reddedilebilir. Eğer saldırı tehlikesine yol açan kimse kusursuz ve açıklama ilgilisi için hafif bir haksızlık teşkil ederken bunun engellenmesi açıklayan kimseyi büyük ekonomik zarara uğrattıyor ise saldırı tehlikesinin varlığına rağmen dava reddedilir²⁸⁰. Örneğin basılmış ancak henüz dağıtımı ve satışı yapılmamış bir eğitim CD'si veya DVD'sinde yer alan ve bir kimsenin kişilik haklarına ağır bir saldırı teşkil etmeyen bir video nedeniyle açılan saldırı tehlikesinin önlenmesi davası reddedilebilir.

gerçekleşmesi pek yakın ve olası görülen kişilik hakları ihlallerine karşı içerik sağlayıcıya ulaşamadığı durumlarda saldırı tehlikesinin önlenmesi davasını yer sağlayıcıya karşı açmak mümkündür. Örneğin bir kimsenin özel sırlarına ait video ve fotoğraflarını dizi halinde web sitesinde yayınlacağını ilan eden bir kimsenin (içerik sağlayıcının) kimliği belli değilse ya da o kimseye ulaşamıyorsa, saldırı tehlikesinin önlenmesi davası yer sağlayıcıya karşı açılabilir. Böyle bir dava neticesinde yer sağlayıcıya “eğer içerik sağlayıcı İnternete dünyanın herhangi bir yerinden bağlanıp web sayfasına, davacı kimsenin kişilik haklarını ihlal niteliği taşıyan bir içerik yüklerse bu içeriği yayından kaldır, sil” şeklinde olumlu bir davranış yükümü de yüklenebilir. Böyle bir durumda, kişilik haklarını ihlal niteliği taşıyan içerik İnternet ortamına aktarıldığında, yer sağlayıcısının ayrıca bilgilendirilmesi gerekeceği açıktır.

²⁷⁸ BELLİ, Doğan Bülent: Basın Yolu İle Kişilik Haklarına Saldırıdan Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara 2008, s. 82.

²⁷⁹ SERDAR, 251.

²⁸⁰ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 328.

3. Saldırıya Son Verilmesi (Durdurma) Davası

Kişilik haklarına yönelmiş ve hâlâ da devam etmekte olan hukuka aykırı saldırıların durdurulması veya tekrarına engel olunması için saldırıya son verilmesi davası açılabilir²⁸¹. Davanın amacı kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyan hukuka aykırı duruma son vermektir²⁸². Bu dava ile kişilik haklarını ihlâl eden fiil ya da olgudan önceki duruma dönmek amaçlanmaz. Çünkü önceki durumun yeniden tesis edilmesi tazminat davalarının amacıdır. Bu dava ile devam etmekte olan saldırının daha ağır sonuçlar doğurmasını engellemek, saldırı sebebini ve kaynağını kurutmak amaçlanır²⁸³.

Bu davanın açılabilmesi için İnternet ortamında devam eden bir saldırının varlığı gerekir. Saldırı sona ermiş ancak etkileri devam etmekte ise bu davanın açılmaması gerekir²⁸⁴. Saldırının etkileri devam etse bile açılacak dava aşağıda da izahına çalışılacağı üzere tespit davasıdır. Ancak saldırı sona ermiş olsa bile etkileri devam ediyorsa bu davanın açılabileceğini belirten görüşler de mevcuttur²⁸⁵.

Saldırı dolayısıyla açılan durdurma davası devam ederken saldırıya mütecaviz tarafından son verilirse ya da saldırı herhangi bir sebeple son bulursa dava konusuz kaldığı için reddedilmelidir. Ancak saldırı devam ederken bir zarar da doğmuşsa davacı, kişilik hakları ihlâl edilen kimse, saldırının durdurulmasının yanında bu zararın tazminini de isteyebilir²⁸⁶. Dava devam ederken saldırı sona ermiş ve bu arada da zarar doğmuşsa davacının saldırının önlenmesi şeklinde açtığı davayı ıslah ederek tazminat davası olarak sürdürmesine bir engel yoktur²⁸⁷.

²⁸¹ AKİPEK/AKINTÜRK, 396.

²⁸² HELVACI, Gerçek Kişiler, 124.

²⁸³ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 333.

²⁸⁴ DURAL/ÖĞÜZ, 144.

²⁸⁵ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 334.

²⁸⁶ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 473.

²⁸⁷ Islah hakkında ayrıntılı bilgi için Bkz. KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder: Medeni Usul Hukuku, B.19, Ankara 2008, s. 577 vd.

Saldırıya son verilmesi davasının açılabilmesi için son vermenin mümkün olması gerekir. Kişilik haklarına asıl müdahale maddi olmayan saldırılarla gerçekleşmektedir. Buna rağmen bu saldırılara hukuken ya da başka bir suretle son vermek mümkün değildir. Örneğin ünlü kimselerin uygun olmayan resim ve videoları İnternet ortamında yayımlandıktan sonra bu içerikler kaldırılmış olsa dâhi, toplumun değer yargıları bu kişileri hep başka şekillerde tasvir edecektir. Bu devam eden manevi saldırılara rağmen saldırıya son verilmesi davası açmak mümkün değildir.

Saldırıya son verilmesi davasının açılabilmesi için davacının durdurmada bir yararının olması gerekir. İnternet ortamında bir saldırı güncelliğini yitirdikten sonra bu davanın açılmış olması bu kez konuyu İnternet ortamında takip etmeyen kimselerin de dikkatini çekeceğinden saldırıya son vermede bir yarar bulunmaması nedeniyle dava reddedilmelidir²⁸⁸.

Saldırıya son verilmesi davası genellikle kişinin manevi varlığı ile meslekî – ekonomik varlığına yönelik saldırılarda karşımıza çıkmaktadır. Kişinin maddi varlığına ilişkin saldırılar hakkında saldırıya son verilmesi davası ise oldukça az rastlanır bir durumdur²⁸⁹. Yani kısaca, zaman içine yayılmayıp kısa sürede olup biten saldırılara karşı saldırıya son verilmesi davası açılmaz²⁹⁰. Örneğin İnternet üzerinden yapılan eş zamanlı sohbet ortamlarında bir kimseye hakaret edilmesi halinde saldırıya son verilmesi dava edilemez. Çünkü hakaret içeren yazılar, sohbet ortamı kesintiye uğrayana hakaret eden ve edilen kimsenin bilgisayar ekranında gözükmekte, sohbet ortamının kesintiye uğraması ile birlikte de sohbet yapılan ekranlardan silinmektedir. Ancak her zaman neticesi harekete bitişik davranışlar hakkında saldırıya son verilmesi davası açılmaz da denemez. Mesela hakaret içerikli sözlerin bir web sitesinde yayınlandığı durumlarda,

²⁸⁸ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 337; SERDAR, 259.

²⁸⁹ BULUT, 178.

²⁹⁰ HELVACI, Gerçek Kişiler, 124.

içerik web sayfasında durduğu ve İnternet kullanıcılarının erişim imkânı bulunduğu müddetçe saldırı da devam ediyor demektir. Bu halde kişilik hakları ihlâl edilen kimse mahkemeden koruma talep edebilir²⁹¹.

4. Saldırının Hukuka Aykırılığının Tespiti (Tespit) Davası

Saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası sona ermiş olmakla birlikte etkileri devam eden kişilik haklarının ihlâli hallerinde mümkün olup saldırı tehlikesinin varlığında ya da devam eden saldırılarda açılmaz²⁹². Nihayet Medenî Kanunumuzun 25/l maddesinde de "...sona ermiş olsa bile etkileri devam eden saldırıların hukuka aykırılığının tespiti istenebilir" denilmek suretiyle tespit davası açmakla etkileri hâlâ devam eden bir saldırının hukuka aykırılığının mahkemece saptanması istenmektedir.

Bir görüşe göre, henüz sona ermemiş bulunan ya da saldırıya son verilmesi davasına temel olmak üzere, çok yakın ve olası bir saldırı hakkında

²⁹¹ Yargıtay'ın 2001 yılında verdiği bir karara konu olan olayda, gerek gazetede gerek gazetenin İnternet sayfasında yer alan yazıda kişilik haklarının ihlal edildiğini ileri süren bir kişi, gazete aleyhine İnternet sayfasındaki yayının durdurulması ve manevi zararının karşılanması istemiyle dava açmıştır. Yerel mahkeme de isteme uygun olarak İnternet sayfasındaki yayının durdurulmasına ve manevi tazminat isteminin de kısmet kabulüne karar vermiştir. Tarafların kararı temyiz etmesi üzerine 08.02.2001 tarihinde Yargıtay, İnternetteki yayınlar nedeniyle yapılacak işlemler konusunda kanuni düzenlemelerin henüz mevcut olmadığı, hâlbuki mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleşebilmesi için kararın infaz edilebilir olması ve böylece yaptırımın da uygulanabilir olması gerektiği, şu aşamada İnternette yapılan bir yayının İnternette çıkarılması ve yayının durdurulması konusunda kanuni bir düzenlemenin olmadığı, bu bakımdan verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılabilir bir durum arz ettiği, bunun ise yargı kararlarının etkisiz kalması ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabileceği, bu nedenlerle buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmiş olmasının bozmayı gerektirdiği şeklinde karar vermiştir (Y. 4.HD, 08.02.2001 T., 2001/755 E., 2001/1157 K.). Anayasal hüküm gereği hâkim önüne gelen bir uyuşmazlık hakkında karar vermekten kaçınamaz. MK m. 1 gereğince de hâkim kanunda uygulanabilir bir hüküm yoksa örf ve âdet hukukuna göre, bu da yoksa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak idiyse ona göre karar verir. Bu hükümler birlikte değerlendirildiğinde mevcut kanuni düzenlemelerin yetersizliği sebebiyle hâkimin kural koyması isabetli gözükmektedir. Diğer yandan gazetenin İnternet sayfalarını düzenleyen kimse, içerik sağlayıcı, belirlenebilir olduğundan kararın infaz kabiliyeti de mevcuttur. Bu ve benzeri sebeplerle karar eleştirilere konu olmuştur (Örneğin Bkz. DOĞAN, Murat: "İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlaline Karşı Durdurma Davası", AÜEHFD, y.2003, C.VII, S.1-2, s. 395 (DOĞAN, Durdurma). Günümüzde ise gerek yeni bir takım kanuni düzenlemeler gerek yargı kararlarındaki istikrar bu vb. tartışmaları azaltmıştır.

²⁹² DURAL/ÖĞÜZ, 146.

tespit davası açmaya bir engel yoktur²⁹³. Belirtmek gerekir ki TMK m. 25/II'de düzenlenen tespit davası ile HUMK'da düzenlenmeyen ancak öğreti ve yargı tarafından ittifakla benimsenen tespit davası arasında fark vardır. Uygulamadaki tespit davası bir hukuki ilişkinin var olup olmadığının saptanması istemiyle açılır²⁹⁴. Oysa TMK' deki tespit davası sona eren saldırının etkilerinin saptanması istemine dayanır. Bu farka rağmen TMK'de düzenlenen tespit davasında da tıpkı uygulamadaki tespit davasında olduğu gibi "hukuki yarar" şartının aranmalıdır. Bu itibarla saldırının gerçekleşmiş ya da gerçekleşme ihtimalinin çok kuvvetli olduğu durumlarda, saldırıya son verilmesi ya da saldırı tehlikesinin önlenmesi davası açmanın yanında, ayrıca, tespit davası açmakta hukuki bir yarar yoktur²⁹⁵. Ancak kişilik haklarına saldırının etkileri hâlâ devam etmekte ise dava önce bir dava ikame edilememiş olduğundan mahkeme kararıyla bu durumun tespitinde artık hukuki bir yarar vardır²⁹⁶. Yani, özetle, diğer davaların açılmasına artık imkân yoksa hukuki koruma tespit davası ile istenebilecektir²⁹⁷.

5. Kararın Yayınlanması veya Üçüncü Kişilere Bildirilmesi

Medenî Kanunumuzun 25/II maddesine göre davacı, saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi veya devam eden saldırının hukuka aykırılığının tespiti ile birlikte düzeltmenin veya kararın üçüncü kişilere bildirilmesi ya da yayınlanması isteminde de bulunabilir.

TMK m. 25/II'nin ifadesi sadece hukuka aykırılığın tespiti halinde kararın yayımlanması ve üçüncü kişilere bildirilmesi talep edilebilirmiş izlemi vermektedir. Saldırının hukuka aykırılığının tespitinden hemen sonra

²⁹³ ZEVKLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 475; BULUT, 179.

²⁹⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 289.

²⁹⁵ Aynı yöndeki görüş için Bkz. AKİPEK/AKINTÜRK, 399.

²⁹⁶ HELVACI, bu suretle açılan tespit davasının, üçüncü kişilerce saldırılarda, saldırının etkilerini yok etmeye yönelik bir fonksiyonunun olduğunu, bu açıdan saldırıya son verilmesi davasına yaklaştığını belirtmektedir (HELVACI, Gerçek Kişiler, 126).

²⁹⁷ AKİPEK/AKINTÜRK, 399.

kullanılan “bununla birlikte” ifadesi mahkeme kararının yayımını sadece kişilik haklarına saldırının hukuka aykırılığının tespiti halinde talep edileceği izlenimi doğsa da sadece tespit kararının yayımı ve üçüncü kişilere bildirilmesi ile sınırlı tutmamak gerekir. Bu sebeple kişilik hakları ihlâl edilen kimse, mahkeme kararının yayımlanmasına ve üçüncü kişilere bildirilmesine ilişkin koşullar varsa bu konudaki talebini saldırı tehlikesinin önlenmesi, saldırının durdurulması, maddi ya da manevi tazminat davası ile birlikte de ileri sürebilir²⁹⁸.

Kişilik haklarını korumaya yönelik açılacak davanın şartları gerçekleşmişse kararın yayımlanması veya üçüncü kişilere bildirilmesi talebi dava ile birlikte ileri sürülebilir. Dolayısıyla bu talep tek başına kullanılmaya elverişli olmadığından bağımsız bir dava niteliği de taşımaz²⁹⁹. Kişilik haklarının ihlâl edilmesi neticesinde açılan davada eğer ayrıca talep yoksa kararın yayımlanması ve üçüncü kişilere bildirilmesine de karar verilemez. Talep olmaksızın böyle bir kararın verilmiş olması sırf bu yüzden kararın Yargıtayca bozulmasını gerektirir³⁰⁰.

Kararın yayımlanmasına karar veren hâkim, kararında yayımın ne şekilde yapılacağını, kapsamının ne olacağını ve hangi araçlarla yayımlanacağını belirtir. Hâkim davacının talebiyle bağlı olmayıp kararın yayımının onun açısından yararlı olup olmadığını takdir eder. bu bağlamda kişilik haklarını ihlâl eden davranışın üzerinden uzun zaman geçmişse kararın yayımlanmasının davacı için bir yararı yoktur. Aksine böyle bir yayım kararı yukarıda da ifade edildiği gibi davacı açısından yeni zararlı sonuçlar doğurabilir³⁰¹. Hâkim kararın yayımına karar verdiğinde yayımlanacak olan kısım kararın tamamı değil sadece hüküm kısmı olmalıdır³⁰².

²⁹⁸ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 344.

²⁹⁹ SERDAR, 261.

³⁰⁰ BULUT, 179.

³⁰¹ Konuyla ilgili olarak Yargıtay; dava konusu yayın üzerinden uzunca süre geçmiş olması ve ayrıca tazminata hükmedilmekle davalının hukuka aykırı davrandığına ilişkin sonucun hükümle doğrulanmış bulunması, bundan böyle bir karar özetinin yayınında artık davacı için etkin ve önemli bir yararın varlığı da kalmadığından, hüküm altına alınan tazminatla birlikte hüküm özetinin yayınlanmasına da

6. Cevap ve Düzeltme Hakkı

a. Genel Olarak

Cevap ve düzeltme hakkı Anayasal dayanağı olan bir haktır. Anayasanın 32. maddesinde, düzeltme ve cevap hakkının ancak kişilerin şeref ve haysiyetine dokunulması veya kendileriyle ilgili gerçeğe aykırı yayınlar yapılması hallerinde tanınacağı ve bu hususların kanunla düzenleneceği öngörülmektedir. Buna göre, gerçeğe aykırılık ve şeref ve haysiyet hakkının ihlâli şeklinde iki unsuru bulunan cevap ve düzeltme hakkı, yayın yoluyla kamuoyu nezdinde küçük düşürdüğü ve hakkında yanlış bir kanaat oluşturulduğunu ileri süren kimselere tanınmış önemli bir savunma hakkıdır³⁰³. Yani bu hak, yayın yoluyla kişilik hakları ihlâl edilen ya da kendisiyle ilgili olarak gerçeğe aykırı haberler yayınlanana bir kimseye saldırı silahına eş, etkili bir savunma silahı vermek amacıyla kabul edilmiştir³⁰⁴.

Kişilik haklarının korunmasına yönelik olarak bizzat Anayasa’da genel çerçevesi çizilen düzeltme ve cevap hakkı, ülkemizde özel kanunlarla düzenlendiğinden ayrıca Medenî Kanun hükümleri arasında yer almamıştır.

İnternetin olmadığı ya da yaygın olarak kullanılmadığı dönemlerde cevap ve düzeltme hakkı ile ilgili düzenlemeler başta Anayasa olmak üzere, Basın Kanunda ve Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayınları Hakkında Kanun’da düzenlenmişti. Ülkemizde İnternet kullanımının yayımlaşması ve buna bağlı olarak İnternet ortamında kişilik hakları ihlâllerinde meydana gelen

karar verilmiş bulunmasında uygunluk görülmediğini ifade etmiştir (Y. 4.HD, 16.02.1999 T., 1998/755 E., 1999/1148 K.).

Yayın tarihine göre, olayın güncelliği kalmadığından, yayın kararı verilmesinde hukuki bir yarar yoktur. Açıklanan yön gözetilmeksizin karar özetinin yayınlanmasına karar verilmiş olması bozma nedenidir (Y. 4.HD, 11.02.1999 T., 1998/4920 E., 1999/905 K.).

³⁰² KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 345.

³⁰³ REİSOĞLU, Safa: “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan, İstanbul 2007, s. 317 (REİSOĞLU, Kişilik).

³⁰⁴ GÖLCÜKLÜ, Feyyaz: “Radyo – Televizyonda Düzeltme ve Cevap Hakkı”, AÜSBFD, y.1975, C.20, S.4, s. 125.

artış sebebiyle 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlene Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun ve buna bağlı olarak çıkarılan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelikte de düzenleme yapma yoluna gidilmiştir.

Yargıtay verdiği bir kararda düzeltme metninin yayınlanmaması nedeniyle ayrıca tazminata hükmedilemeyeceğini ifade etmiştir³⁰⁵. Dolayısıyla her şeye rağmen mahkemenin verdiği düzeltme kararının yayınlamayan bir kimse hakkında manevi tazminat davası açmak mümkün olmayacaktır. Bu durumda düzeltme metnini yayınlamayan kişinin mahkeme kararını yerine getirmediği gerekçesiyle hakkında cezai soruşturma ve kovuşturma başlatılabilir.

b. 5651 Sayılı Kanun ve İlgili Yönetmelikte

Ülkemizde İnternet kullanımı yaygınlaşmaya başladıktan sonra İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakları ihlallerinde de bir artış olmuştur. 5651 sayılı kanun yürürlüğe girene kadar İnternet ortamında yapılan yayınlardan dolayı kişilik hakları ihlâl edilenlerin mağduriyetleri kıyas yoluyla giderilmeye çalışılsa³⁰⁶ da bu konuda kanuni düzenlemelerin bulunmayışı nedeniyle talepler mahkemelerce reddedilmiştir³⁰⁷. 2007 yılında 5651 sayılı kanunun yürürlüğe girmesiyle mevzuat anlamındaki bu eksiklikler de giderilmiştir.

³⁰⁵ “Davacının tekzibe konu olan ve haksız eylem oluşturan yazı nedeniyle kişilik haklarının saldırıya uğradığını belirterek açtığı dava sonunda, manevi tazminata hükmedildiği ve hükmün kesinleştiği anlaşıldığına göre; aynı yazının tekzibine dair metnin yayınlanması isteminin yerine getirilmemiş olması, ayrıca manevi tazminat verilmesini gerektirmez” (Y. 4HD, 13.5.2002 T., 2613 E., 5632 K.). (KAÇAK, Nazif: Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medenî Kanunu, B.1, Ankara 2004, s. 133.)

³⁰⁶ ONGUN, Coşkun: Gazete, Radyo, TV ve İnternet Yayınlarında Basın Davaları, İstanbul 2008, s. 27; “İnternette yayınlanan dönemsel nitelikteki yayınlara karşı cevap ve düzeltme hakkının kullanılması gerekir. Örneğin gazete ve dergilerin web sayfalarındaki yayınlarında 5187 sayılı Basın Kanunun 14. maddesinin öngördüğü şartlar varsa bu madde çerçevesinde cevap hakkının kullanılmaması için bir neden düşünmüyoruz” (İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener: Kitle Haberleşme Hukuku, B.6, İstanbul 2005, s. 482.).

³⁰⁷ ÖZEL, Cevat: Kitle İletişim Araçları ve Kişilik Haklarının Korunması, İstanbul 2003, s. 91 (ÖZEL, C.).

5651 sayılı kanunun 9. maddesi “içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” başlığı altında cevap ve düzeltme hakkını düzenlemiştir. Anılan madde hükmü şu şekildedir:

(1) İçerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi, içerik sağlayıcısına, buna ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına başvurarak kendisine ilişkin içeriğin yayından çıkarılmasını ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabı bir hafta süreyle İnternet ortamında yayımlanmasını isteyebilir. İçerik veya yer sağlayıcı kendisine ulaştığı tarihten itibaren iki gün içinde, talebi yerine getirir. Bu süre zarfında talep yerine getirilmediği takdirde reddedilmiş sayılır.

(2) Talebin reddedilmiş sayılması halinde, kişi onbeş gün içinde yerleşim yeri sulh ceza mahkemesine başvurarak, içeriğin yayından çıkarılmasına ve yayındaki kapsamından fazla olmamak üzere hazırladığı cevabın bir hafta süreyle İnternet ortamında yayımlanmasına karar verilmesini isteyebilir. Sulh ceza hâkimi bu talebi üç gün içinde duruşma yapmaksızın karara bağlar. Sulh ceza hâkiminin kararına karşı Ceza Muhakemesi Kanunu hükümlerine göre itiraz yoluna gidilebilir.

(3) Sulh ceza hâkiminin kesinleşen kararının, birinci fıkraya göre yapılan başvuruyu yerine getirmeyen içerik veya yer sağlayıcısına tebliğinden itibaren iki gün içinde içerik yayından çıkarılarak hazırlanan cevabın yayımlanmasına başlanır.

(4) Sulh ceza hâkiminin kararını bu maddede belirtilen şartlara uygun olarak ve süresinde yerine getirmeyen sorumlu kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. İçerik veya yer sağlayıcının tüzel kişi olması halinde, bu fıkra hükmü yayın sorumlusu hakkında uygulanır (5651 sayılı Kanun m. 9).”

30.11.2007 tarih ve 26716 sayılı RG’ de yayımlanan “İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul Ve Esaslar Hakkında Yönetmelik”in 10 maddesi de içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkını düzenlemiştir. Ancak yönetmelikte, yönetmeliklerin ceza hükmü içermeyeceğine dair zorunluluk sebebiyle, sadece ilgili kanunun 9. maddesinin 4. fıkrası çıkarılmış ve buna ilave olarakta 2. fıkradaki Ceza Muhakemesi Kanunu ifadesinin başına “4/12/2004 tarihli ve 5271 sayılı” ifadesi eklenmekle yetinilmiştir. Bu tahlilden de anlaşılacağı üzere, yönetmelik hükmü, yönetmeliklerden muradedilen şeylerin uzağında, bir tekrardan ibaret kalmıştır.

5651 sayılı Kanunun 9/1 maddesinde, İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kimler “içerik nedeniyle hakları ihlâl edildiğini iddia eden kişi”ler olarak ifade edilmiştir. Bu hükmün, bu kanundan önceki kanunlardan farklı olarak sadece şeref ve haysiyete yönelik ihlâller halinde içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkının kullanılmasıyla yetinilmeyip, kişinin meslekî ve ekonomik haklarının ihlâl edilmesi halinde de içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı tanındığı şeklinde yorumlanmalıdır.

Anılan türden bir yorum, bazı müelliflerin ifade ettiği gibi³⁰⁸ maddenin uygulanmasında bir belirsizliğe yol açmayıp bilakis madde hükmüyle murat edilen faydanın sağlanmasına da vesile olacaktır. Çünkü yazılı ve görsel medyanın öncelikli amacı, insanları bilgilendirerek kamuoyu oluşturmak ve böylece kamuoyuna hizmet etmektir. Oysa İnternetin amacı iletişim ve bilgi paylaşımı sağlamaktır. Özellikle bilgi paylaşımının takip edilemeyecek kadar hızlı olması, İnternet ortamına her gün milyonlarca yeni içerik eklenmesi, sadece şeref – haysiyete yönelik kişilik haklarını değil kişilik haklarının öteki görünümelerini de ihlâl edebilecek boyuttadır. Bu sebeple olmalı ki 5651 sayılı

³⁰⁸ ÖZDİLEK, Ali Osman: “İnternet Yayınlarında Cevap ve Düzeltme Hakkı”, <http://www.turk.İnternet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=23758>, (E.T.: 17.01.2010) (ÖZDİLEK, Cevap).

kanunun 9. maddesinin başlığı “cevap ve düzeltme hakkı” olarak değil “içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkı” olarak düzenlenmiştir.

9. maddenin açık hükmü karşısında; sinema filmleri, müzik eserleri, sır alanlarına dâhil resim ve videoları ya da telif hakları kapsamında değerlendirilen yani sahibinin aidiyetini taşıyan eserleri, izinleri olmaksızın İnternet ortamında paylaşımına sunulan kimseler, içerik sağlayıcısına (web sitesi sahibine), bunlara ulaşamaması halinde yer sağlayıcısına (hosting hizmeti sunan kişi ya da firmaya) başvurarak, kişilik haklarını ihlâl eden içerik ya da içeriklerin yayından çıkarılmasını isteyebilirler. Bu istemleri yerine getirmeyen kimseler 9. maddede belirtilen haklarını kullanarak içeriğin yayından çıkarılmasını sağlayabilirler.

İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kimseler, kanunun içerik sağlayıcı olarak tanımladığı site sahiplerine ya da site yöneticilerine ulaşamadıkları takdirde sitenin yayınlandığı yer sağlayıcıyı (hosting servislerini) nasıl tespit edecekleri ve onlara nasıl ulaşabilecekleri hususuna kısaca değinmekte fayda vardır. Alan adları sisteminde de belirttiğimiz gibi her alan adı, bir sunucuya (hosting) yönlendirilmek durumundadır. Bu işlem de yer sağlayıcıların verdiği isim sunucularını (name server) alan adı ile ilişkilendirmek suretiyle olur. Aksi halde o alan adı altında web yayını sağlamak mümkün olmaz. Bu ilişkiden hareketle İnternet ortamında alan adı bilgilerinden yer sağlayıcıya ulaşmak mümkündür³⁰⁹. Böylece İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kimseler içerik sağlayıcıya ulaşamaları dahi yer sağlayıcıya ulaşarak içeriğin yayından kaldırılmasını ve cevap hakkını kullanabilirler.

³⁰⁹ Örneğin, “<http://www.domaintools.com/>” ya da buna benzer bir alan adı sorgulama servisinden “hukuk.gazi.edu.tr” alan adının kime ait olduğu (gizlenebilir) ve hangi sunucuda (hostingte) barındırıldığı gibi bilgiler öğrenilebilir.

B. Tazminat Davaları

İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen ve bu suretle zarar gören kimse mahkemeye bu zararın tazmini için dava açabilir. Tazminat davaları maddi ve manevi tazminat davaları olmak üzere iki türdür. Tazminat davaları, kişilik haklarına yapılan saldırılar neticesinde meydana gelen zararlı sonuçları yok etmeyi, düzeltmeyi ve onarmayı amaçlar³¹⁰.

Tazminat davalarının açılabilmesi için kişilik haklarını ihlâl eden failin kusur yeteneğine sahip olması gerekir. Yani eğer kişi tam ehliyetsiz ya da kusursuz sorumlu ise bu kişilere karşı tazminat davaları açılamaz. Sınırlı ehliyetsizler ise TMK m. 16/II hükmü gereğince haksız fiillerinden dolayı sorumludurlar. Dolayısıyla bu ehliyet grubuna giren kimseler haksız bir fiille bir başkasının kişilik haklarını ihlâl ettikleri takdirde, bu kimselere karşı tazminat davası açılabilir.

Tazminat davalarının açılabilmesi için failin kusur yeteneğine sahip olmasının yanında ayrıca bir zararın da gerçekleşmiş olması gerekir. Eğer ortada bir zarar söz konusu değilse tazminat davası açılamaz. Keza zarar tehlikesine karşı da tazminat davası açmak mümkün değildir. Tazminat davaları genellikle kişilik haklarına yönelik saldırılar gerçekleştikten sonra açılrsa da saldırı devam ediyorken bir zarar doğmuşsa tazminat davası açmak mümkündür.

Koruyucu davalardan ve özellikle saldırı tehlikesinin önlenmesi davasından farklı olarak, tazminat davaları kişilik haklarını ihlâl eden fiilinin engellenme yönelik olarak değil kişilik haklarını ihlâl eden fiilin neticesinde ortaya çıkan zararlı sonuçları bertaraf etmeye yönelik olarak açılır.

³¹⁰ HELVACI, Gerçek Kişiler, 127.

Tazminat davalarında da, koruyucu davalarda olduğu gibi, kişilik haklarını ihlâl ettiği gerekçesiyle sorumlu tutulan kimse bir edimi ifa etmek yükümlülüğü altına girer. Ancak bu edim yükümü, koruyucu davalarda olduğu gibi bir şeyi yapma ya da yapmama şeklinde değil çoğunlukla hâkim tarafından tazminat olarak kararlaştırılan bir miktar paranın ödenmesi şeklindedir³¹¹.

1. Maddi Tazminat Davası

Maddi tazminat davası, bir kimsenin kişilik haklarının hukuka aykırı bir fiille ihlâl edilmesi sebebiyle malvarlığında meydana gelen azalmanın ya da artışı engellenmenin tazminini sağlamak amacıyla açılan davadır. Bu dava ile kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin malvarlığında rızası dışında meydana gelen eksilmeyi telafi etmek amaçlanır. Yani bu dava ile, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin zarardan önce malvarlığı ne durumda ise, o durumun yeniden kurulması amaçlanır³¹². Görüldüğü üzere, maddi tazminat davası ihlâl sonucuna yönelik bir davadır³¹³.

Kişilik haklarının ihlâl edilmesi halinde maddi tazminat talep edilebileceği hükmü TMK m. 25/III'ün yanında TMK m. 26/II, 120, 174/II, BK m. 45, 46, 47, 48/I, TTK m. 58, FSEK m. 70/II, 80/VI, RTKYHK m. 28/VIII'de de kişilik haklarının ihlâl edilmesinden dolayı maddi tazminat istenebileceği öngörülmüştür.

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâl edilmesi haksız fiil niteliğinde bir saldırı ise, bu davanın açılabilmesi için kişinin kusuruna dayanan hukuka aykırı bir fiili, bu nedenle bir zararın doğması ve fiil ile zarar arasında da bir bağın olması gerekir. Ancak kişilik haklarının ihlâli, kusursuz sorumluluğu gerektiren bir durumdan kaynaklanıyorsa, maddi tazminat davasının

³¹¹ HELVACI, Gerçek Kişiler, 127.

³¹² EREN, Borçlar, 728.

³¹³ SERDAR, 274.

açılabilmesi için kusur şartı aranmaz³¹⁴. Örneğin İnternet ortamında yayın yapan bir haber sitesi çalışanı, bir başkasının kişilik haklarını ihlâl eder nitelikte bir haber yayınlamışsa ve bundan bir zarar doğmuşsa, haber sitesinin sahibi, kusursuz sorumluluk esasına göre sorumlu tutulabiliyorsa, yani istihdam eden kişinin sorumluluğu söz konusu ise söz konusu yayında bir kusuru olmasa dahi maddi tazminat ödemekle yükümlü tutulur.

Maddi tazminat davasında zararı ispat etme yükümlülüğü BK m. 42 gereğince zarar görene aittir. Zarara uğrayan kişi zararını her türlü delil ile ispatlayabilir. HUMK m. 238/II gereğince bilinen ve meşhur olan olayların ispatı gerekli değildir. Örneğin bir sunucunun çökertilmesi halinde sunucu sahibinin zarara uğrayacağı açıktır.

a. Zararın Hesaplanması

Zarar gören kimse, maddi tazminat davasında, gerçek anlamda ne kadar zarar görmüşse ancak o kadarını tazminat olarak isteme hakkına sahiptir. Gerçek zarar ise serbest piyasa şartlarına göre hesaplanır³¹⁵. Türk hukukunda, Anglo – Amerikan hukuk sisteminden farklı olarak³¹⁶, tazminat miktarı gerçek zararı aşamaz ve tazminat davaları zenginleşme aracı olarak kullanılamaz.

Hâkim, zararın tutar ve kapsamını görevinden ötürü resen belirlemek zorundadır³¹⁷. Maddi tazminat davalarında zararın hesaplanması, bazen

³¹⁴ DURAL/ÖĞÜZ, 149.

³¹⁵ BULUT, 180.

³¹⁶ Örneğin, 1994 yılında ABD’de Stella Liebeck isimli yaşlı bir kadının, McDonald’s’tan satın aldığı kahvenin üzerine dökülmesi neticesinde, derisinin %6’lık kısmına karşılık gelecek şekilde, 3. dereceden yanık oluşmuştur. McDonald’s ise bu zarara karşılık olarak 800 dolardan fazla ödeme yapmayı kabul etmemiştir. Bunun üzerine yaşlı kadın McDonald’s’a dava açmış ve dava neticesinde mahkeme, 2.86 milyon doların yaşlı kadına tazminat olarak ödenmesine karar vermiştir. Kara Avrupa’sı Hukuk Sisteminde kadının ölmesi halinde dâhi bu kadar büyük miktarda tazminat ödenmesi kararlaştırılamaz. (http://en.wikipedia.org/wiki/Liebeck_v._McDonald%27s_Restaurants#cite_note-8, <http://www.prwatch.org/tortreform>) (E.T.: 19.01.2010).

³¹⁷ KARAHASAN, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku – Maddi Tazminat, İstanbul 2001, s. 71 (KARAHASAN, Maddî).

teknik ve uzmanlık gerektiren bir olaya ilişkin olabilir. Bu durumda hâkim bilirkişiye başvurabilir³¹⁸. Örneğin ağ virüsleri ile bir yer sağlayıcısı firmanın veritabanlarına saldıran kimsenin sisteme verdiği zararın ekonomik boyutu hâkim tarafından tespit edilemeyebilir. Bu durumda hâkimin zararı bilirkişi marifetiyle tespit ettirme yetkisi vardır.

Zararın hesaplanma zamanı, kişilik haklarının ihlâl edildiği yani haksız fiilin gerçekleştirildiği gündür. Kişilik hakları ihlâl edilen kimse talep etmesi halinde haksız fiil tarihinden itibaren tazminata gecikme faizi de uygulanacaktır. Yani faizin başlangıcında da haksız fiilin işlendiği gün esas alınır. Çünkü zarar gören kimsenin malvarlığındaki azalma zararlarla birlikte ortaya çıkmıştır.

Kişilik hakları saldırıya uğraması sebebiyle bir zarara uğrayan kimse bu zarar esnasında bazı faydalar elde etmişse bu edinimin ekonomik karşılığı zarar miktarından indirilir. Örneğin kendisine üye olan kimselerin web sitesinde reklam yayını yapan bir kimsenin web sitesi, saldırılar neticesinde kullanılamaz hale gelmişse, üyeleri kendi web sitelerinde reklam yayını yapamadığı için, onlara ücret ödeme borcundan da kurtulacaktır. İşte zarar miktarı hesaplanırken bu kısmın da zarardan düşülmesi gerekir. Hâkimin bu durumu resen dikkate almalıdır³¹⁹.

b. Tazminatın Belirlenmesi ve Ödenme Şekli

Zarar ve bu zarar neticesinde hükmedilecek tazminat arasında sıkı bir bağ vardır. Bu sebeple hükmedilecek maddi tazminat ile kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin mal varlığında meydana gelen azalma karşılanabilmelidir.

³¹⁸ KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.11, Ankara 2009, s. 306 (KILIÇOĞLU, Borçlar).

³¹⁹ EREN, Borçlar, 698.

Diğer yandan tazminat, zararın en yüksek haddini aşmamalı ve böylece kişilik hakları ihlâl edilen kimse bu yüzden zenginleşmemelidir³²⁰.

Tazminat, zararın üst sınırını oluşturduğuna göre, zarara eşit olabileceği gibi ondan eksik de olabilir. Çünkü maddi tazminat davalarında önce zarar, ardından da tazminat hesaplanır. Tazminatın hesaplanmasında ise bir takım indirim sebepleri gündeme gelebilir³²¹.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da verdiği bir kararda tazminatın hesaplanmasında bir takım indirim sebeplerinin uygulanmasının hakkaniyet gereği olduğunu ifade etmiştir³²². Buna göre, kişilik haklarını ihlâl eden kimsenin kusur yoğunluğu yani kast ya da ihmalinin derecesi, müzayaka hali³²³, zarara sebep olan fiilin ağırlığı, zarar gören kimsenin zarara rıza göstermesi, zarar görenin ortak veya kişisel kurusu, tarafların sıfatları, sosyal ve ekonomik durumları tazminat miktarını etkiler.

Kişilik hakları ihlâl edilerek maddi bir zarara uğrayan kişinin bu durumu mahkemece de kabul edildiğinde, zarar veren, zarar görene, bir miktar parayı maddi tazminat olarak ödemeye mahkûm edilir.

Tazminat davası sonunda, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin uğramış olduğu zarar ya aynen ya da nakden giderilir. Alman hukukunda aynen tazmin kuralı geçerli iken İsviçre – Türk Hukukunda tazminatın aynen mi yoksa nakden mi ödeneceğinin takdiri hâkime bırakılmıştır³²⁴. Buna göre,

³²⁰ EREN, Borçlar, 729.

³²¹ KILIÇOĞLU, Borçlar, 315; BULUT, 182.

³²² “Tazminat hukukunun bir ilkesi olarak, sorumluluk şartları gerçekleştiği takdirde, zarar veren, zarar görenin malvarlığında oluşan eksilmeyi gidermek durumundadır. Ne var ki, zararın tamamen giderilmesini amaçlayan tam tazmin ilkesinin katı uygulaması, haksız ve adil olmayan sonuçlara yol açabilmektedir. Bu nedenle, somut olayda gerçekleşen özel sebepler nedeniyle tazminatta bazı indirimlerin yapılması, hakkaniyete daha uygun düşer. Bu düşünceden hareketle, Borçlar Yasası'nın 43 ve 44 maddelerinde, bazı olgular, tazminattan indirim sebebi olarak kabul edilmiş ve somut olayda bunların varlığı halinde, hâkime tazminattan indirim yapma, gereğinde tamamen reddetme yetkisi tanınmıştır.” (YHGK, 14.04.2004 T., 2004/4-207 E., 2004/226 K.)

³²³ TİFTİK, 92.

³²⁴ SERDAR, 274.

hâkim takdir hakkını kullanarak, durumun gereklerine ve zarar veren kimsenin kusurunun ağırlık derecesine göre tazminatın türünü ve kapsamını tayin eder (BK m. 43/l). Hâkim, tazminatın türünde bu belirlemeyi yaparken, davacının talep ettiği tazmin tarzı ile bağlı olmamakla birlikte talepten farklı olarak benimsediği çözümüm gerekçesini kararında belirtmelidir³²⁵.

Kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin zararının, ihlâlden önceki hale getirilmesi veya zarardan önceki durumun nitelikçe aynı olan şeyle sağlanmasının para ödenmesi dışında bir yol ile gerçekleşmesi aynen tazmin olarak nitelendirilir³²⁶. Özellikle İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakları ihlâllerinden maddi bir zarar doğması ve bu zararın da aynen tazmin edilmesi çok ender rastlanacak bir durumdur.

Bir kimsenin malvarlığı değerleri toplamının zarardan önceki ve zarardan sonraki durumu arasındaki farkın karşılanması nakden tazmin olarak nitelendirilir³²⁷. Uygulamada maddi tazminatın en çok görülen şekli nakden tazmindir³²⁸.

2. Manevi Tazminat Davası

Manevi tazminat davası, kişilik hakları hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilen kimselerin uğradığı manevi zararın yani duyduğu manevi acı, elem ve ıstırabın giderilmesi amacıyla öngörölmüş bir davadır³²⁹. Kişilik haklarının ihlâl edilmesi sebebiyle açılacak manevi tazminat davasının şartları TMK m. 24 ve 25'te düzenlenmemiş, bunun yerine BK m. 49'da düzenlenmiştir. BK m. 49'a göre; kişilik hakları hukuka aykırı bir şekilde ihlâl edilen kişi, uğradığı

³²⁵ OĞUZMAN/ÖZ, 574; Ayrıca Bkz. İYİMAYA, Ahmet: Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları, C.2, Ankara 1995, s. 113 vd.

³²⁶ SERDAR, 275.

³²⁷ SERDAR, 276.

³²⁸ Çalışmamız kapsamına dâhil olmamakla birlikte, vücut bütünlüğünün ihlali halinde çalışma gücünün azalması ve adamın ölmesi halinde destekten yoksun kalma zararının tazmininin irat şeklinde olmasına da karar verilebilir (OĞUZMAN/ÖZ, 575.). İrat şeklinde ödeme, belirli aralıklarla uzun süre, bazen ömür boyu süren ödeme biçimidir.

³²⁹ DURAL/ÖĞÜZ, 149; HELVACI, Gerçek Kişiler, 128.

manevi zarara karşılık olarak, manevi tazminat adı altında bir miktar paranın ödenmesini dava edebilir.

Manevi tazminat davası birçok yönü ile maddi tazminat davasına benzemekle birlikte ihlâl edilen değerler bakımından farklılık gösterir³³⁰. Maddi tazminat davasında olduğu gibi manevi tazminat davası açabilmek için de hukuka aykırı bir fiilin ve bu fiil neticesinde bir zararın varlığı şarttır. Eğer hukuka aykırı bir fiil ve fiil sonucunda doğmuş bir zarar yoksa manevi tazminat davası açılamaz.

BK m. 49 'da 3444 sayılı kanunla değişik yapılırken kusurdan hiç bahsedilmemiş olması, öğretide manevi tazminat isteminde bulunabilmek için kusurun gerekip gerekmediği konusunda tartışmalara yol açmıştır³³¹. Bir görüşe göre, madde metninde kusurdan bahsedilmemiş olması, tazminat talebinde kusurun aranmayacağı anlamına gelmez. Bu sebeple tazminat talep edebilmek için davalının kusurlu olması gerekir³³².

Diğer bir görüş ise, dava için kusur şart olsaydı bunu kanun koyucunun madde metninde belirteceğini, kaldı ki BK m. 47'de vücut bütünlüğünün ihlâl edilmesi halinde de davalının kusurunun aranmadığı, öte yandan kişinin şeref ve haysiyetine yapılan saldırıların, zarar verenin kusurlu davranışından kaynaklandığının ispatının çok güç olduğunu, böyle bir şart ile zarar veren lehine kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin talep hakkının şartlarının ağırlaştığını ve bunun da isabetli olmadığını belirtmişlerdir³³³.

³³⁰ EREN, Borçlar, 747.

³³¹ Maddenin 4.5.1988 tarihli, 3444 sayılı Kanunun 8. maddesi ile değişmeden önceki hali şu şekildedir: “Şahsî menfaatleri haleldar olan kimse hata vukuunda zarar ve ziyan ve hatanın hususi ağırlığı icabettiği surette manevî zarar namıyla nakdî bir meblağ itasını dava edebilir.”; Ayrıca Bkz. KILIÇOĞLU, Ahmet M.: “Madeni Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, Prof. Dr. Halûk TANDOĞAN’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 103 vd (KILIÇOĞLU, Kusur).

³³² AKİPEK/AKINTÜRK, 407.

³³³ ÖZTAN, 291; AKİPEK/AKINTÜRK, 409.

Sonuç olarak, manevi tazminat talebinde bulunabilmek için kişilik haklarının kusurlu bir biçimde ihlâli kural olarak gerekse de kişilik haklarının ihlâli kusursuz sorumluluk hallerinden birinden kaynaklanıyorsa yine manevi tazminat talep edilebilir³³⁴. Şayet, manevi tazminat sözleşmenin ihlâlinden kaynaklanıyorsa BK m. 96 gereğince kusurun varlığı karine olarak kabul edilecektir³³⁵.

a. Amacı, Hukuksal Niteliği ve İşlevi

Manevi zarar, bir kimsenin kişilik haklarına dâhil kişisel değerlerinde meydana gelen objektif bir eksilmedir. Bir kimsenin moral ve duygusal âlemindeki sarsılma, duyduğu acı ve çektiği ıstırap, gerçek anlamda bir zarar bir değil, onun görüntüsü olarak ortaya çıkar. Ortaya çıkan bu durumun manevi zarar olarak nitelendirilmesiyle, kişilik haklarının ihlâl edilmesi sebebiyle az ya da çok bundan üzüntü duyan herkesin, tazminat isteme haklarının varlığı sağlanmak istenmiştir³³⁶. Eğer çekilen acı bir zarar olarak nitelendirilmeseydi üzüntüsünü kendi iç dünyasında yaşayan ve bu sebeple dışa vuramayan bir kimse için manevi tazminat talep hakkı doğmazdı.

Manevi tazminat davası, kişilik haklarının ihlâl edilmesi neticesinde kişinin yaşadığı psikolojik travmaları bertaraf etme, en azından hafifletme amacı güden bir davadır. Zaten BK m. 49/III de göz önüne alındığında, manevi acıyı dindirmeye ya da hafifletmeye yönelik olarak hükmedilen şeyin sadece bir miktar paranın zarar verenden alınıp zarar görene ödemesi değil maddede ifade edilen diğer bir takım yaptırımlar da olduğu görülmektedir. Bu sebeple manevi tazminatın amacı, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin manevi

³³⁴ “Kestirmeden belirtelim ki, hukukumuzda yer alan kusursuz sorumluluğu düzenleyen hükümlerdeki koşullar göz önünde bulundurulursa BK m. 49’un ancak adam kullanan, ayırtım gücünden yoksun olan ve de aile başkanı yönünden uygulanıp uygulanamayacağı tartışma konusu yapılabilir.” (KARAHASAN, Mustafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları, C.2, İstanbul 2003, s. 190 (KARAHASAN, Borçlar).)

³³⁵ DURAL/ÖĞÜZ, 150.

³³⁶ GÖKCAN, Hasan Tahsin: Haksız Fiil Hukuku ve Maddi – Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2008, s. 669.

dünyasında yaşadığı üzüntüleri dindirmek, hiç olmazsa hafifletmektir. Yani manevi tazminatın amacı, yapılan haksızlığın etkilerini gidermek, bu mümkün olamıyorsa, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin duygusal âleminde daha sık bir noktaya çekmek, bir nevi kişiyi teskin etmektir.

Manevi tazminatın hukuki niteliği tartışmalıdır³³⁷. Bu konudaki görüşler kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin kişisel durumu göz önüne alınarak sübjektif ve objektif görüş olarak iki ayrılmaktadır.

Manevi tazminatın sübjektif bir nitelik taşıdığını belirten görüş (sübjektif manevi zarar teorisi), manevi zarara uğrayan kimsenin içinde bulunduğu durumdan hareket etmektedir. Manevi zararın, kişilik haklarının ihlâli sebebiyle ortaya çıkan acının ve üzüntüden, yaşama sevincinin kaybindan kaynaklanan bir duygu zararı olduğu ifade edilmektedir³³⁸. Bu düşünceden hareket edildiğinde, manevî bir zarara maruz kaldığının farkında olmayan, (manevi zarara uğrama kabiliyeti olmayan) bir kimse için zarar söz konusu olmayacağından manevi tazminat talebinde bulunmak da mümkün olmayacaktır³³⁹. Örneğin acı, elem gibi duyguları olamayacağından bir tüzel kişinin manevi zararı da bu görüş gereğince kabul edilmeyecektir.

Manevi zararın objektif bir nitelik taşıdığını belirten görüş (objektif manevi zarar teorisi) ise, manevi zararın kişiliğe dâhil olan değerlerdeki objektif bir eksilme olduğunu, bu sebeple manevi zararın varlığı için, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin kişiliğinin ölçü alınmaması, bunun yerine, orta zekâda, makul bir insan modelinin ölçü alınmasının daha doğru olacağını ifade etmektedir³⁴⁰. Bu görüş dikkate alındığında, ayırtım gücü olmayan kimselerin ve tüzel kişilerin de manevi zarara uğramaları mümkündür.

³³⁷ KIRCA, Çiğdem: “Manevî Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, YD, y.1999, C.25, S.3, s. 244 vd; EREN, Borçlar, 749; GÖKCAN, 669; SERDAR, 292.

³³⁸ KIRCA, 245.

³³⁹ GÖKCAN, 670.

³⁴⁰ GÖKCAN, 670.

Manevi tazminatın işlevi konusunda da öğretide fikir birliği yoktur. Öğretide manevi zararın, zarar veren kimseyi cezalandırmak gibi bir işlevinin olduğu ileri sürülmektedir³⁴¹. Buna göre manevi tazminat sebebiyle bir miktar paranın kişilik hakları ihlâl edilen kimseye ödenmesi cezalandırıcı ve önleyici bir nitelik taşımaktadır. Zarar veren kimsenin mal varlığı değerindeki tazminat sebebiyle yaşanan azalma sebebiyle, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin intikam duygusunda bir azalma olacağı ifade edilmektedir. Yani burada bir nevi özel hukuk cezası söz konusudur³⁴². Ancak manevi tazminatın kusursuz sorumluluk hallerinde de söz konusu olması ve manevi tazminat ödeme rizikosunun sigorta sözleşmesine konu edilebilmesi sebebiyle manevi tazminatın işlevinin cezalandırma olduğu görüşü eleştirilmektedir³⁴³.

Manevi tazminatın tatmin işlevi olduğu yönündeki görüş öğreti de hâkim görüştür³⁴⁴. Bu görüşe göre, manevi tazminatın işlevi, zarar veren kimseyi cezalandırmak ya da zarar görenin uğradığı zararı telafi etmek değil, zarar gören kimsenin çektiği acıları dindirecek, hiç olmazsa hafifletecek bir tatmin duygusu sağlamaktır³⁴⁵. Yargıtay'ın da bu yönde kararları mevcuttur³⁴⁶. Gerçekten de kişinin manen uğradığı zararın parasal olarak bir karşılığını belirlemek mümkün değildir. Dolayısıyla bir kimsenin kişilik haklarının ihlâl edilmesi sonucu ortaya çıkacak olumsuzlukların tümüyle giderilmesi mümkün değildir. Ancak kişiye manevi tazminat neticesinde

³⁴¹ Bu görüş öğretide de Yargıtay kararlarında da benimsenmemektedir. Her ne kadar manevi tazminat para cezası gibi malvarlığının azalması sonucunu doğurmakta ise de faile yüklenen bir ceza değildir. gerçekte manevi tazminatın amacı faili bir zarar yüklemek değil, saldırıya uğrayan kimsenin malvarlığında bir çoğalma temin etmektir (VON TUHR, Andreas, Borçlar Hukukunun Umumi Kısım, Çeviren: Cevat EDEGE, C.1-2, Ankara 1983, s.116.); Tazminat miktarını tayin ederken failin esasen bir cezaya çarptırılmış olduğunu dikkate almaya gerek yoktur (VON TUHR, 116, dn. 6.); “Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanması da amaç edinmemiştir.” (Y. 4.HD., 7.12.1999 T., 1999/7486 E., 1999/10798 K.)

³⁴² SERDAR, 292.

³⁴³ EREN, Borçlar, 750.

³⁴⁴ SERDAR, 293, dn. 216; EREN, Borçlar, 749, dn. 223.

³⁴⁵ EREN, Borçlar, 749.

³⁴⁶ “Manevi tazminatın amacı, çekilen acıları yeterince dindirmek, yaşama yeniden bağlamak yolu ile ruhsal dengeyi sağlamaktır. Bu nedenle manevi tazminat olarak takdir edilecek paranın tutarı, bu amacın gerçekleşmesini sağlamaya yönelik olmalıdır” (Y. 15.HD, 24.12.1975 T., 4356 E., 5124 K.); “Manevî tazminatta temel olan düşünce, bozulmuş olan ruhî ve bedenî huzurun kısmen ve imkân dairesinde elde edilmesini sağlamaktır.” (Y. 4.HD, 6.3.1975 T., 13928 E., 2877 K.) (KARAHASAN, Sorumluluk, 90.)

sağlanacak bir miktar para kişiyi sakinleştirip rahatlatacağı gibi saldırı neticesinde meydana gelen zararlı sonucu ve onun etiklerini hafifletebilir³⁴⁷.

Manevi tazminatın tatmin işlevinin olduğu yönündeki görüş, subjektif manevi zarar teorisinin kabul edildiği durumlarda savunulabilir olduğu, bunun ise ayırtım gücü bulunmayanlarda ve tüzel kişilerde tatmin duygusu doğurmasının mümkün olmadığı gerekçeleriyle eleştirilmektedir³⁴⁸. Öte yandan manevi tazminatın amacı ve işlevi, kişinin çektiği acıları karşılamak üzere avuntu ve keyif olanakları sağlamak yani “keyif çıkarmak” da olamaz³⁴⁹. Bu açıdan da sırf tatmin görüşünün isabetli olmadığı ifade edilmektedir.

Son olarak, öğretide manevi tazminatın telafi işlevinin olduğunu ifade edilmektedir. Manevi zararın, aynen ya da nakden tazmin yöntemleriyle giderilebileceğini ifade eden bu görüşe göre, zarar gören kimseye ödenecek olan para, onun çektiği acı ve ıstıraplarını dindirip dindirmeyeceğine bakılmaksızın ödenir³⁵⁰. Dolayısıyla burada zarar gören kimsenin manevi hissiyatı dikkate alınmadığından tamamen objektif bir nitelik taşımaktadır. Öte yandan ihlâl edilen kişilik değerlerinin aynen iadesinin ya da eski hale getirilmesinin mümkün olmadığı durumlarda manevi zararın nakden tazminini kabul etmekten başka çare de yoktur. Bu şekilde ödenen para ceza ya da tatmin niteliği taşımayıp esas itibarıyla telafi amacı güder³⁵¹.

Bir kimsenin kişilik haklarının ihlâl edilmesi dolayısıyla iç dünyasında yaşadığı elem ve ıstırapın, çektiği manevi acıların tazmin edilebilmesi için, yaşanan duygusal travmaların bir şekilde somutlaştırılması gerekliliği dikkate alındığında, manevi tazminatın kendine özgü bir nitelik taşıdığını

³⁴⁷ SERDAR, 294.

³⁴⁸ EREN, Borçlar, 750; SERDAR, 295.

³⁴⁹ SEROZAN, Rona: “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s. 84 (SEROZAN, Yaklaşım).

³⁵⁰ SERDAR, 296.

³⁵¹ EREN, Borçlar, 752.

belirtmek gerekir. Gerçekten de yukarıda izahına çalışılan görüşlerin hangisi kabul edilirse edilsin, aksayan, açıkta kalan bir taraf mutlaka bulunmaktadır.

BK m. 49/II'ye göre, hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken, tarafların sıfatlarını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını dikkate almalıdır. Kanunun bu hükmü dikkate alındığında, manevi tazminatın tayininde sadece objektif kriterden hareket etmek yetmeyecek, manevi tazminatın sübjektif niteliğinin de göz önünde bulundurulması gerekecektir³⁵². Bu sebeple manevi tazminatın, zarara uğrayan kimse bakımından doğurduğu olumsuzlukları ortadan kaldırmaya ya da en azından hafifletmeye yönelik amacının tatmin etmeye, manevi zarara uğrama kabiliyeti olmayanları da koruma kapsamına almak bakımından telafi etmeye yönelik olduğunun kabulü gerekir.

Yargıtay son yıllarda verdiği kararlarında, manevi tazminatın özgün bir nitelik taşıdığını ifade etmiştir. Buna göre; "...Kişilik hakları hukuka aykırı olarak saldırıya uğrayan kimse manevi tazminata hükmedilmesini isteyebilir. Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır. Miktarın belirlenmesinde her olaya göre değişebilecek özel hal ve şartların bulunacağı da gözetilerek takdir hakkını etkileyecek nedenleri karar yerinde objektif olarak göstermelidir. Çünkü kanunun takdir hakkı verdiği hususlarda hâkimin hak ve nısfetle hüküm vereceği Medenî Kanun'un 4. maddesinde belirtilmiştir. Hükmedilecek bu para, zarara uğrayanda manevi huzuru doğurmayı gerçekleştirecek tazminata benzer bir fonksiyonu olan özgün bir nitelik taşır. Bir ceza olmadığı gibi mamelek hukukuna ilişkin zararın karşılanmasını da amaç edinmemiştir. O halde bu tazminatın sınırı onun amacına göre belirlenmelidir. Takdir edilecek miktar, mevcut halde elde

³⁵² Hâkim manevi tazminatın miktarını tayin ederken saldırı teşkil eden eylem ve olayın özelliği yanında tarafların kusur oranını, sıfatını, işgal ettikleri makamı ve diğer sosyal ve ekonomik durumlarını da dikkate almalıdır (Y. 4.HD, 7.2.2000 T., 2000/443 E., 935 K.).

edilmek istenilen tatmin duygusunun etkisine ulaşmak için gerekli olan kadar olmalıdır...³⁵³.” Bu ve buna benzer kararlarda, içerik olarak tatmin görüşünün ağırlıklı olduğu, ancak telafi görüşü ile desteklendiği ifade edilmektedir³⁵⁴.

Son zamanlarda kişilik hakları ihlâl edilen kimselerin, maddi bir beklenti içerisinde olmaksızın 1 TL, 5 TL, 1 \$, 3 Yeni Kuruş gibi miktarlarla tazminat davaları açtığına sıkça rastlanmaktadır. Yerel mahkemelerce dava açmakta davacıların menfaatleri bulunduğu gerekçesi ile davalar karara bağlanmakta ve anılan miktarlarda manevi tazminata hükmedildiği görülmektedir. Hatta Yargıtay da temyiz üzerine bu kararları onamıştır³⁵⁵. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, manevi tazminatın işlevinin salt telafiden ibaret olduğunu söylemek doğru olmasa gerektir. Manen bir zarara uğrayan kimseler sembolik miktarlarda davalar açarak sadece haklı olduklarının mahkemece bir nevi tespiti istemektedirler³⁵⁶. Böylece manevi dünyalarında bir doyum, bir tatmin meydana gelmekte ve kişilik hakları ihlâl edilen kimselerin dava ile murat ettikleri beklenti gerçekleşmektedir.

b. Tazminatın Belirlenmesi ve Ödenme Şekli

Manevi tazminat miktarı konusunda kanunda kesin bir ölçü yoktur. Tazminat hukukunun doğası gereği böyle bir ölçü koymak da güçtür. Hâkim

³⁵³ Y. 4.HD, 3.4.2006 T., 2005/4746 E., 2006/3573 K.; Y. 4.HD, 22.2.2006 T., 2005/2775 E., 2006/1570 K.

³⁵⁴ GÖKCAN, 671.

³⁵⁵ “...Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle delillerin takdirinde bir isabetsizlik görülmemesine göre, yerinde bulunmayan bütün temyiz itirazlarının reddi ile usul ve kanuna uygun olan hükmün onanmasına oybirliğiyle karar verildi” (Y. 3.HD’nin basına yansıyan yayınlanmamış kararı). Ancak Yargıtay önceki kararlarında, para ile karşılanması mümkün olmayan acı, üzüntü ve korkunun karşılığı olarak verilen sembolik miktarlarda parayla, kişinin hukuki kişiliği ve kişilik haklarına duyulması gereken saygının tartışılır hale gelebileceğini ifade etmiştir (Y. 13.HD, 28.11.2002 T., 11318 E., 12909 K.) (BULUT, 199.)

³⁵⁶ Sembolik miktarlarda bir paranın ödenmesi konusunda açılan manevi tazminat davalarına öğreti genellikle olumlu yaklaşmaktadır. Böyle bir tazminat talebinde bulunmanın, saldırı fiilinin hâkim tarafından kınanmasını isteme şeklinde anlaşılacağı, saldırı gerçekleşikten sonra açılan böyle bir davada zarar veren kimsenin hâkim tarafından kınanmasının istenmesini tespit davası olarak görmenin mümkün olduğu ifade edilmiştir (GÜRSOY, Kemal Tahir; “Manevi Zarar ve Tazmini”, AÜHFD, y.1973, C.30, S.1-4, s. 39 (GÜRSOY, Zarar).).

takdir yetkisini kullanarak bir tazminat miktarı tayin eder. Hâkim bu takdir yetkisini hak ve nesafete göre kullanmak durumundadır³⁵⁷.

Tek başına manevi zarar, tazminat talebi için yeterli değildir. Bunun yanına manevi tazmini haklı kılacak özel bir nedenin varlığı gereklidir. Manevî zararın niteliği, zarar gören açısından yaşattığı ruhî çöküntü, bu yüzden zarar görenin toplum içerisinde düştüğü son durum, zararı sonucu doğran olayın özelliği, bu olayı ile ilgili diğer durumlar, zarar gören kimsenin manevi tazminat talebini haklı gösterebilmelidir³⁵⁸.

TMK m. 24 dikkate alındığında manevi tazminatın sadece bir miktar paranın zarar veren kimseden alınarak zarar gören kimseye ödenmesi şeklinde anlaşılrsa da BK m. 49'da manevi tazminatın, sadece bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olmadığı, bunun yerine veya bununla birlikte diğer tazmin şekillerinden birinin öngörülebileceği ifade edilmektedir. Dolayısıyla manevi tazminata bir miktar paranın ödenmesi şeklinde karar verileceği gibi para dışında bir şeye de manevi tazminat olarak hükmedilebilir.

Hâkim bu manevi tazminatın miktarını belirlerken tarafların sıfatlarını, konumlarını ve diğer sosyoekonomik durumlarını dikkate alır (BK m.49/II). Örneğin İnternet sitesinde yapılan bir yayınla ünlü bir kimseye ait pek uygun olmayan görüntülerin yayınlanması ile kapalı bir çevrede yaşayan bir kimsenin pek uygun olmayan görüntülerinin yayınlanması arasında manevi tazminatın miktarı bakımından fark olacaktır. Çünkü ilkinin yayını kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin çevresi bakımından çoğu kez sıradan kabul edilebilecek iken, ikinci durumunda, zarar gören kimsenin yaşadığı çevrede infial uyandıracak bir durum olarak görülebilir.

³⁵⁷ BULUT, 198.

³⁵⁸ GÜRSOY, Zarar, 18.

“Hâkim manevi tazminat miktarını tayin ederken ve özel hal ve şartları belirlerken BK’nin 43 ve 44. maddelerindeki kuralları kıyasen (benzetme suretiyle) uygulamalıdır³⁵⁹.” Özellikle kişilik haklarını ihlâl eden kimsenin veya davranışlarından sorumlu olduğu yardımcı kişinin kusurunun ağırlığı ve bunun manevi zarara etkisi, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin zarardaki rolü (ortak kusuru) ve olayın özel şartları göz önünde bulundurulur³⁶⁰. Aynı şekilde, hâkim tazminat miktarını tayin ve takdir ederken BK m. 47 ve TMK m. 4’ü de dikkate almalıdır.

Kural olarak manevi tazminat, yalnız olay sırasında duyulan değil bütün hayat boyu çekilecek ve duyulacak olan elem ve acıya karşılık olarak takdir edilen bir para olduğundan kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin ihlâlden dolayı uğradığı elem ve ıstırapların gelecekte devam edip etmeyeceği, paranın satın alma değeri ve değer düşüklüğü manevi tazminatın belirlenmesinde göz önünde bulundurulmalıdır³⁶¹. Yani hâkimin takdir edeceği değer, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin uğramış olduğu manevi zararı telafi (tatmin) etmeye yetecek kadar olmalı, takdir edilen miktar felaketi özlenir hale getirecek nitelikte olmamalıdır. Diğer yandan bu tazminat miktarı, kişilik haklarını ihlâl eden kimsenin de ekonomik anlamda mahvına neden olacak bir tarza bürünmemelidir³⁶².

³⁵⁹ Y. 4.HD, 2.10.1984 T., 6238 E., 7225 K. (GÖKCAN, 684.)

³⁶⁰ EREN, Borçlar, 762; OĞUZMAN’a göre, bu konuda tarafların sıfatları, işgal ettikleri makam, sosyoekonomik durumları dikkate alınacaktır. Ancak maddi tazminat davasından farklı olarak, önce zarar miktarının tespiti, sonra tazminat miktarının tayini söz konusu olmadığı gibi tayin edilen tazminat miktarının tenkisi de söz konusu değildir (OĞUZMAN/ÖZ, 692.).

³⁶¹ Y. 15.HD, 24.12.1975 T., 4356 E., 5124 K. (BULUT, 199.)

³⁶² “Şüphe yok ki, manevi tazminatın kapsam ve sınırı ile miktarının belirlenmesi hâkime tanınmış bir haktır. Ne var ki, takdir hakkının söz konusu olduğu bütün durumlarda olduğu gibi bu konuda da hâkim, M.K.’nin 4. maddesinde öngörülen temel ilke uyarınca hak ve nesafetle hüküm verme zorunluluğundadır. O halde, hâkim, hukuk bilgisinden yararlanarak Türk toplumunun sosyal, ekonomik ve moral yapısını göz önünde tutarak ve özellikle tarafların olaydaki gerçek durumlarını değerlendirerek hak ve adalete uygun bir sonuca ulaşmalıdır. Takdir hakkının gerek kamuoyunda ve gerekse toplum vicdanında hak ettiği güven ve inancı yaratması kesinlikle objektif esaslara dayanması şartına bağlıdır. İşte bu sebeptir ki, takdir edilecek manevi tazminat miktarı hem bu haksız eylemi özendirerek oranda, hem de mağdur yönünden zenginleşme aracı olacak tutarda bulunmamalıdır. Daha açık bir deyimle, meydana getirilen eylem ile hükmedilen tazminat miktarı arasında makul ve haklı, inandırıcı bir orantı kurulması ve ön önemlisi, tazminatın davacı eş için zenginleşme aracı olacak tutarda bulunmaması ve diğer tarafın müzayaka haline düşmesinin önlenmesi gerekmektedir” (Y. 2.HD, 17.11.1986 T., 7913 E., 10108 K.).

Manevi tazminat, manevi zararlardan dolayı istendiğinden ancak bir defada talep edilebilir, kısmi dava açmaya ya da açılan davayı ıslah etmeye olanak yoktur³⁶³. Belirtmek gerekir ki, kişilik haklarını ihlâl eden davranışlar sebebiyle manevi tazminata hükmedildikten sonra bu saldırıya bağlı olarak o an için bilinmeyen veya daha sonra ortaya çıkan yeni ve zararı ağırlaştırıcı sebeplerin varlığı halinde manevi zararın bölünmezliği kuralına istisna olarak yeniden dava açılabilir. Örneğin bir yer sağlayıcısının sistemine saldırıldıktan ve bunun neticesinde maddi ve manevi tazminata hükmedildikten sonra uyanan bir virüsün zararlı sonuçlar doğurmaya başladığı tespit edildiğinde yeniden dava açmak mümkün olacaktır.

Manevi tazminatın amacı, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin acısını telafi etmek, onun manen tatmin etmek olduğuna göre, bu tazmininin paradan başka yollarla da sağlanabileceği kabul edilmiştir³⁶⁴.

BK m. 49'a göre, İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kimse manevi tazminat olarak bir miktar paranın kendisine ödenmesini isteyebileceği, hâkimin ise bu tazminatın ödenmesi yerine diğer bir tazmin

³⁶³ UYGUR, Turgut: Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, B.2, C.2, Ankara 2003, s. 2283; GÖKCAN, 686; “Davacı tarafından açılan her iki davada; aynı yargı kararlarının uygulanmaması nedeniyle doğan manevi zararın, manevi tazminat adı altında bir miktar paraya hükmedilmesi ile giderilmesi amaçlanmaktadır. Manevi tazminat ise niteliği itibarıyla tektir, bölünemez ve bölümler halinde istenemez. Haksız fiilin işlenmesi ile birlikte bunun doğuracağı manevi üzüntü de gerçekleşmiş olur. Bu nedenle manevi tazminat isteklerinde kısmi dava söz konusu olamaz. Açıklanan nedenlerle ve davacının, İdare Mahkemesince lehine hükmedilen manevi tazminat miktarını tahsil etmiş olduğunun anlaşılmış olmasına göre, manevi tazminatın bölünmezliği ve tekliği kuralı gözetilerek davacının aynı nedene dayanarak açmış olduğu eldeki bu davada manevi tazminat isteminin reddine karar verilmesi gerekir. Mahkemece, bu yön gözetilmeyerek yazılı şekilde hüküm kurulması manevi tazminatın tekliği ve bölünmezliği ilkesine aykırı olduğundan kararın bozulması gerekmiştir” (Y. 4.HD, 09.07.2008T., 2007/7859 E., 2008/9438 K.); KARAHASAN’a göre zarar gören davacının yargılama giderlerinden tasarruf etmek için kısmi dava açmasında hukuksal yararının varlığı kabul edildiğine göre, manevi tazminat yönünden de kısmi dava açılmasında hiçbir engel yoktur (KARAHASAN, Borçlar, 57.). Yargıtay’ın da manevi tazminatın bölünebileceği yönünde eski kararları mevcuttur. Davacıların fazlaya ilişkin haklarını açıkça saklı tutmak suretiyle manevi tazminat haklarının ilk davada sadece bir kesimini istemiş olmalarına, asıl tazminat hakkının istenilenin çok üstünde bulunmasına ve özellikle bu davadaki biçimiyle manevi tazminatın bölünüp saklı tutularak diğer kesiminin ikinci bir dava ile istenmesine kanunen bir engel olmadığına ve aksi görüşün belirgin bir biçimde hakkaniyet kurallarıyla bağdaşmayacağı belirtilerek, mahkemece ikinci davanın reddine karar verilmesi isabetsiz görülmüştür (Y. 10.HD, 4.7.1975 T., 2390 E., 4490 K.).

³⁶⁴ KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 416.

şeklini ikame veya ilave edebileceği gibi ihlâli kınayan bir karar vermekle ve bu kararı basın yolu ile ilanına hükmedebileceği ifade edilmiştir.

Öğretide, para dışındaki tazmin şeklinin sadece BK m. 49'a özgü mü olduğu, yoksa TMK m. 25'e atıfta bulunulduğu hallerde mi uygulanacağı tartışılmıştır³⁶⁵. Bugün gerek öğreti gerekse yargı kararlarında TMK m. 25'in gündeme geldiği hallerde de para dışı tazmin söz konusu olmaktadır³⁶⁶.

Para dışındaki tazmin şekillerine öğreti ve yargı kararları dikkate alındığında aşağıdaki örnekleri vermek mümkündür. Zarar verenin kişilik hakkı zarar görenden özür dilemesi, özellikle şeref ve haysiyetin ihlâlinde ihlâli gerçekleştiren kimsenin sözlerini geri alması, hâkimin verdiği kararla saldırıda bulunan kimsenin kınanması, cevap ve düzeltme hakkının kullanılması, mahkeme kararının basın yayın organlarında ya da İnternet ortamında web üzerinden yayınlanması, kişilik haklarını ihlâl eden kimsenin sembolik miktarda manevi tazminat ödemeye mahkûm edilmesi, kişilik haklarını ihlâl eden kimsenin manevi tazminatın karşılığı olan parayı üçüncü bir kişiye ödemeye mahkûm edilmesi³⁶⁷ örnek kabilinden sayılabilir³⁶⁸.

c. Mirasçılarının Durumu

4721 sayılı Medenî Kanundan önce manevi tazminat davasının mirasçılara geçip geçmeyeceği öğretide çokça tartışılıyordu. 4721 sayılı Medenî Kanun bu tartışmaları ortadan kaldıran, açık bir düzenleme getirmiştir. Buna göre, manevi tazminat istemi, karşı taraça kabul edilmiş olmadıkça devredilemez, mirasbırakan tarafından ileri sürülmüş olmadıkça mirasçılara geçemez (TMK m. 25/5).

³⁶⁵ FRANKO, 163.

³⁶⁶ OĞUZMAN/ÖZ, 694; KILIOĞLU, Sorumluluk, 415; SERDAR, 313; EREN, Borçlar, 763.

³⁶⁷ Manevi tazminat davasının üçüncü bir kişiye devredilebilmesi için karşı taraça yani kişilik haklarını ihlâl eden kimsece kabul edilmiş olması gerekir.

³⁶⁸ KILIOĞLU, Sorumluluk, 416.

Maddede ifade edildiği üzere, sağlar arası manevi tazminat isteminin devri için kendisine dava açılan davalının buna rıza göstermesi gerekir. Şayet manevi tazminat isteme hakkına sahip olan kişi ölmüş ise ölmeden önce bu istemini ileri sürüp sürmediğine bakılır. Mirasbırakanın tazminat istemini mahkeme önünde ileri sürmesi zorunluluğu yoktur. Kişilik hakları ihlâl edilen kimse buna karşı manevi tazminat davası açmayı düşündüğü yönündeki iradesi ispat edilebilmek koşulu ile mirasçılar tarafından manevi tazminat davası açabilmek için yeterlidir. Bu cümleden olmak üzere, mirasbırakan ölmeden önce manevi tazminat davasını açmış ise, mirasçıların bu davaya devam ederek manevi tazminat isteme haklarının bulunduğu açıktır³⁶⁹.

d. Tüzel Kişilerin Durumu

TMK m. 48'e göre, tüzel kişiler, cins, yaş, hısımlık gibi yaradılış gereği insana özgü niteliklere bağlı olanlar dışındaki bütün haklara ve borçlara ehildirler. Bu nedenle tüzel kişiler de gerçek kişilerde olduğu gibi şeref ve haysiyet ve özel hayat hakkına sahiptirler³⁷⁰. Dolayısıyla tüzel kişiler de şeref – haysiyete ve özel hayat hakkına sunulan korumadan yararlanırlar. Bu aşamada, kişiliği koruyan davalardan bir tanesi olan manevi tazminat davasının tüzel kişiler tarafından ileri açılıp açılmayacağı tartışılmaktadır.

Öğretideki tartışmaların çıkış noktası manevi tazminatın niteliğini ve işlevini açıklayan görüş ve teorilerin birbirinden farklı olması ve bu sebeple öğretide fikir birliğinin bulunmamasıdır³⁷¹.

³⁶⁹ Dava konusu olay sonucu yaralanmış olan davacının yargılama devam ederken başka bir nedenle ölmüştür. Bu durumda ölen kişinin maddi tazminata ilişkin haklarının yanında manevi tazminata ilişkin haklarının da mirasçılara geçtiğinin kabulü gerekir. Adı geçen davacının mirasçıları, miras bırakanlarının manevi tazminat isteğine ilişkin olan bölümünü de usulüne uygun mirasçılık ve yetki belgesi ile takip etmiş olduklarına göre manevi tazminatın da verilmesi gerekir. Mahkemece bu yön üzerinde durulmadan manevi tazminat hakkının mirasçılara geçemeyeceği düşüncesi ile bu talebin reddedilmiş olması bozmayı gerektirmiştir (Y. 4.HD, 2.10.2000, 1295 E., 3552 K.). (GÖKCAN, 712.)

³⁷⁰ KILIOĞLU, Sorumluluk, 435.

³⁷¹ TAŞKIN, Âlim: "Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması", AÜHFD, y.1991, C.42, S.1-4, s. 239.

Bir görüşe göre, manevi zarar bir kimsenin duyduğu, elem, ıstırap ve acıdır. Manevi tazminat ise elem, acı ve ıstırapın karşılanmasına yönelik bir tatmin yoludur. Tüzel kişiler ise, yapıları gereği böyle bir acı, ıstırap ve elem duyamazlar. Bu sebeple bunların tazminini de isteyemezler. Tüzel kişiler acı ve elem duymadıkları için bir miktar paranın ödenmesi suretiyle sevinmeleri ve tatmin edilmeleri de mümkün değildir³⁷². Ancak tüzel kişilerin kişilik haklarının ihlâl edilmesi halinde manevi tazminat davası açamayacak olmaları hukuksal korumadan mahrum oldukları anlamına gelmez. Tüzel kişiler, saldırı tehlikesinin önlenmesi, devam etmekte olan saldırıya son verilmesi, maddi tazminat, adın korunmasına, vekâletsiz iş görme gibi davaları açmalarında hukuki bir engel yoktur³⁷³.

Öğreti ve yargı kararları dikkate alındığında, baskın olan görüşe göre ise tüzel kişiler de kişilik haklarının ihlâl edilmesi dolayısıyla manevi tazminat davası açabilirler. Buna göre, tüzel kişiler sosyal kişilik değerlerine sahiptirler. Bu değerlerin ihlâli halinde ise manevi tazminat davası açabilirler³⁷⁴.

e. Davacılara İlişkin Diğer Durumlar

TMK m. 16'ya göre, ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kanuni temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler. Karşılıksız kazanmada ve kişiye sıkı sıkıya bağlı hakları kullanmada bu rıza gerekli değildir. Dolayısıyla kişilik hakları ihlâl edilen sınırlı ehliyetsizler, ayırtım gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, kişilik haklarının kişiye sıkı sıkıya bağlı bir hak olması sebebiyle, manevi tazminat davasını kanuni temsilcilerinin rızasına gerek olmaksızın, tek başlarına açabilirler.

³⁷² KILIÇOĞLU, Ahmet: “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?”, DÜHFD, y.1983, C.1, s. 292 (KILIÇOĞLU, Tüzel Kişi); KILIOĞLU, Sorumluluk, 438-439.

³⁷³ KILIOĞLU, Şeref ve Haysiyet, 439.

³⁷⁴ EREN, Borçlar, 765; UYGUR, 2271.

Yakınlarının ölümü nedeniyle sağ doğmak kaydıyla ana rahmindeki ceninlere, küçüklere ve akıl zayıflığı bulunanlara manevi tazminat verilmesi gerektiği Yargıtay kararların da ifade edilmektedir³⁷⁵.

Tüzel kişilik kazanamamış şahıs topluluklarının ayrı bir kişilikleri bulunmadığından böyle bir topluluğa yönelik kişilik haklarını ihlâl eden saldırılarda topluluğun dava açma hakkı bulunmamakla birlikte topluluğu oluşturan her bir kişinin münferiden dava açma hakkı vardır³⁷⁶. Ancak topluluğa yönelik şeref ve haysiyetin ihlâli anlamına gelen saldırıların gerçekten de topluluğa mı yoksa topluluğun bir üyesine mi yönelik olduğunun, saldırıda bulunan kişinin açıklamalarına göre belirlenmesi gerekir. Örneğin, İnternet sayfasında yapılan bir yayımla ülkedeki eğitim sisteminin bozulduğunun, bu tarz bir eğitimle yetişen öğrencilerden nitelikli insanlar yetişemeyeceğinin iddia edilmesi eğitim alanında görev alan herkesin kişilik haklarının ihlâl edildiği anlamına gelmez.

C. Vekâletsiz İş Görme Davası

Medenî Kanunumuzun 25. maddesinde, kişilik hakları hukuka aykırı olarak ihlâl edilen kimselere, hukuka aykırı saldırı dolayısıyla elde edilmiş olan kazançların vekâletsiz iş görme hükümlerine göre iadesini isteme olanağı getirilmiştir. Bu hükme istinaden, hukuka aykırı olarak kişilik hakları ihlâl edilen kimse, vekâletsiz iş görme davasının koşulları gerçekleştiğinde, maddi ve manevi tazminat davalarından başka vekâletsiz iş görme davası da açma imkânına sahiptir. Bu davanın açılmasında kusur şartı aranmaz³⁷⁷.

³⁷⁵ “Şahsiyet hakkı hukuka aykırı olarak tecavüze uğrayan ve bu suretle maddi ve manevî zarara maruz kalan kimse, temyiz kudreti bulunan küçük veya mahcur ise, tazminat davasını (münhasıran şahsa merbut hak olması itibarıyla) kanuni temsilcisinin iznine tabi olmaksızın kendisi açabilir” (Y. 4.HD, 21.9.1995 T., 5439 E., 6448 K.). (UYAR, Talih: Türk Medeni Kanunu – Gereğçeli - İçtihatlı Kişiler Hukuku, C.2, Ankara 2002, s. 1356.); Y. 4.HD, 16.02.1977T., 1955 E., 1692 K. (BULUT, 207)

³⁷⁶ BELLİ, 97.

³⁷⁷ HELVACI, Gerçek Kişiler, 131.

Kişilik haklarının hukuka aykırı olarak ihlâl edildiği birçok durumda ihlâl dolayısıyla bir kazancın elde edilmesi mümkündür. Örneğin, bir kimsenin izni olmaksızın fotoğraflarının afişlerde veya dergilerde yer alması, uygunsuz fotoğraf ve videolarının satış amacıyla umuma arzı, özel hayatının kaleme alınıp kitap haline getirilmesi gibi hallerde bir kazancın elde edileceği açıktır.

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâl edilmesi dolayısıyla açılacak vekâletsiz iş görme davası ise sınırlıdır³⁷⁸. Böyle bir dava, kişilerin özel yaşamına ait uygun olmayan resim ve görüntülerinin İnternet ortamında pazarlandığında ya da kişinin özel yaşamına ilişkin sırlarının web sayfalarında yer alması dolayısıyla bir kazanç sağlanmışa açılabilir. Bu durumlarda saldırıya uğrayan kimseler, söz konusu kazançların kendilerine iade edilmesi için vekâletsiz iş görme davası açabilirler.

Vekâletsiz iş görme BK m. 410 ile 414. maddeleri arasında düzenlenmiştir. Buna göre vekâletsiz iş görme davasının açılabilmesi için başkasına ait bir işin olması, işin başkasına ait olduğunun bilinmesi ve arada bir vekâlete ilişkisinin bulunmaması gerekir³⁷⁹.

Öğretide, kişilik haklarının ihlâl edilmesi dolayısıyla “gerçek olmayan vekâletsiz iş görme”nin söz konusu olduğu ve bu sebeple açılacak davanın BK m. 414’e dayandırılacağı ifade edilmektedir³⁸⁰. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görme, bir kimsenin kötü niyetli olarak diğer bir kimsenin hukuki alanına müdahale etmek suretiyle kendi menfaatine iş görmesidir³⁸¹. Gerçek olmayan vekâletsiz iş görmede failin, fiil neticesinde elde ettiği kazancın,

³⁷⁸ İnternet ortamında daha çok kişilerin mesleki ve ekonomik hakları ihlal edilmek suretiyle kazanç temini sağlanmaktadır. Bu durumda ise vekâletsiz iş görme değil maddi tazminat davası gündeme gelir.

³⁷⁹ TANDOĞAN, Haluk: Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme, Vekâletsiz, İstanbul 1957, s. 56 vd.; ZEVLİLİLER, Aydın: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, B.10, Ankara 2008, s.351.

³⁸⁰ ZEVLİLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 494; ÖZTAN, 292; AKİPEK/AKINTÜRK, 412.

³⁸¹ BAYGIN, Cem: “Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İade Talebinin Haksız Fiil ve Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu”, Prof. Dr. Fahman TEKİL’in Anısına Armağan, İstanbul 2003, s. 575.

zarar gören kimsenin elde etmek istemediği ya da elde etmesinin mümkün olmadığı bir kazanç olması gerekir. Kişilik haklarını ihlâlden dolayı açılacak vekâletsiz iş görme davasını maddi tazminat davasından ayıran kıstas da budur³⁸².

Vekâletsiz iş görme davasında, kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin elde edilen kazancın tümünü isteyip isteyemeyeceği konusunda şunlar söylenebilir: Davacı, kişilik haklarına saldırı teşkil eden davranışa müsaade etseydi ondan ne kadar bir bedel alacak idiyse o kadar miktar isteyebilir. Ancak kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin böyle bir davranışa asla müsaade etmeyeceği ve böyle bir sözleşme ilişkisine asla girmeyeceği söylenebiliyorsa elde edilen kazancın tümünün iadesinin istenmesi mümkündür³⁸³.

D. Görevli ve Yetki Mahkeme

Özel bir kanun hükmü ile açıkça sulh hukuk mahkemesinde bakılacağı bildirilmeyen ve konusu para ile ölçülemeyen dava ve işler sulh hukuk mahkemesinde görülemez³⁸⁴. Dolayısıyla konusu para ile ölçülemeyen yani tazmini nitelik taşımayan bu tür davalar genel görevli olan asliye hukuk mahkemelerinde görülmektedir.

Konusu bir miktar paranın ödenmesinden ibaret olan davalarda 7.230 TL³⁸⁵,nin altındaki davalarda görevli mahkeme sulh hukuk mahkemesi iken bu miktarın üzerindeki davalar asliye hukuk ya da asliye ticaret mahkemelerinde görülür.

Bu açıklamalardan hareketle koruyucu davalardan olan saldırı tehlikesinin önlenmesi, sürmekte olan saldırıya son verilmesi, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davalarında görevli mahkeme asliye hukuk

³⁸² ÖZTAN, 292.

³⁸³ ZEVLİLER/ACABEY/GÖKYAYLA, 494.

³⁸⁴ KURU/ARSLAN/YILMAZ, 140.

³⁸⁵ 01.01.2010 tarihi itibarıyla.

mahkemesidir. Maddi, manevi ve vekâletsiz iş görme davalarında ise görevli mahkeme dava konusu miktara göre belirlenecektir.

Medenî Kanunun 25. maddesinin son fıkrasında kişiliğin korunmasına ilişkin davalarda yetkili mahkemeyi belirleyen özel bir düzenleme getirmiştir. Bu düzenleme bu düzenleme gereğince davacı, kişilik haklarının korunması için kendi yerleşim yeri veya davalının yerleşim yeri mahkemesinde dava açabilir.

Kanun koyucu, son fıkrada, “birinci fıkrada yer alan davalar” ibaresine yer vermediğine göre yetkili mahkemeye ilişkin bu fıkra hükmü, koruyucu davalar ile birlikte tazminat davası vekâletsiz iş görme davalarını da kapsar.³⁸⁶ Dolayısıyla anılan davalar tek tek açılabilir bile yetkili mahkeme davacının ya da davalının yerleşim yeri olacaktır.

Kişilik haklarına hukuka aykırı olarak gerçekleştirilen saldırının haksız fiilden kaynaklandığı durumlarda haksız fiilin işlendiği yer mahkemesinin de yetkili olup olmayacağı hususu tartışmalıdır. Bir fikre göre, 4721 sayılı Medenî Kanunda, 742 sayılı Eski Medenî Kanunun 24/a maddesinde yer alan “...kendi ikametgâhı veya davalının ikametgâhı mahkemesinde de dava açabilir.” ifadesindeki “de” bağlacının kaldırıldığını, böylece kesin yetki kuralı haline geldiğini, bu itibarla davanın HUMK gereğince haksız fiilin işlendiği yerde de açılabilirliğinin artık savunulamayacağı kaldı ki haksız fiilin işlendiği yer mahkemesi yetki kılındığında davanın, saldırının ya da sonuçlarının meydana geldiği yerde de açılabilirliği bunun ise davanın ülkenin herhangi bir yerinde açılabilmesini mümkün kıldığı böylece davacının hakemlik müessesesinde olduğu gibi istediği mahkemeyi yetkili olarak seçme hakkının doğması tehlikesine sebep olacağı³⁸⁷ ileri sürülmektedir³⁸⁸.

³⁸⁶ HELVACI, Serap: “Kişilik Haklarına Hukuka Aykırı Saldırı Halinde Açılacak Davalarda Yetkili Mahkeme”, Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan, İstanbul 2006, s.657; DURAL/ÖĞÜZ, 154 (HELVACI, Mahkeme).

³⁸⁷ Medeni Kanun 2. maddesi gereğince herkes haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymakla yükümlüdür. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni

Diğer fikre göre ise, TMK m. 25/V'teki hükmün kesin yetki kuralı niteliğinde olmadığı, dolayısıyla haksız fiil için yetki olan mahkemenin, İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâlinden kaynaklanan uyuşmazlıklar için de yetkili olduğu ifade edilmektedir³⁸⁹. Yargıtay da bir kararında kişilik hakları ihlâl edilen bir kimsenin haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesinde de dava açabileceğini belirtmiştir³⁹⁰.

Sonuç itibariyle, İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kimselerin bu sebeple açacakları davalarda yetkili mahkeme davacının ya da davalının yerleşim yeri mahkemesi ya da haksız fiilin meydana geldiği yer mahkemesidir. İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâlinde yabancılık unsurunun bulunması oldukça yüksek bir ihtimal olduğu dikkate alındığında, MÖHUK m. 40 gereğince Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisini iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları tayin edeceğinden uyuşmazlıklar da buna göre çözümlenecektir³⁹¹.

E. Zamanaşımı

Koruyucu davalar nitelikleri gereği bir zamanaşımı süresine tabi değildirler. Saldırı tehlikesinin önlenmesi davası, saldırı tehlikesi ortaya çıktığı andan saldırının gerçekleştiği ya da gerçekleşme tehlikesinin ortadan kalktığı ana kadar, sürmekte olan saldırıya son verilmesi davası saldırının

korumaz. Bu sebeple davacının ülkenin herhangi bir yerinde dava açması, hakkın kötüye kullanımı sayılacağından ihtimal dâhilinde gözükmemektedir.

³⁸⁸ HELVACI, Mahkeme, 657.

³⁸⁹ DURAL/ÖĞÜZ, 154; ÖZEL, S. Koruma, 176.

³⁹⁰ "...Medeni Kanunun 25. maddesinde kişilik hakları saldırıya uğrayan kimsenin kendi oturduğu yerde de dava açabileceği hükmüne bağlanmıştır. Böylece anılan madde ile, HUMK'nun 9. maddesindeki genel kurala ve yine haksız eylemlerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözüm yeri ile ilgili bulunan aynı yasanın 21. maddesindeki düzenlemeye bir ayrıcalık getirilmiştir. Şu durumda, kişilik haklarının saldırıya uğraması sonucu zarar gören, davayı kendisinin veya davalının oturduğu yer mahkemesinde veya haksız eylemin meydana geldiği yer mahkemesinde açabilir..." (Y. 4.HD, 18.3.2004 T., 2004/426 E., 2004/3411 K.) (YKD, C.30, S.7, Temmuz 2004, s. 1043.); "Bir haksız eylem birden çok kişi tarafından işlenmişse, kişilere karşı açılacak tazminat davası için ortak yetkili mahkeme haksız fiilin işlendiği yer mahkemesidir (YHGK, 24.2.1984 T., 11/772 E., 133 K.)." (ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı – İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı, B.6, Ankara 2004, s. 66.)

³⁹¹ Daha ayrıntılı açıklama için Bkz. ÖZEL, S. Koruma, 179.

başlamasından bitimine kadar, saldırının hukuka aykırılığının tespiti davası ise sona eren saldırının etkileri devam ettiği müddetçe açılabilir.

Zamanaşımı ile ilgili olarak özel düzenlemeler bulunmadığından TMK m. 25'te belirtilen davalar için Borçlar Kanunun genel zamanaşımı süreleri uygulanacaktır. Buna göre, maddi ve manevi tazminat ile vekâletsiz iş görme davalarında zamanaşımı BK m. 60'a göre tayin edilecektir. Dolayısıyla bu davalara ilişkin talep hakları, zarar ve failin öğrenilmesinden itibaren 1 yıl ve her halde kişilik haklarını ihlâl eden fiilin gerçekleşmesinden itibaren 10 yıl geçmekle zamanaşımına uğrar.

V. İNTERNET SERVİS SAĞLAYICILARININ SORUMLULUKLARI

A. Genel Olarak

Günümüzde İnternet kullanımı her geçen gün daha da yaygınlaşmakta ve bu hızla büyüyen ve geniş kitlelerce kullanılan iletişim ağı kendi sorunlarını da beraber getirmektedir. İnternet erişimi, bu alanda faaliyet gösteren çok çeşitli aktörlerin birlikte meydana getirdikleri organizasyonla sağlanmaktadır. Dolayısıyla İnternet ortamı, geniş bir sorumluluk alanı doğurmaya elverişlidir.

İnternet sistemi içinde birinci derece rol oynayan aktörler İnternet servis sağlayıcılardır³⁹². İSS'ler bilgisayarlara İnternetin kapısını aralayan kuruluşlardır³⁹³. Yani İSS'ler olmadan sanal ortamın varlığından da söz edilemez. Bir İSS'nin verdiği hizmet, sadece veri hatlarının kullandırılması ile İnternet erişimi sağlamak şeklinde olabileceği gibi web sayfası içeriğinin hazırlanması ve yayınlanması amacıyla depolanmasına kadar farklı derece

³⁹² İnternet servis sağlayıcısı çalışmamızın devamında kısaca "İSS" olarak kullanılacaktır.

³⁹³ SAĞLAM, 36.

ve içeriklerde olabilir³⁹⁴. İSS'ler aynı zamanda içerik sağlayıcı ve yer sağlayıcı da olabilirler. Bu sebeple İSS'lerin sorumluluğunun tespiti son derece önem arz etmektedir. Çünkü eğer İSS'ler sorumluluk zincirine dâhil edilebilirse, kişilik hakları ihlâl edilen bir kimse için kişilik haklarını ihlâl eden kimseden ziyade ekonomik açıdan daha güçlü olan İSS'ye karşı dava açmak daha avantajlı olacaktır³⁹⁵.

Belirtmek gerekir ki İSS'lerin denetim mekanizmalarının dışında tutulması hukuk devletiyle bağdaşmayacağı gibi bir takım suiistimalleri de doğurabilir. Bunun yanında çok sıkı bir denetim rejimine tabi tutmak da İnternet üzerindeki her şeyin denetimini gündeme getirecek ve bu da İnternetin özgür yapısına ters düşecektir. Bu bakımdan ne siber anarşiye ne de siber sansüre mahal vermeyecek, beklenen amaca uygun düzenlemelerin yapılması yerinde olur.

B. İnternet Servis Sağlayıcıların Hukuki Sorumluluğu

Hukukumuzda İSS'lerin sorumluluğunu düzenleyen özel hükümler bulunmamaktadır³⁹⁶. Dolayısıyla İSS'lerin hukuki durumlarının ve niteliklerinin ne olduğu üzerinde çok farklı görüşler dile getirilmiştir.

İSS'ler basılmış bir eserin yayıncıları ve dağıtıcılarına benzetilmiştir. Oysa İSS'ler basılmış bir eserin yayın ve dağıtımçılarından farklı bir statüde yer almaktadırlar³⁹⁷. Mevzuatımızdaki Basın Kanunu da göz önüne alındığında İnternet ortamında yer alan web sayfası yayınlarını “basılmış eser” saymak ve eylemi de “neşir” olarak nitelemek mümkün değildir³⁹⁸.

³⁹⁴ DEMİR, Önder: “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu”, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, İzmir 2002, s.474.

³⁹⁵ ÖZEL, S. Koruma, 162.

³⁹⁶ KENDİGELEN, Abuzer/BOZBEL, Savaş: “Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer FileSharing)”, İnternet ve Hukuk (Derleyen: Yeşim M. ATAMER), İstanbul 2004, s.530.

³⁹⁷ YILDIZ, 87.

³⁹⁸ İLKİZ, 454.

Çünkü Basın Kanunu sadece basılmış eserlere hakkında uygulama alanına sahiptir. Diğer yandan bir basılmış eserin yayıncısı ile eser müellifi arasında bir yayın sözleşmesi vardır. Bu yayın sözleşmesiyle eser sahibi eserini yayınlanması amacıyla bir yayıncıya terk eder. Yayınlayan da bu eseri çoğaltmayı ve kamuya yaymayı üstlenir³⁹⁹. Oysaki İSS'ler ile içerik sağlayıcıları arasında böyle bir ilişki söz konusu değildir.

İSS'lerin günümüzdeki telgraf şirketlerine de benzetilmektedirler. İSS'ler içeriği iletmeden önce içerik hakkında bir bilgiye sahip değildirler. Bu sebeple telgraf şirketlerine benzetilmek mümkündür⁴⁰⁰. Ancak telgraf şirketleri bir eşya taşıyıcısı gibi düşünülebilir. Telgraf şirketleri bir yayıncıdan ziyade bir dağıtıcı gibi düşünüldüklerinden hukuki ve cezai sorumluluktan muaf tutulmaları için kuvvetli bir argümana sahiptirler. İSS'ler telgraf şirketlerine tanınan bağışlıklardan yararlanamazlar. Çünkü tabi olacakları yasal rejim belli değildir⁴⁰¹. Bu durum göz önüne alındığında bu benzetme yerinde değildir⁴⁰².

İSS'lerin hukuki nitelikleri ve buna istinaden sorumlulukları abonelerine verdikleri hizmetlerle doğru orantılıdır. Buna göre, İSS'lerin içerik, host veya erişim sağlamalarına göre hukuki nitelikleri ve sorumlulukları da belli şartlar altında değişebilir⁴⁰³.

Kanaatimizce İSS'ler erişim sağlayıcı, içerik sağlayıcı ya da yer sağlayıcı rolüne büründüklerinde sorumlulukları, 5651 sayılı Kanun ve buna dayanarak çıkarılan 30.11.2007 tarih 26716 sayılı R.G.' de yayımlanan İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik hükümlerine göre tespit edilecektir. İSS'lerin sadece servis sağlayıcı olarak faaliyet gösterdiği durumlarda ise mahkemece ya da

³⁹⁹YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.7, İstanbul 2007, s. 580 (YAVUZ, Özel).

⁴⁰⁰ ÖZDİLEK, Ali Osman: İnternet ve Hukuk, İstanbul 2002, s.99 (ÖZDİLEK, İnternet).

⁴⁰¹ ÖZDİLEK, İnternet, 99.

⁴⁰² YILDIZ, 88.

⁴⁰³ YILDIZ, 88.

Telekomünikasyon Kurumunca verilen erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilip getirmemesi hususunda sorumlulukları gündeme gelecektir.

İnternet ortamındaki ihlaller genellikle haksız fiilden kaynaklanır. Bu yüzden bir kimsenin sorumlu tutabilmek için esasen haksız fiilin gerçekleşmesine sebep olan bir unsur gereklidir⁴⁰⁴. Ancak bazen de sorumluluğu doğuran olay sözleşmesel bir ilişkiden kaynaklanabilir. İSS'lerin sözleşme dışı sorumluluklarının tayini bakımından öncelikle sözleşmeden doğan sorumluluklarını incelemekte fayda vardır.

1. İnternet Servis Sağlayıcıların Sözleşmeden Doğan Sorumluluğu

İSS'lerin gerek telefon/telekomünikasyon idaresiyle ve gerekse İnternet kullanıcılarıyla yaptıkları sözleşmeler her iki tarafı da edim yükümü altına soktuğundan ve sözleşme ilişkisinde taraflardan birinin borcu diğer tarafın borcunun sebebini ve karşılığını teşkil ettiğinden bu sözleşmeler tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir⁴⁰⁵.

Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde taraflar birbirlerine karşı asli bir edimi yüklenmektedirler ve bu edimler arasında bir karşılıklılık ve bağımlılık ilişkisi söz konusudur⁴⁰⁶. Bu açıdan bakıldığında telefon/telekomünikasyon idaresinin asli edim yükümü özel hatlardan veri hatlarının İSS'lere tahsis edilmesi ve bu veri hatlarını sürekli olarak verimli çalışır durumda tutulmasıdır. Telefon/telekomünikasyon idaresinin bu yükümüne karşılık İSS'ler de belli bir miktar parayı telefon/telekomünikasyon idaresine ödemekle yükümlüdürler⁴⁰⁷.

Telefon/telekomünikasyon idaresi her ne kadar devlet tarafından verilen bir imtiyaz ile kamu hizmeti sağlayan bir kurum olsa da İSS'ler ile

⁴⁰⁴ TEKİNALP, Ünal: Fikrî Mülkiyet Hukuku, B.3, İstanbul 2004, s.329.

⁴⁰⁵ ÖZDİLEK, İnternet, 108.

⁴⁰⁶ EREN, Borçlar, 194.

⁴⁰⁷ ÖZDİLEK, İnternet, 109.

akdettikleri sözleşmeler özel hukuk sözleşmeleri niteliğindedir. Çünkü burada idare herhangi bir üstünlüğe sahip değildir ve karşılıklı edimler arasında belirli bir orantılılık vardır⁴⁰⁸. Taraflardan herhangi birinin üstün ve ayrıcalıklı konumda olmadıkları ve tarafların sözleşme yapıp yapmama konusunda serbest bir iradeye sahip oldukları sözleşmeler idari sözleşme değil özel hukuk sözleşmeleridir⁴⁰⁹.

İSS'ler telefon/telekomünikasyon idaresinden aldıkları kullanma hakkını genellikle ücret karşılığında son kullanıcı durumundaki İnternet kullanıcılarına kullanırlar. Bu ilişkide ise İSS'lerin asli edim yükümü, İnternet kullanıcılarına İnternet erişimini devamlı ve çalışır vaziyette sağlamak, buna mukabil İnternet kullanıcılarının asli edim yükümü ise hizmetin karşılığı olan bedeli İSS'lere ödemektir⁴¹⁰.

Gerek telefon/telekomünikasyon idaresi ile İSS'ler arasındaki gerekse İSS'lerle aboneleri arasındaki sözleşmelerden doğan karşılıklı yükümlülükler hiç veya gereği gibi ifa edilmezse ya da bir eksik ifa söz konusu olursa tarafların sözleşmeden doğan sorumlulukları gündeme gelecektir.

İSS'lerin üzerlerine aldıkları edim yükümünün ifa zamanı kullanıcının gerekli çevre birimlerini bilgisayarına kurduktan sonra İnternete bağlanmak üzere harekete geçtikleri andır. Şayet abonelerin İnternete bağlanmak için gerekli çevre birimlerini doğru şekillerde bağlayamadıklarından yahut program kurulumlarını doğru şekilde gerçekleştirmediklerinden İnternet hizmetini alamamışlarsa, bu sebeplerden ötürü İSS'lere bir sorumluluk yüklenemeyecektir⁴¹¹. Ancak İnternete bağlanama durumu telefon/telekomünikasyon idaresinden de kaynaklanabilir.

⁴⁰⁸ ÖZDİLEK, İnternet, 109.

⁴⁰⁹ ULUSOY, Ali: Telekomünikasyon Hukuku, Ankara 2002, s.86.

⁴¹⁰ ÖZDİLEK, İnternet, 109.

⁴¹¹ ÖZDİLEK, İnternet, 109.

İSS'ler genellikle aboneleri ile İSS hizmet sözleşmesini akdederken kendi lehlerine bazı şartlar koymaktadırlar. Bu şartlar da İSS'leri sorumluluktan uzaklaştırmaya yönelik özellikler taşımaktadır⁴¹². Hizmet sözleşmesine konulan bu sorumsuzluk kayıtlarının aksine İSS'ler, telefon/telekomünikasyon idaresinden kaynaklanan sorunlardan ötürü abonelerin İnternete bağlanamamasından sorumlu tutulmalıdırlar. Çünkü aboneler telefon/telekomünikasyon idaresi ile İSS arasındaki sözleşmede iyi niyetli üçüncü kişi konumundadırlar⁴¹³.

Abone, tüm çevre birimlerini eksiksiz olarak bilgisayarına kurduğu halde ve telefon/telekomünikasyon idaresinden kaynaklı olmayan bir sebeple İnternete bağlanamıyorsa veya hizmet taahhüt edilen farklı ise ya da İnternete bağlanılmasına karşılık bağlantılar sık sık kesiliyor ise İSS'lerin sözleşmesel sorumlulukları gündeme gelir. Çünkü sorun İSS'nin asli edim yükümünü yerine getirmemesinden ya da kararlaştırılandan farklı şekilde yerine getirmesinden kaynaklanıyor demektir.

İSS borcunu hiç veya gereği gibi yerine getirmediği takdirde Borçlar Kanunumuzdaki temerrüt hükümlerinin uygulanması imkânı doğacaktır. BK m. 101 borçlunun temerrüdünü düzenlemiştir. Buna göre, bir borç muaccel hale gelmişse borçlu alacaklının ihtarı ile temerrüde düşecektir. Ancak ifa için borcun ifa edileceği gün taraflarca kararlaştırılmışsa veya böyle bir vade saklı tutulan ve usulüne uygun şekilde yapılan bir fesih ihbarından anlaşılmaktaysa borçlu bu günün geçmesiyle temerrüde düşmüş olur⁴¹⁴.

Bizimde katıldığımız bir görüşe göre, İSS'lerin hizmet sözleşmesinde belirlenen erişim sağlama borcu, abonenin gerekli tüm çevre birimlerini bilgisayarına yükleyip İnternete bağlanmak üzere yaptığı hareket anında

⁴¹² ALPTÜRK, Ercan: Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergilendirilmesi, İstanbul 2006, s.113.

⁴¹³ ÖZDİLEK, İnternet, 110.

⁴¹⁴ YAVUZ, Cevdet: Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat, İstanbul 2002, s.100 (YAVUZ, Mevzuat).

muaccel olur⁴¹⁵. Çünkü BK m. 74'e göre, ifa zamanı sözleşme ile belirlenmemişse veya hukuki işlemin niteliği gereği belli değilse borcun ifası hemen istenebileceği gibi borç da hemen ifa edilebilir. Burada hukuki işlemin niteliği gereği, tüm hazırlık hareketlerinden sonra "bağlan" düğmesine basmakla borç artık muaccel hale gelmiştir.

Abonelere İnternet bağlantısı sağlama ediminin ifası gerek telefon/telekomünikasyon idaresinden gerekse İSS'den kaynaklanan ve kusur atfedilebilir bir sebepten ötürü imkânsızlaşabilir. Borçlunun sorumlu olduğu bu tarz bir ifa imkânsızlığı halinde özel bir hüküm olmadığı için BK m. 96 hükmü uygulanacaktır⁴¹⁶. Yani borcun ifası hiç (ifa imkânsızlığı) veya gereği gibi yapılamazsa (ayıplı ifa) borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bundan doğan zararı tazmin etmekle yükümlüdür. Açılacak tazminat davaları 10 yıllık genel zamanaşımına tabi olacaktır.

2. İnternet Servis Sağlayıcıların Haksız Fiil Sorumluluğu

a. Genel Olarak

İnternet ortamındaki hak ihlalleri genellikle haksız fiilden kaynaklanmaktadır. İnternetin anonim yapısı da göz önüne alındığında sorumluluk hukukunun diğer tüm alanlarında aktif bir hukuka uygunluk aranmasına karşılık İnternet ortamındaki hukuka uygunluk pasif niteliktedir. Yani İnternet ortamındaki birçok fiilin hukuka uygun olup olmadığı o fiil gerçekleştirildikten sonra tespit edilmektedir⁴¹⁷.

İSS'lerin haksız fiil sorumluluğu genellikle İnternet erişim hizmeti sağladığı abonelerinin ya da e-posta, barındırma vb. hizmeti verdiği

⁴¹⁵ ÖZDİLEK, İnternet, 112.

⁴¹⁶ ÖZDİLEK, İnternet, 112.

⁴¹⁷ KAPLAN, Yavuz: İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk, Ankara 2004, s.157 (KAPLAN, Y.).

müşterilerinin eylemlerinden veya işlettikleri tartışma forumlarına, ilan panolarına ya da haber gruplarına gönderilen mesajlar dolayısıyla ortaya çıkmaktadır⁴¹⁸.

İSS'ler hakkında özel bir düzenlemenin bulunmayışı karşısında sorumluluğa ilişkin esaslar genel hükümlere göre belirlenecektir⁴¹⁹. Ancak belirtmek gerekir ki İnternetin ortamının teknik yapısı da dikkate alınarak genel hükümlere göre yapılacak yorumlarda aşırıya kaçılmaması gerekmektedir. Her zaman yapılan yorumlarla İnternet özgürlüğünü kısıtlama olasılığı göz önüne alınacak olursa Almanya'da olduğu gibi, AB'nin yönergeleri de dikkate alınarak özel düzenlemelerin yapılması uygun olacaktır⁴²⁰.

b. Kişilik Hakları Bakımından

Kişilik haklarını ihlâl edici nitelikteki bir açıklamanın İnternette yayınlanmasından dolayı sorumlu olan kişilerin genel hükümlere göre kişilik hakları ihlâl edilen kişiye karşı sorumlu olacağı açıktır. Bu yüzden bir web uygulamasında İnternet kullanıcıları kendi görüşlerini yazabiliyorsa ve yazılan bu yazılar içerisinde kişilik haklarını ihlâl niteliği taşıyan bir yazı varsa, bu yazıdan web sayfasını kontrol eden kişi sorumludur⁴²¹.

İnternet ortamında gerçekleştirilen saldırılarda kişilik hakları ihlâl edilen kimse için tazminattan da öte önemli olan husus saldırıya bir an önce son verilmesidir. Çünkü haksız fiil niteliğini ortaya çıkaran içerik web sayfasında durduğu müddetçe saldırı da devam etmektedir⁴²². Saldırı teşkil eden içerik yayından çıkarılmadıkça durdurma davası açmakta kişilik hakları ihlâl edilen kişinin menfaati olduğu açıktır⁴²³.

⁴¹⁸ ÖZDİLEK, İnternet, 113.

⁴¹⁹ ÖZEL, S. Koruma, 168; KENDİGELEN/BOZBEL, 530.

⁴²⁰ KENDİGELEN/BOZBEL, 530.

⁴²¹ ÖZEL, S. Koruma, 161.

⁴²² ÖZEL, S. Koruma, 168.

⁴²³ DOĞAN, Durdurma, 397.

İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kişi aşağıda da ayrıntısıyla anlatılacağı üzere saldırı devam ettiği müddetçe durdurma davası, saldırı sona ermiş ancak etkileri devam etmekteyse tespit davası ve bunların yanında bir zararı söz konusu ise maddi veya manevi tazminat davası açabilecektir. Bu davaların kişilik haklarını ihlâl eden kimseye karşı açılacağı hususunda bir tereddüt yoktur. Ancak bu davaların, kişilik haklarını ihlâl eder nitelikteki içeriklere erişilmesini sağlayan İSS'lere karşı açılıp açılmayacağı tartışılmaktadır.

ÖZEL'e göre; davalar İnternet ortamındaki söz konusu içeriğe erişilmesini sağlayan servis sağlayıcı aleyhine açılacaktır. Zira servis sağlayıcı söz konusu bilgileri kendi ana bilgisayarında depoladığı için bu bilgileri de oradan uzaklaştırma imkânına sahiptir. Özellikle sahibi bilinmeyen web sitelerindeki ihlâller karşısında İSS'lere dava açılması zorunludur.

ÖZEL'in yukarıda kısaca ifade ettiğimiz görüşlerine katılmak kanaatimizce mümkün değildir. Çünkü her İSS'nin aynı zamanda barındırma hizmeti vermesi gibi bir mecburiyeti yoktur. İSS'ler sadece İnternet erişimini sağlamaya yönelik hizmet vermekle de yetinebilirler. Nihayet ülkemizde de büyük İSS'ler sadece servis sağlama ve bununla ilişkili hizmetler vermektedirler. Barındırma, alan adı kaydı vb. hizmetler ise onlar kadar büyük olmayan kuruluşlarca yerine getirilmektedir.

İnternet ortamında meydana gelen ihlâllerde İSS'lerin eylemlerinin BK m. 41 vd. düzenlenen haksız fiilin şartlarına uyup uymadığının araştırılması gerekmektedir. Bu haksız fiillerin gerçekleştirilmesinde kimsenin eyleminin tek başına yeterli olmadığı sonucuna burada ulaşılmalıdır⁴²⁴.

Kişilik haklarını ihlâl eden sonuç sadece içerik sağlayıcının eylemi ile değil İSS'lerin de İnternet erişimini sağlamaları sonucunda, İnternet yayınıyla

⁴²⁴ MEMİŞ, Müzik Sunumu, 152.

gerçekleşmektedir. Haksız fiil niteliğindeki eylem ile İnternet erişimi arasında hayatın olağan akışına göre sebep sonuç ilişkisi kurulabilmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus ne içerik sağlayıcının eyleminin ne de servis sağlayıcının İnternet erişimini sağlama olgusunun tek başına zararlı eylemi doğurmaya elverişli olmadığıdır. Burada “sebeplerin ortaklığından”⁴²⁵ yani ortak illiyetten bahsedilmektedir. Buna göre, hiçbirisi tek başına yeterli olmayıp, ancak bir araya gelmeleri suretiyle zararlı sonucu doğuran sebepler topluluğuna ortak illiyet adı verilmektedir⁴²⁶. Bu sebep sonuç ilişkisinde İSS’ye bir sorumluluk isnat edilebiliyorsa BK m. 41/1’e göre sorumlu tutulabilecektir.

Her şeyden önce İSS’leri sorumlu tutabilmek için İSS’lerin içerik hakkında bilgi sahibi olup olmadığını araştırmak gerekir. Ne servis sağlayıcıların ne de yer sağlayıcıların içerikleri kontrol etmek gibi bir yükümlülükleri yoktur. Bu bağlamda İSS’lerin hukuki sorumluluğundan söz edebilmek için içerikleri izleyebilecek teknik imkânlarla sahip olması ve hukuka aykırı içeriği engellemenin ondan beklenebilir olması gerekmektedir⁴²⁷. Burada şu ayrıntıyı da ifade etmekte yarar vardır: İSS’lerin kişilik haklarını ihlâl eden bir içerik konusunda haberdar edilmeleri ve bu hukuka aykırı içeriği kaldırma taleplerinin bir hâkim kararına bağlanmasında ve İSS’lerin bu aşamadan sonra sorumlu tutulmasında fayda vardır. Çünkü herkes İSS’lere İnternet ortamındaki yayınların hukuka aykırılığı sebebiyle başvuruda bulunursa, içeriği taramak ve hukuka aykırı olanları kaldırmak için İSS’lerin çok fazla miktarlarda mesai harcamalarını ve teknik açıdan zorlukları beraberinde getirir⁴²⁸.

İnternet ortamında meydana gelen kişilik haklarıyla ilgili olarak İSS’leri sorumlu tutabiliyorsak ortak illiyet sebebiyle müteselsil sorumluluktan

⁴²⁵ YILDIRIM, Sorumluluk, 696.

⁴²⁶ EREN, Fikret: Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi, Ankara 1975, s.149 (EREN, İlliyet); YILDIRIM, Sorumluluk, 696; MEMİŞ, Müzik Sunumu, 152.

⁴²⁷ KAPLAN, Y., 160.

⁴²⁸ DEMİR, 477.

bahsetmek mümkün olacaktır⁴²⁹. Müteselsil sorumluluk ya zarar verici eylemin birlikte gerçekleştirilmesiyle ya da kanunun öngörmesiyle doğar⁴³⁰. Borçlar Kanunumuzun 51. Maddesinde haksız fiil sebebiyle müteselsil sorumluluk düzenlenmiştir. Kanunumuz zararın birden fazla kimse tarafından müşterek kararlarıyla meydana gelmesi hali (tam teselsül) ile birden fazla kimsenin muhtelif sebeplerden dolayı sorumlulukları (tam teselsül dışında kalan haller) (eksik teselsül) birbirinden farklı olarak hüküm altına almıştır⁴³¹. Bu ayrı düzenlemeye rağmen tam teselsül halinde de eksik teselsül halinde de sonuç aynıdır; zarara uğrayan kimse zararın tamamını sorumlulardan birinden isteyebilir. Yani sonuç pratik olmaktan ziyade hukukidir⁴³².

Tüm bu açıklamalar çerçevesinde İSS'lere kast veya ihmal şeklinde bir kusur yüklenebiliyorsa içerik sağlayıcı ile İSS kişilik hakları ihlâl edilen kişiye karşı haksız fiilden müteselsilen sorumlu tutulmalıdırlar. Müteselsil sorumlulukta, kişilik hakları saldırıya uğrayan kimse sorumlulardan istediği birisine başvurabilir. Burada eşit hisse karinesinin uygulanması (BK m. 146/1) mümkün olmayıp BK m. 50/1 gereğince hâkim müteselsil sorumlulukları olan kişilerin birbirine karşı rücu hakkı olup olmadığını ve rücu hakkı varsa kapsamını takdir ve tayin eder⁴³³.

⁴²⁹ MEMİŞ, Müzik Sunumu, 152.

⁴³⁰ GÜRSOY, Kemal Tahir: “Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu”, AÜHFD, y.1973, C.30, S.01-04, s.57 (GÜRSOY, Sorumluluk).

⁴³¹ YILDIRIM, Sorumluluk, 698.

⁴³² GÜRSOY, Sorumluluk, 58.

⁴³³ MEMİŞ, Müzik Sunumu, 154.

SONUÇ

Bir birey olarak insanın kendi haklarının korunması, hukuk sistemlerinin hemen hepsinde, hukukun değişmez amaçlarından bir tanesini oluşturur. Bu sebeple hukukun her bir dalı kendi üzerine düşeni yaparak kişinin sahip olduğu hakların bir veya birkaç yönünü düzenler.

Kişinin sahip olduğu hakların hukuk tarafından düzenlenen bir tanesi ve hatta en önemlisi kişilik haklarıdır. Bu sebeple olmalıdır ki, kişilik haklarının korunmasıyla ilgili olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde, Anayasada, başta Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu olmak üzere birçok kanunda kişilik haklarının korunmasına ilişkin düzenlemeler bulmak mümkündür. Bu düzenlemelerde kişilik haklarının sadece diğer insanlara karşı değil kişinin kendisine karşı dahi korunduğu gözlenmektedir.

Kişilik hakları denildiğinde, insanların doğuştan sahip olduğu devredilemeyen, vazgeçilemeyen, üzerinde tasarruf imkânı olmayan, bu bağlamda para ile ölçülemeyen haklar silsilesi anlaşılmaktadır. Ancak kişilik haklarının bir kısmının parasal bir karşılığının olduğu gözlerden uzak tutulmamalıdır. Özellikle manevi tazminat davasını katı bir biçimde objektif teoriye dayandıran görüşe göre, manevi üzüntü ya da ruhsal çöküntünün sonuçları hangi boyutlarda olursa olsun, nakdi olarak bir karşılığı ve bu bağlamda para ile ölçülebilir bir yanı vardır.

Bilim ve teknolojideki ilerlemelerin insanlığa en büyük armağanlarından bir tanesi İnternet olmuştur. Öncelikle bilgisayarlar elektronik bilgi akışı sağlanacak şekilde birbirlerine bağlanmış ve bilgisayarlar arasında “ağ” olarak ifade edilen bir yapı meydana getirilmiştir. Bu aşamadan sonra ağlar da birleştirilerek İnternet olarak adlandırdığımız dünyayı adeta çepeçevre saran küresel bir ağ oluşturulmuştur.

Bilim ve teknoloji geliştikçe akla gelebilecek hemen her türlü veri de sayısallaştırılarak dijital ortama aktarılmıştır. Örneğin film şeridindeki fotoğraflar, VHS kasetlerindeki filmler birer birer bilgisayarlardaki yerlerini almıştır. Sayısallaşan verilerin paylaşımı da aynı hızda artmıştır. Böylece bilgi akışı konusunda bugün geline nokta, artık bırakın bilgi akışının kontrol edilmesini, bilgi akışının izlenmesi dahi imkânsız hale gelmiştir. Buna birkaç örnek verildiğinde İnternetin, insanın hayal gücünün bile ötesine geçtiği gerçeğinin anlaşılması zor olmayacaktır. Örneğin her 4 saatte ABD Kongre Kütüphanesi'ndeki⁴³⁴ bilgiye eş değer bilgi İnternet ortamına aktarılmaktadır. Son zamanlarda yapılan araştırmalarda İnternetteki veri büyüklüğünün 487 milyar GB olduğu ve bu bilgilerin kâğıtlara çıktı olarak aktarılması halinde dünyayı 8 kat kaplayacağı ifade edilmektedir⁴³⁵. Böyle bir ortamda kişilik haklarının ihlâl edilmesi ise neredeyse kaçınılmazdır.

İnternet kullanımının hızla yaygınlaşmasıyla kişilik hakları ihlâllerinde de bir artış yaşanmıştır. İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâl edilmesinde yaşanan bu artışta birçok etken bir arada bulunmaktadır:

Her şeyden önce İnternetin doğası gereği, kullanıcılar kimliklerini saklayabilme ve böylece İnternet ortamında anonim olarak sörf yapabilme imkânına sahip olmaktadır. Hele ki bir kimsenin, odanın karanlık bir köşesinden sanal dünyaya bağlanması, onun, hiç kimse tarafından bulunamayacağı fikrine kapılmasına neden olmaktadır.

⁴³⁴ Amerika Birleşik Devletleri Kongre Kütüphanesi (Library of Congress) ABD'nin ulusal kütüphanesidir. Dünyanın en büyük ve en önemli kütüphanelerinden olan kongre kütüphanesinde 470 dilde, 29 milyondan fazla kitap ve diğer yayınlar, 58 milyon el yazması, içlerinde Gutenberg İncili'nin de bulunduğu Kuzey Amerika'nın en büyük nadir kitap koleksiyonu, bir milyonun üzerinde hükümet belgesi, son 300 yılda, dünyada yayınlanmış bir milyon gazete sayısı, 33.000 ciltlenmiş gazete sayıları, 500.000 mikrofilm, 6000'in üzerinde karikatür dergisi, dünyanın en büyük hukuki belgeler koleksiyonu, filmler, 4,8 milyon harita, müzik notaları ve 2,7 milyon işitsel kayıt bulunur (http://tr.wikipedia.org/wiki/Amerika_Birle%C5%9Fik_Devletleri_Kongre_K%C3%BCt%C3%BCphanesi, E.T.: 28.01.2010).

⁴³⁵ http://www.gelecekonline.com/metin/İnternetteki_veri_buyuklugu_487_eksabayta_ulasti-1977, (E.T.: 28.01.2010)

İnternet ortamında anonim kalma birçok kez, bir şekilde kimliğin çözülmesi durumuyla sona eriyor olsa da teknik konulardaki bilgi eksikliği de kişilik haklarını ihlâl etme eğiliminde olan insanları daha da cesaretlendirmektedir. Çünkü birçok insan rumuzlar ya da sahte kimlik bilgileri kullanarak İnternet ortamında anonim kaldıklarını ifade etseler de özellikle kendilerine ait bir İnternet hesabını ve yine kendilerine ait bir bilgisayar kullanarak İnternete bağlanan insanlar açısından anonim kalmak nerdeyse imkânsızdır.

İnternet ortamında kişilik haklarının en çok ihlâl edildiği alanlar kişinin şeref ve haysiyeti ile meslekî ve ekonomik haklarıdır. Bu haklar çok çeşitli biçimlerde ihlâl edilebilmektedir.

Alan adları İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâl edildiği alanların başında gelir. Genellikle kötü niyetli kimseler, üçüncü kişilerin ad ve soyadlarını ya da ticaret unvanlarını alan adı olarak tescil ettirmekte ve bu kimselere fahiş fiyatlardan satmak istemektedirler. Ad ve soyadı kullanılan kimsenin direncini kırmak için de ya site içeriğini pornografi vs. ile doldurmakta ya da kişinin ticarî konumu buna elverişli ise rakiplerinin reklamları yapılmaktadır. Rakiplerinin reklamlarının kendi adı ve soyadı ya da ticaret unvanı ile tescil edilmesi durumda kişi haksız rekabet, adın korunması ve duruma göre şeref ve haysiyetin korunması hükümlerine göre mahkemeden koruma talebinde bulunabilir.

E-postalar ve spam iletiler aracılığı ile de kişilik hakları oldukça fazla ihlâl edilmektedir. Spamlar ne kadar büyük çoğunlukla e-postalar aracılığıyla gönderilse de başka yöntemlerle spam ileti göndermek mümkündür. Spamın engellenmesi konusunda bir takım hukuki düzenlemelerin yapılması zorunluluğu açıktır. Çünkü birçok ülke kanunlarına göre spam ileti göndermek suç değildir. Kişilik haklarını korumak adına, örneğin bir kimseye, onu zekâ seviyesi düşük olmakla itham eden bir ileti göndermek suç olarak kabul edilirken kişilik haklarını ciddi bir biçimde ihlâl

eden ve bununda da kalmayıp dünya finans sistemine ağır zararlar veren spamların hâlâ suç olarak kabul edilmemesi endişe vericidir.

Özellikle finansal kurumlarının web sitelerini ziyaret eden ve bu sitelerde finansal işlemler yapan İnternet kullanıcılarının, İnternet ortamında gerçekleştirilen dolandırıcılık yöntemlerinden olan, başlık bilgilerini tahrip etme (spoofing), sahte e-posta (fake mail), yemleme (phishing) ve yoldan saptırma (pharming) gibi yöntemlere karşı dikkatli olmaları gerekmektedir. Bu gibi yöntemlerde genellikle, finansal kurumun interaktif arayüzünün ya da web adresinin taklidi yapılarak finansal kurumun müşterisinin bu tuzaklara düşmesi beklenir ya da kurumun taklit edilen alan adı üzerinde oluşturulmuş bir e-posta adresinden İnternet kullanıcılarına kurumdaki e-posta gönderiliyormuş gibi e-posta gönderilir ve hazırlanan sahte sayfaya kurumun web sitesine giriş yaptığı kullanıcı adı ve şifresi ile giriş yapılması istenir. Bu tuzakları fark edemeyen bir müşteri kullanıcı adı ve şifresini girdikten sonra giriş tuşuna bastığı anda istenmeyen sonuçların doğması kaçınılmazdır.

İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakları ihlallerinde zarar gören kimsenin öncelikle murat ettiği sonuç, kişilik haklarını ihlâl eden saldırının bir an evvel nihayete ermesidir. Bu durumu tesis etmek için kanunkoyucu da 5651 sayılı Kanunda içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkını tanımıştır. Dolayısıyla web sayfalarındaki yayınlar aracılığı ile kişilik hakları ihlâl edilen kimselerin hızlı ve etkili sonuç almak için öncelikle bu yola başvurmaları yararlarına olur. Her ne kadar hukuk mahkemelerinde “sürmekte olan saldırıya son verilmesi” dava edilebilse de 5651 sayılı Kanunun öngördüğü yol daha kısadır.

5651 sayılı Kanunun içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkına ilişkin 9. maddesi yanında İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kimsenin, şartları varsa, TMK m. 25’te öngörülen davaları da açma imkânı vardır.

KAYNAKÇA*

ADALI, Eşref; “Kişisel Bilgilerin Korunması”, **Bilişim ve İnternet Teknolojilerinin Ceza Hukuku Açısından Doğurduğu Yeni Sorunlar**, der. Müslüm Sayılı, Derin Akdeniz, Bursa 2001.

AKGÜL, Mustafa; “II. Türkiye Bilişim Hukuku Sempozyumu Açılış Konuşması”, **Bilişim Hukuku**, der. Mete Tevetoğlu, İstanbul 2006.

AKİPEK, Jale/AKINTÜRK, Turgut; **Türk Medenî Hukuku – Başlangıç Hükümleri Kişiler Hukuku**, C. 1, B. 6, İstanbul 2007.

AKÜNAL, Teoman; **Türk Medenî Hukukunda Tüzel Kişiler**, B. 2, İstanbul 1995.

ALPTÜRK, Ercan; **Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergilendirilmesi**, İstanbul 2006.

ANSAY, Tuğrul/WALLANCE, Don; **Introduction of Turkish Law**, B.5, Deventer (Overijssel) 2005.

AYAN, Mehmet/AYAN, Nurşen; **Kişiler Hukuku**, Konya 2007.

AYHAN, Rıza/ÇAĞLAR, Hayrettin/ÖZDAMAR, Mehmet; **Ticarî İşletme Hukuku – Genel Esaslar**, B.1, Ankara 2009.

BAŞALP, Nilgün; **Kişisel Verilerin Korunması ve Saklanması**, Ankara 2004.

* Dipnotlarda geçen eserlerde yazarların soyadlarına göre atıf yapılmıştır. Aynı yazarın birden çok eserine yapılan atıflar ile aynı soyadı taşıyan yazarların eserlerine yapılan atıflar, kısaltılış şekilleriyle parantez içerisinde gösterilmiştir.

BAŞPINAR, Veyssel/KOCABEY, Doğan; **İnternette Fikri Hakların Korunması**, Ankara 2007.

BAYGIN, Cem; “Edim Dışı Sebepsiz Zenginleşmeden Doğan İade Talebinin Haksız Fiil ve Vekâletsiz İş Görmeden Doğan Talepler Karşısındaki Durumu”, **Prof. Dr. Fahiman TEKİL’in Anısına Armağan**, İstanbul 2003.

BELLİ, Doğan Bülent; **Basın Yolu İle Kişilik Haklarına Saldırıdan Doğan Hukuki Sorumluluk**, Ankara 2008.

BİLGE, Mehmet Emin; “Tüketicinin Korunması Açısından İnternette Ticarî Reklam Yayını”, **Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan**, Ankara 2003.

BİRSEN, Kemaleddin; **Borçlar Hukuku Dersleri – Borçların Genel Hükümleri**, B. 4, İstanbul 1967.

BOZBEL, Savaş; “İnternet Üzerinde Yapılan Hukuki İşlemler”, **Yargıtay Dergisi**, C.27, S.1-2, y.2001 (Kısaltılmışı: BOZBEL, İnternet).

BOZBEL, Savaş; **İnternet Alan Adlarının (Domain Names) Korunmasında ICANN Tahkim Usulü**, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: BOZBEL, Tahkim).

BULUT, Harun; **Yargıtay Kararları Doğrultusunda Kişilik Hakları ve Kişilik Haklarına Saldırıdan Kaynaklanan Hukuk Davaları**, B.1, İstanbul 2006.

CAN, Mustafa Erdem; “Radyo ve Televizyon Yayınları Üzerindeki Haklar”, **AHFD**, y.1999, C.48, S.1-4.

CASAD, Joe; **Sams Teach Yourself TCP/IP in 24 Hours**, B. 4, New Jersey 2009.

CHADWICK, Andrew; **Internet Politics**, New York 2006.

CHISSICK, Michael/KELMAN, Alistair; **Electronic Commerce Law and Practice**, B.2, Londra 2000.

CİVELEK, Mustafa Emre; **İnternet Çağı Dinamikleri**, B.1, İstanbul 2009.

ÇEKER, Mustafa; “İnternet Ortamında Yapılan Usulsüzlüklerden Bankaların Hukuki Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Bilge ÖZTAN’a Armağan**, Ankara 2008.

ÇEREZ, Kerim; “Kişi Hakları Yönünden Danıştay Kararlarının Uygulanması”, **İmran Ökten’e Armağan**, Ankara 1970.

DEMİR, Önder; “İnternet Servis Sağlayıcılarının Hukuki Sorumluluğu”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, İzmir 2002.

DOĞAN, Murat; “Şahsiyet Hakkına Tecavüzün Önlenmesi Davası”, **AÜEHFD**, y.2001, C.V, S.1-4 (Kısaltılmışı: DOĞAN, Önleme).

DOĞAN, Murat; “İnternette Şahsiyet Haklarının İhlâli ve Korunması”, **Bilgi Toplumunda Hukuk Prof. Dr. Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.2, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: DOĞAN, Şahsiyet).

DOĞAN, Murat; “İnternetteki Yayınla Kişilik Hakkının İhlâline Karşı Durdurma Davası”, **AÜEHFD**, y.2003, C.VII, S.1-2 (Kısaltılmışı: DOĞAN, Durdurma).

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan; **Türk Özel Hukuku – Kişiler Hukuku**, C. 2, B. 8, İstanbul 2006.

EDİS, Seyfullah; “Özel Hukukun Bütünlüğü Üstüne”, **AHFD**, y.1975, C.32, S.1-4.

EREN, Fikret; **Sorumluluk Hukuku Bakımından Uygun İlliyet Teorisi**, Ankara 1975 (Kısaltılmışı: EREN, İlliyet).

EREN, Fikret; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.11, Ankara 2009 (Kısaltılmışı: EREN, Borçlar).

EROĞLU, Sevilay; “İnternette Aktif Linkler Yoluyla Fikri Haklara Müdahale”, **Bilgi Toplumunda Hukuk – Ünal Tekinalp’e Armağan**, C.2, İstanbul 2003.

EROL, Haydar; **5271 Sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu – Açıklamalı, İçtihatlı**, Ankara 2008.

EVCI, Özge; “E-Posta İle Tebligat”, **ABBHD**, y.2007, S.1.

FRANKO, Nisim; **Şeref ve Haysiyete Tecavüzden Doğan Manevi Zararın Tazmini**, Ankara 1973.

GENÇCAN, Ömer Uğur; **Açıklamalı – İçtihatlı 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu**, B.2, C.1, Ankara 2007.

GIRESA, Roy J.; **Cyberlaw National and International Perspectives**, New Jersey 2002.

GÖKCAN, Hasan Tahsin; **Haksız Fiil Hukuku ve Maddi – Manevi Tazminat Davaları**, Ankara 2008.

GÖLCÜKLÜ, Feyyaz; “Radyo – Televizyonda Düzeltme ve Cevap Hakkı”, **AÜSBFD**, y.1975, C.20, S.4.

GÖREN, Zafer; “Türk – Alman Hukukunda Kişiliğin Korunması”, **AYD**, y.1992, C.9.

GÜRKAN, Ülker; “Kişilik Kavramının Evrimi”, **Prof. Dr. Hâlide Topçuoğlu’na Armağan**, Ankara 1995.

GÜRSOY, Kemal Tahir; “Birden Fazla Kimselerin Aynı Zarardan Sorumluluğu”, **AHFD**, y.1973, C.30, S.01-04 (Kısaltılmışı: GÜRSOY, Sorumluluk).

GÜRSOY, Kemal Tahir; “Manevi Zarar ve Tazmini”, **AHFD**, y.1973, C.30, S.1-4 (Kısaltılmışı: GÜRSOY, Zarar).

GÜVEN, Kudret; **Kişilik Hakları ve Ötenazi**, B.1, Ankara 2000.

HAŞILOĞLU, Selçuk Burak; **Elektronik Posta İle Pazarlama**, İstanbul 2007.

HATEMİ, Hüseyin; **Kişiler Hukuku Dersleri**, İstanbul 1992.

HELVACI, Serap; “Kişiliğin Korunması ve Vesayet Hukuku”, **Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı**, İstanbul 1999 (Kısaltılmışı: HELVACI, Koruma).

HELVACI, Serap; **Türk ve İsviçre Hukukunda Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar**, B.1, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: HELVACI, Koruyucu Davalar).

HELVACI, Serap; **Gerçek Kişiler**, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: HELVACI, Gerçek Kişiler).

HELVACI, Serap; “Kişilik Haklarına Hukuka Aykırı Saldırı Halinde Açılacak Davalarda Yetkili Mahkeme”, **Doç. Dr. Mehmet SOMER’e Armağan**, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: HELVACI, Mahkeme).

HILLER, Janine S./COHEN, Ronnie; **Internet Law & Policy**, New Jersey 2002.

HUNT, Craig; **TCP/IP Network Administration**, B. 3, Sebastopol 2002.

İŞIKLI, Hasibe; **İnternet Alan İsimleri Sistemi Markalar ve Alan İsimleri Arasındaki İlişki**, DPT Yayını, Ankara 2001.

İÇEL, Kayıhan/ÜNVER, Yener; **Kitle Haberleşme Hukuku**, B.6, İstanbul 2005.

İLKİZ, Fikret; "İnternet Ortamında Yayınlar", **İnternet ve Hukuk**, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004.

İMAMOĞLU, Hülya; "Çocuğun Kişiliğinin Ana Babaya Karşı Korunması", **AHFD**, y.2005, C.54, S.2.

İYİMAYA, Ahmet; **Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sorunları**, C.2, Ankara 1995.

KAÇAK, Nazif; **Yeni İçtihatlarla Yeni Türk Medenî Kanunu**, B.1, Ankara 2004.

KANETİ, Selim; **Haksız Fiilde Hukuka Aykırılık Unsuru**, İstanbul 2007.

KAPLAN, İbrahim; "Kişilik Haklarının Kitle Haberleşme Araçları (Basın, Radyo ve Televizyon) Karşısında Korunması", **Adalet Dergisi**, y. 70-1979 (Kısaltılmışı: KAPLAN, İ.).

KAPLAN, Yavuz; **İnternet Ortamında Fikri Hakların Korunmasına Uygulanacak Hukuk**, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: KAPLAN, Y.).

KARADENİZ ÇELEBİCAN, Özcan; **Roma Hukuku**, B.7, Ankara 2000.

KARAGÜLMEZ, Ali; “Bilişim Suçlarında Delil Toplamayı Etkileyen Başlıca Konular”, **2. Polis Bilişim Sempozyumu 2005**, Emniyet Genel Müdürlüğü Bilgi İşlem Dairesi Başkanlığı yayını, Ankara 2005.

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Tazminat Hukuku – Maddi Tazminat**, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: KARAHASAN, Maddî).

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Tazminat Hukuku – Manevî Tazminat**, İstanbul 2001(Kısaltılmışı: KARAHASAN, Manevî).

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler Öğreti Yargıtay Kararları**, C.2, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: KARAHASAN, Borçlar).

KARAHASAN, Mustafa Reşit; **Sorumluluk Hukuku – Kusura Dayanan Sözleşme Dışı Sorumluluk – Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk**, B.6, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: KARAHASAN, Sorumluluk).

KARAYALÇIN, Yaşar; “Türk Hukukunda Şeref ve Haysiyetin Korunması”, **AHFD**, y.1968, C.19, S.1-4.

KAYIHAN, Şaban/YILDIZ, Habib; **Elektronik Ticaretin Hukuku ve Vergi Boyutu**, Ankara 2004.

KENDİGELEN, Abuzer/BOZBEL, Savaş; “Telif Hakları Açısından İnternette Veri Paylaşımı (Peer-to-Peer FileSharing)”, **İnternet ve Hukuk**, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004.

KIRCA, Çiğdem; “Manevî Tazminatın Fonksiyonu ve Niteliği”, **Yargıtay Dergisi**, y.1999, C.25, S.3.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; “Haksız Fiillerden Sorumlulukta Ceza Hukuku İle Medenî Hukuk İlişkisi”, **AHFD**, y.1973, C.29, S.3-4 (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU, Haksız Fiil).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; “Tüzel Kişi Manevi Tazminat İsteyebilir mi?”, **DÜHFD**, y.1983, C.1 (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU, Tüzel Kişi).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; “Medenî Kanunda Manevi Tazminatta Ağır Kusur Konusunda Yapılan Değişiklik”, **Prof. Dr. Halûk TANDOĞAN’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990 (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU, Kusur).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.11, Ankara 2009 (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU, Borçlar).

KILIÇOĞLU, Ahmet M.; **Şeref, Haysiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırıdan Hukuksal Sorumluluk**, B.3, Ankara 2008 (Kısaltılmışı: KILIÇOĞLU, Şeref ve Haysiyet).

KIRÇOVA, İbrahim/ÖZTÜRK, Pınar; **İnternette Ticaret ve Hukuksal Sorunlar**, İTO Yayını, İstanbul 2000.

KOCADAĞ, Mustafa; “Bilişim Devrimi Bağlamında Çağı Iskalama Geleneği”, **ABBHD**, y.2007, S.1.

KOZIEROK, Charles M.; **The TCP/IP Guide**, San Francisco 2005.

KURU, Baki/ARSLAN, Ramazan/YILMAZ, Ejder; **Medenî Usul Hukuku**, B.19, Ankara 2008.

LEIDEN, Candace/WILENSKY, Marshall; **TCP/IP For Dummies**, B. 6, Indianapolis 2009.

LINDSAY, David; **International Domain Name Law**, Oxford 2007.

LOSTAR, Murat; “Kişisel Verilerin Korunması ve Bilgi Güvenliği”, **Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2006**, C.4, B.2, Ankara 2006.

MALKOÇ, İsmail/YÜKSELTEPE, Mert; **Açıklamalar ve Yorumlarla 5271 Sayılı Yeni Ceza Muhakemesi Kanunu**, C.1, Ankara 2008.

MEMİŞ, Tekin; “İnternette Cins ve Meslek İsimlerinin Alan İsmi Olarak Kullanılması ve Ortaya Çıkan Hukuki Sorunlar”, **AÜEHFD**, y.2000, C.IV, S.1/2 (Kısaltılmışı: MEMİŞ, Cins İsimleri).

MEMİŞ, Tekin; “Alan İsmi Etrafında Ortaya Çıkan Sorunlar”, **Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu**, Ankara 2001 (Kısaltılmışı: MEMİŞ, Alan İsmi).

MEMİŞ, Tekin; Hukuki Açıdan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi, **AÜEHFD**, C.V, S.1-4, Erzincan 2001 (Kısaltılmışı: MEMİŞ, E-Posta).

MEMİŞ, Tekin; “İnternette Alan İsimleri Uyuşmazlıklarında Çözüm Arayışları ve WIPO Ara Raporu”, MHB, **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, y. 1999 - 2000, S. 1 - 2, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: MEMİŞ, Rapor).

MEMİŞ, Tekin; **Fikrî Hukuk Bakımından İnternet Ortamında Müzik Sunumu**, Ankara 2002 (Kısaltılmışı: MEMİŞ, Müzik Sunumu).

MEMİŞ, Tekin; “İnternet Ortamında Haksız Rekabet Halleri ve Türk Hukuku”, **İnternet ve Hukuk**, der. Yeşim M. Atamer, İstanbul 2004 (Kısaltılmışı: MEMİŞ, Rekabet).

NALBANTLIOĞLU, Lerzan; “İnternette Alan Adı Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlâli”, **Bilişim Toplumuna Giderken Psikoloji, Sosyoloji ve Hukukta Etkiler Sempozyumu**, TBD, Ankara 2001.

NOMER, Füsün; “İnternet Alan Adının (Domain Name) Hukukî Niteliği ve Marka ve Ticaret Unvanı Gibi Ayırt Edici Ad ve İşaretler İle Arasında Benzerlik Bulunması Sebebiyle Doğabilecek Hukukî Sorunlar”, **Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı**, C.1, İstanbul 2001, s. 395 – 418.

OĞUZ, Sefer; “Veri Tabanı Hakkı ve Sui Generis Veri Tabanı Hakkının Sınırları”, **Prof. Dr. Fikret EREN’e Armağan**, Ankara 2006.

OĞUZMAN, M. Kemal; “İsviçre ve Türkiye’de Medenî Kanun ve Borçlar Kanunu’nda Şahsiyetin Hukuka Aykırı Tecavüzlere Karşı Korunması ve Özellikle Manevi Tazminat Davası Bakımından Yapılan Değişiklikler”, **Prof. Dr. Halûk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990.

OĞUZMAN, M. Kemal/ÖZ, M. Turgut; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.5, İstanbul 2006.

ONGUN, Coşkun; **Gazete, Radyo, TV ve İnternet Yayınlarında Basın Davaları**, İstanbul 2008.

ÖNCÜ, Fatih; **ePazarlama - İnternet Olanaklarıyla Ürün ve Hizmetin Hedef Pazara Sunulması ve Satışı**, B.2, İstanbul 2004.

ÖNGÖREN, Gürsel; **İnternet Hukuku**, B.1, İstanbul 2006.

ÖZDİLEK, Ali Osman; **İnternet ve Hukuk**, İstanbul 2002 (Kısaltılmışı: ÖZDİLEK, İnternet).

ÖZDİLEK, Ali Osman; **Uygulamadan Örnek Olaylarla Bilişim Suçları ve Hukuku**, B.1, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: ÖZDİLEK, Bilişim).

ÖZEL, Cevat; **Kitle İletişim Araçları ve Kişilik Haklarının Korunması**, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: ÖZEL, C.).

ÖZEL, Sibel; **Uluslararası Alanda Medya ve İnternette Kişilik Hakkının Korunması**, Ankara 2004 (Kısaltılmışı: ÖZEL, S. Koruma).

ÖZEL, Sibel; “Milletlerarası Özel Hukukta İnternet Yoluyla Gerçekleşen Kişilik Hakkı İhlalleri ”, **Bilişim Hukuku**, der. Mete Tevetoğlu, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: ÖZEL, S. Kişilik Hakkı).

ÖZKAN, Hasan; **Açıklamalı – İçtihatlı Asliye Hukuk Davaları ve Tatbikatı**, B.6, Ankara 2004.

ÖZTAN, Bilge; **Medenî Hukukun Temel Kavramları**, B. 27, Ankara 2008.

REİSOĞLU, Safa; **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, B.19, İstanbul 2006 (Kısaltılmışı: REİSOĞLU, Borçlar).

REİSOĞLU, Safa; “Basın Özgürlüğü ve Kişilik Haklarının Korunması”, **Prof. Dr. Turgut Akıntürk’e Armağan**, İstanbul 2007 (Kısaltılmışı: REİSOĞLU, Basın).

ROSS, Blake; **Firefox for Dummies**, New Jersey 2006.

SANLI, Kerem Cem; **Haksız Fiil Hukukun Ekonomik Analizi – Hukuk ve Ekonomi Öğretisi**, İstanbul 2007.

SERDAR, İlknur; **Radyo ve Televizyon Yoluyla Kişilik Hakkının İhlâli ve Kişiliğin Korunması**, Ankara 1999.

SEROZAN, Rona; “Manevi Tazminat İstemine Değişik Bir Yaklaşım”, **Prof. Dr. Haluk TANDOĞAN’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990 (Kısaltılmışı: SEROZAN, Yaklaşım).

SEROZAN, Rona; “Mirasçıya Geçen ve Geçmeyen Haklar, Mirasçının Aslından Kazandığı Haklar ve Miras Bırakanın Ölüm Sonrasına Uzanan Hakları”, **Prof. Dr. Nihal Uluocak’a Armağan**, İstanbul 1999 (Kısaltılmışı: SEROZAN, Miras).

SINAR, Hasan; **İnternet ve Ceza Hukuku**, İstanbul 2001.

SIRABAŞI, Volkan; **İnternet ve Radyo – Televizyon Aracılığıyla Kişilik Haklarına Tecavüz (İnternet Hukuku)**, B. 2, Ankara 2007.

SMITH, Graham J. H.; **Internet Law and Regulation**, B.4, Londra 2007.

SOYSAL, Tamer; “Avrupa Birliği ve Türkiye’de Veri Korunması Hukuku Bakımından Elektronik Posta”, **ABBHD**, Y.1, S.1, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: SOYSAL, E-Posta).

SOYSAL, Tamer; “Elektronik Posta Yoluyla Kişilik Haklarına Müdahaleden Doğan Hukuki Sorumluluk”, **ABBHD**, Y.1, S.1, Ankara 2006 (Kısaltılmışı: SOYSAL, Kişilik Hakkı).

SOYSAL, Tamer; “İnternet Adları Sistemi ve Tahkim Kuruluşlarının UDRP Kurallarında göre Verdikleri Kararlara Eleştirel Bir Yaklaşım-2”, **EÜSBED**, y.2006, S.22 (Kısaltılmışı: SOYSAL, Alan Adları).

SPINELLO, Richard; **Cyberethics – Morality and Law in Cyberspace**, B.3, Massachusetts 2006.

STEIN, Stuart; **Law On The Web: A Student Guide**, Essex 2003.

STAIR, Ralph M./REYNOLDS, George/REYNOLDS, George W.; **Principles of Information Systems: A Managerial Approache**, B. 9, Boston 2009.

ŞARLAK, Zeynep; **İnternet Alan Adlarının Hukuki Niteliği ve Markalar Üzerindeki Etkisi**, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara 2006.

ŞEN, Ersan; **Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması**, İstanbul 1996.

ŞENOCAK, Kemal; “Tescilli Markanın Aynısının Veya Benzerinin Alan Adı (Domain Name) Olarak Kullanılması Suretiyle Marka Hakkının İhlâli”, **BATİDER**, Eylül 2009, C. XXV, S. 3, s. 90 – 141.

TANDOĞAN, Halûk; **Mukayeseli Hukuk ve Hususiyle Türk – İsviçre Hukuku Bakımından Vekâletsiz İş Görme**, İstanbul 1957.

TAŞKIN, Âlim; “Tüzel Kişilerin Kişilik Haklarının Korunması”, **AHFD**, y.1991, C.42, S.1-4.

TEKİL YILDIZ, Esra; “İnternet Üzerinde Kişisel Verilerin Korunması”, Tekil, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul 2003.

TEKİNALP, Ünal; **Fikrî Mülkiyet Hukuku**, B.3, İstanbul 2004.

TEKİNAY, Selâhattin Sulhi; “Kişilik Haklarına İlişkin Yasal Değişiklikler Hakkında Eleştiriler”, **Prof. Dr. Halûk TANDOĞAN’ın Hatırasına Armağan**, Ankara 1990.

TEZCAN, Durmuş; “İnternet Karşısında Özel Hayatın Korunması ve Adli Yardımlaşma”, **Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu**, İzmir 2002.

TİFTİK, Mustafa; **Akit Dışı Sorumlulukta Maddi Tazminatın Kapsamı**, Ankara 1994.

TOPALOĞLU, Mustafa; **Bilişim Hukuku**, Adana 2005.

TÜFEK, Ömer Faruk; **Basın Yoluyla Kişilik Haklarının İhlâli ve Bu İhlâllere Karşı Özel Hukuk, Ceza Hukuku ve İ.H.A.S. Koruması**, B. 2, Ankara 2007.

ULUSOY, Ali; **Telekomünikasyon Hukuku**, Ankara 2002.

UYAR, Talih; **Türk Medenî Kanunu – Gerekçeli - İçtihatlı Kişiler Hukuku**, C.2, Ankara 2002.

UYGUR, Turgut; **Açıklamalı – İçtihatlı Borçlar Kanunu – Sorumluluk ve Tazminat Hukuku**, B.2, C.2, Ankara 2003.

VON TUHR, Andreas; **Borçlar Hukukunun Umumi Kısım**, çev. Cevat Edege, C.1-2, Ankara 1983.

YAVUZ, Cevdet; **Türk Medeni Kanunu, Borçlar Kanunu ve Diğer Mevzuat**, İstanbul 2002 (Kısaltılmışı: YAZVUZ, Mevzuat).

YAVUZ, Cevdet; **Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler**, B.7, İstanbul 2007 (Kısaltılmışı: YAVUZ, Özel).

YILDIRIM, Mustafa Fadıl; “Kişi İsimlerinin İnternet Alan İsmi Olarak Tescili Karşısında İsim Üzerindeki Hakkın korunması”, MHB, **Prof. Dr. Aysel Çelikel’e Armağan**, y. 1999 - 2000, S. 1 - 2, İstanbul 2001 (Kısaltılmışı: YILDIRIM, İsim).

YILDIRIM, Mustafa Fadıl; “İnternet Alan İsimlerini tescil Eden Kuruluşların Sorumluluğu”, **Prof. Dr. Fahiman Tekil’in Anısına Armağan**, İstanbul 2003 (Kısaltılmışı: YILDIRIM, Sorumluluk).

YILDIRIM, Mustafa Fadıl/MEMİŞ, Tekin; “Elektronik Posta Kutusu Kullanımı İle İlgili Karşılaşılan Hukuki Sorunlar ve Çözüm Önerileri”, **AÜEHFD**, y.2005, C.IX, S.3-4.

YILDIZ, Sevil; **Suçta Araç Olarak İnternetin Teknik ve Hukuki Yönden İncelenmesi**, Ankara 2007.

YILMAZ, Ejder; **Hukuk Sözlüğü**, B.7, Ankara 2002.

ZEVKLİLER, Aydın; **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, B.10, Ankara 2008.

ZEVKLİLER, Aydın/ACABEY, M. Beşir/GÖKYAYLA, M. Emre; **Zevkliler Medenî Hukuk**, B. 6, Ankara 2000.

ÖZET

(OĞUZ, Habip). (İnternet Ortamında Kişilik Haklarının İhlâli ve Korunması), (Yüksek Lisans Tezi), (Ankara 2010)

Tezimizin konusunu, İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlâlleri ve bu ihlâller karşısında başvurulabilecek korunma yöntemleri oluşturmaktadır. Kişilik hakkı ihlâlleri son yıllarda ortaya çıkan bir ihlâl olmamakla birlikte bilim ve teknolojinin gelişmesine paralel olarak İnternet ortamına taşmıştır. Bu durum ise zaten çözümü güç olan meseleleri daha da içinden çıkılmaz hale getirmiştir.

Kişilik hakları konusunda tanım vermenin zorluğu bir tarafa bırakıldığında; kişilik haklarını, doğumla kazanılan, kişinin kendi iradesiyle dahi vazgeçmesinin mümkün olmadığı, herkese karşı ileri sürülebilen, kendisine sıkı sıkıya bağlı, maddi, manevi, iktisadi değerler gibi değerlerin bütünü olarak ifade edilebilir.

Kişilik hakları İnternet ortamında çeşitli şekillerde ihlâl edilmektedir. Tabi bu haklardan hepsinin İnternet ortamında ihlâl edilmesi hakların doğası gereği mümkün değildir. Örneğin bir kimsenin hayat hakkının ya da vücut bütünlüğü hakkının İnternet ortamında ihlâl edilmesine olanak yoktur. Çünkü bu haklar ancak fiili bir saldırı neticesinde ihlâl edilebilir. Oysa İnternet ortamındaki kişilik haklarının ihlâl edilmesindeki temel özellik, ihlâlin sanal ortamda gerçekleştirilmesidir.

İnternetin sahip olduğu hız ve tıkanmadan çalışabilme kabiliyeti bir takım teknik unsurların varlığına bağlıdır. Bu unsurları İnternetin yapısal unsurları olarak adlandırabiliriz. İnternetin yapısal unsurları; TCP/IP, web teknolojisi, intranet ve extranetlerdir. Bu unsurlardan en önemlisi TCP/IP'dir. TCP/IP, İnternet ağına dâhil olan bilgisayarların herhangi bir sorunla

karşılaşmaksızın veri alışverişini gerçekleştirebilmeleri için getirilen kurallardır.

Günümüz dünyasının artık vazgeçilmezlerinden birisi haline gelen İnternet, sayılamayacak ve sınıflandırılmayacak kadar çok alanlarda ve amaçlarla kullanılmaktadır. Buna rağmen, İnternettin yaygın olarak kullanılan işlevlerini belirtmekte fayda vardır. İnternet; FTP, e-posta, posta listeleri, haber grupları, e-bültenler, haber ağları, sohbet, bilgisayar ilan panoları gibi iletişim yöntemlerinin kullanılmasına olanak sağlar.

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâli birçok şekilde gerçekleşebilir. Günümüzde, İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakkı ihlâllerinin en çok görülen şekli web sitesindeki yayınlardır. Bu yayınlarda da kişinin şeref ve haysiyetine yönelik saldırılar ile kişinin meslekî ve ekonomik haklarına yapılan saldırılar ağırlıktadır. Alan adı ihlâlleri, e-postalar, spamlar aracılığıyla gerçekleştirilen saldırılar, fake mail, spoofing, phishing, pharming yöntemleri kullanarak gerçekleştirilen saldırılar, Truva atları, bukalemunlar, ağ virüs ve solucanları kullanarak gerçekleştirilen saldırılar da kişilik haklarının ihlâline yönelik saldırılarda önemli bir yere sahiptir.

İnternet ortamında gerçekleştirilen kişilik hakları ihlâllerinin yaygınlığı İnternet servis sağlayıcıların sorumluluğunu gündeme getirmiştir. İnternet servis sağlayıcılar sözleşmeden doğan sorumluluklarının yanında hukuki ve cezai sorumlulukları da vardır.

İnternet ortamında kişilik haklarının ihlâli daha çok haksız fiil niteliğindedir. Bu bakımdan İnternet ortamında kişilik haklarını ihlâl eden kimselerin sorumluluğu da haksız fiil esaslarına göre tayin edilir.

İnternet ortamında kişilik hakları ihlâl edilen kimse cezai soruşturma ve kovuşturma için ilgili makamlara başvurabileceği gibi bir takım davaları da açabilir. Bu davalar TMK m. 25'te ifade edilen önleme, durdurma, tespit,

maddi, manevi tazminat ve vekâletsiz iş görme davasıdır. Bu davalar neticesinde kararın üçüncü kişilere bildirilmesi de istenebilir.

Anahtar Sözcükler

1. Kişilik Hakları
2. İnternet Ortamı
3. Kişilik Haklarının İhlâli
4. İhlâl Türleri
5. Sorumluluk

ABSTRACT

(OĞUZ, Habip). (Violation and Preservation of Personality Rights Around The Internet Media), (Postgraduate Thesis), (Ankara 2010)

Violation of personality rights and the preservation methods applied against these violations constitute the main subject of our thesis. Even though violation of personality rights are the violations which haven't occurred in recent years, these violations pour out the Internet media parallel to the development of science and technology. This situation has caused the issues to be more complicated of which solutions are much more difficult, anyway.

When the difficulty of defining the personality right is put aside, the personality rights can be stated as the whole of valuations such as material, moral, economic valuations which can be gained by birth, aren't possible to give up by the person's self-control, can be put forward to everyone and are linked to the person tightly.

The rights have been violated in the Internet media in several ways. Actually, the violations of all these rights can't be succeeded around the Internet media, possibly. For example, it is not possible for a person to be violated with the rights of living, the privacy of the body in the environment of the Internet media. Because these rights can be violated with the result of a verbal attack. Whereas, the main property upon which the personal rights are violated in the Internet media is that the violation is achieved in virtual environment.

The speed that the Internet has and the ability of operating without being stopped depend on the existence of some technical elements. We can name these elements as the structural elements of the Internet. The structural elements of the Internet are TCP/IP, web technology, intranet and extranets. The most important one of all these elements is TCP/IP. TCP/IP is

the rules which provides the realization of data interchange without creating any problems for the computer which are linked to the Internet network. TCP/IP is a kind of communication protocol. This protocol has become the most common protocol as it has provided much more advantages as compared to the other ones.

The violation of personality rights around the Internet environment can be realized in many ways. Nowadays, the most common of the violations of personality rights around the Internet environment is the broadcast to be observed in the web site. In these broadcasts, the attacks oriented to the honour and dignity of the person and attacks to the professional and economical rights are the most common. Violations of domain name, e-mails, attacks to be organized by means of spams, fake mail, spoofing, phishing, attacks to be realized by means of pharming methods, trojan horses, chameleons, attacks to be realized by using network viruses and worms have taken an important place in the violation oriented to the personality rights.

The penetration of the violation of personality rights around the Internet has revived the responsibility of Internet service provider. In addition to the responsibilities of Internet service provider which are originated by the contract, Internet service providers also have the legal and criminal responsibilities.

The violation of personality rights around the Internet carries a composition of a tortious act. So, the responsibility of the person who violates the personality rights in the Internet is designated according to the basic tortious acts.

The person whose personality rights have been violated in the Internet can sue, as he can apply to the related authorities in order to institute an inquiry. These lawsuits are prevention, suspension, fixation, material and moral compensations, transaction without succession which are found in

article 25 in Civil Code. At the end of these lawsuits the declaration of the decision to the third persons can be claimed.

Key Words

1. Personality Rights
2. Internet Environment
3. The Violation of Personality Rights
4. The Kinds of Violations
5. Responsibility