

HUKUKİ AÇIDAN KİTLELERE E-POSTA GÖNDERİLMESİ*

*Yrd.Doç.Dr. Tekin MEMİŞ***

GİRİŞ

İnternet teknolojilerinin gelişmesi ile birlikte ortaya yeni sektörler çıkmakta, yeni iş kolları doğmakta veya mesleklerin icra şekli değişmektedir. Reklam, bir ürün veya hizmetin tanıtımı için öteden beri kullanılan bir yoldur. Reklamın niteliğinde bir değişiklik olmamakla birlikte internet teknolojisinin gelişmesi ile birlikte icrasında bir takım değişiklikler meydana gelmiştir. İnternet yoluyla reklamın kullanıcılara ulaşması son derece kolaylaşmış, ayrıca elektronik posta adreslerine gönderilen reklamlar ile aracısız reklam imkanına kavuşulmuştur. E-posta ile yapılan reklamlar, klasik usulde yapılan reklamlara göre daha avantajlıdır. Bu tür reklamlar öncelikle tüketiciye doğrudan ulaşmaktadır. Posta kutusunu açan kişi, içeriğini okumasa bile en azından firmanın adı ile karşılaşmaktadır. Ayrıca bu tür reklamlar, diğer reklam usullerine göre son derece masrafsızdır. E-posta yolu ile yapılan reklamların bir başka avantajı ise müşteri kitlesine hızlı ulaşmasıdır. Bir tuş yardımı ile aynı anda binlerce adrese reklam gönderme imkanı mevcuttur. E-posta yolu ile reklam yapmak telefon ile reklamdaki daha güvenlidir ve belirli bir zamanda yapılmasına da gerek yoktur. İş saatleri dışında da gönderilen e-postalar, ertesi iş günü reklam yapılan kimsenin bilgisayarında okunabilecektir. Muhtemel müşteri kitlesinin seçimini yapmak daha kolaydır. Kitap alıcılarının e-posta adreslerinin toplanması ve sadece onlara yönelik kitap reklamı yapılması gibi. Nihayet bu reklamlar daha ucuza mal edilebilmektedir¹. Bütün bu avantajlı tarafları ile elektronik posta yoluyla reklam günümüzde bir sektör haline gelmiştir².

* VII. Türkiye'de İnternet Konferansı'nda 3 Kasım 2001 tarihinde sunulmuş olan bildiri metnidir.

** A.Ü. Erzincan Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

1 Funk, A.: "Wettbewerbliche Grenzen von Werbung per E-Mail", CR, 1998/7, s. 413, 414; Rosenthal, D.: "Unverlangte Werbe E-Mail ohne Rechtsfolgen", Media Lex, 4/99, s. 203.

2 Örneğin 300.000 adres için haftalık 19,95 \$, 500.000 adres için haftalık 29,95 \$, 1.000.000 adrese posta için haftalık 39,95 \$ alınmaktadır. Günlük ticari reklam amacı ile

Doğrudan müşteriye yapılan bu reklam türü, reklamı yapan ve reklamı yapılan açısından faydalı olmakla birlikte; elektronik postasına reklam gönderilen kimseler açısından faydalı görülmeyebilir. Posta kutusu dolan ve bu sebeple kendisine gönderilen diğer e-postaları alamayan internet kullanıcıları bu durumdan yakınmaktadır.

Birden fazla kimseye yapılan bu reklamlar için adreslerin elde edilmesi çoğunlukla daha önceleri gerçekleşmektedir. Özellikle 'daha hızlı ve çok para kazanmak istemez misiniz' yahut 'yardım için bu e-maili siz de bütün tanıdıklarınıza yollayın' gibi mesajlarla muhtemel müşteri kitlesinin elektronik adresleri elde edilmektedir. Ayrıca bazı tartışma forumlarındaki adresler de spam amaçlı kullanılabilir. Çoğu zaman da "whois" databankları veya haber grupları vasıtası ile de e-posta adresleri toplanmaktadır. Toplanan bu adreslerden oluşturulan ve satışa sunulan CD'lerde milyonlarca adres bulunabilmektedir³.

E-posta adreslerinin de belirli bir kapasitesi bulunmaktadır. Dolayısıyla e-adreslere gönderilen özellikle reklam türü postalar kişinin posta kapasitesini doldurmakta ve başka posta alabilmesine engel olmaktadır. Bu sebeple sık sık şikayetler olmaktadır⁴.

I. TANIM VE İSİMLENDİRME

Spam kelimesi, Amerikan kökenli bir kelime olup, ilk defa Firma Hormel Foods Corporation'un bir kutu içinde baharatlı domuz eti ve jambon için kullandığı bir kısaltmadır. "Spiced pork and ham" kelimelerinin ilk harflerinden oluşmaktadır. Şimdiye kadar da bilgisayarlar için hiç kullanılmamıştır. Sonraları e-posta yolu ile kitlelere reklam yapılmasında kullanılmaya başlanmıştır⁵.

gönderilen e-posta sayısı 100 milyon olarak tahmin edilmektedir. Örnekler ve diğer e-posta reklam fiyatları için spammingin gelişimi için bkz. Kommission der Europäischen Gemeinschaften: "Unerbetene kommerzielle Kommunikation und Datenschutz, Zusammenfassung der Schlussfolgerung der Studie Januar 2001, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/studies/spamsumde.pdf, s. 6 vd.

- 3 Örneğin böyle bir CD'de 80 milyonun üstünde e-posta adresi bulunmaktadır (bkz. Leupold, A.: "Die massenweise Versendung von Werbe-e-Mails: Innovatives Direktmarketing oder unzumutbare Belaestigung des Empfängers" WRP, 1998/3, s. 271).
- 4 Amerikanın büyük internet servislerinden Earthlink, ortalama günde 1000-3000 arasında spam şikayetinin geldiğini belirtmektedir. Göndericinin yanlış adres belirterek e-posta yollaması dolayısıyla en büyük mağdur sayılabilecek Samsung, günlük spam sayısının 6000-10.000 olduğunu, müşterilerinin bu duruma çok kızdığını ve markalarının imajının sarsıldığını açıklamaktadır (Bkz. Leupold, s. 271).
- 5 Geniş ve ayrıntılı bilgi için bkz. www.uni-freiburg.de/rz/rzschiften/anrufarchiv/m9711/spam1.html.

Birden fazla kimseye elektronik posta yolu ile gönderilen bu tür reklamlar "spamming" olarak isimlendirilmektedir. Spamming'in değişik tanımlarını yapmak mümkündür. Avusturya İnternet Kullanıcılarının sitesi olan VIBE'de spamming için bir kanun kuralı öngörülmüş ve spam için "e-posta formunda rahatsız edici, sıkıntı verici haberler" tanımı getirilmiştir⁶. Bu tanımda ayrıca içerik tanımı da ayrıntılı bir şekilde verilmiştir. İçerik sansürünün bağımsız bir iletişim aracı olan internette reddedilmesi dolayısıyla, spam da içeriğe göre tanımlanamaz. İçerik, daima bir değer taşımaya karşılık, bu değer daima sübjektif ve kültürel olarak değişebilmekte; birine göre iyi olarak değerlendirilebilen şeyler bir başkası tarafından kötü olarak görülebilmektedir. Dolayısıyla içeriğe göre bir spam değerlendirilmesine varılamamaktadır. Spam objektif kriterlere göre tanımlanmalıdır⁷.

Fransız Ulusal Enformasyon ve Özgürlük Komisyonu'na göre (Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés) spam, hiçbir temas olmaksızın tartışma forumlarından, dağıtılan listelerden ve web sayfalarından elde edilen elektronik adreslere alıcının talebi olmaksızın ara-sıra büyük hacimlerde gönderilen ve ticari amaç taşıyan e-postalardır⁸.

Uluslararası Ticaret Örgütü'nün 1996 yılında yayınlamış olduğu "ICC Guidelines on Interactive Marketing Communication"⁹ da da spamın tanımına rastlamak mümkündür⁹. Buna göre, spam, bir bülten veya haber grubu üzerinden ticari amaç taşımayan bu forum konuları ile ilgili olmayan ve gönderilmesine açıkça izin verilmeyen reklamlardır.

II. MUKAYESELİ HUKUKTA SPAM

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNDA

Avrupa Birliğinde konu 4.6.1997 tarihli "Mesafe Ötesi Sürüm Sözleşmelerinde Tüketicinin Korunması Hakkında Direktif"¹⁰ ile ele alınmaktadır¹¹. Söz

6 İnternet adresi için bkz. www.vibe.at.

7 Bkz. www.vibe.at/begriffe/spam_def.html

8 Watel, J.: "Le problème du Spamming ou comment guérir le cancer de l'internet", Jurpc Web-Dok. 163/2001, Abs. 4 (www.jurpc.de).

9 Hoeren, T.: "Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Communications", Internet und Multimediarecht (Cyberlaw) (Hrsg. Lehmann, M.) Stuttgart 1997, s. 114.

10 Bkz. 97/7/EG, ABl. Nr. L. 144.

11 Avrupa Birliğinde spamingle ilgili geniş bilgi için bkz. Kommission der Europäischen Gemeinschaften: "Unerbetene kommerzielle Kommunikation und Datenschutz, Zusammenfassung der Schlussfolgerung der Studie Januar 2001, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/dataprot/studies/spamsumde.pdf, s. 6 vd.

konusu direktifin amacı, bir taraftan tüketicinin konumunu daha sağlamlaştırmak diğer taraftan mesafe ötesi mal ve hizmet sürümlerini geliştirmektir. Fakat söz konusu direktif, Avrupa ülkelerinde şimdiye kadar henüz iç hukuka aktarılmamıştır¹².

Alman hukukunda bu direktif iç hukuka (Mesafe Ötesi Sürüm Kanunu/Fernabsatz Gesetz- FernAbG) uyarlanmış olmasına rağmen bu kanun spam hakkında açık bir hüküm içermemektedir¹³.

Direktifin üye ülkelerin iç hukukuna aktarılmaksızın da uygulama alanına sahip olduğunu burada belirtmek gerekmektedir. Çünkü Avrupa Birliği Sözleşmesi m. 189/III' e göre direktiflerin uygulanması sadece kanun koyucuya değil, devlet gücünü kullanan bütün erklere yüklenmiş bir görevdir. Alman Mahkeme kararlarında da direktiflerin iç hukuka aktarılmasından önce de uygulama alanı bulduğu, mevcut kuralların direktifler doğrultusunda yorumlandığı görülmektedir¹⁴.

Direktifin reklamlarla ilgili 10. maddesi tartışmalıdır. Madde 10'da belirli iletişim teknikleri hakkında kurallar bulunmaktadır. Madde 10/I, sadece sesli mail (Voice Mail), telefax hakkında kurallar içermekte ve bu araçlarla reklam yapılabilmesi için önceden tüketicinin izninin alınması kuralını getirmektedir. Buradan hareketle Direktif, telefon ve e-posta ile reklama izin vermektedir. Direktifte tamamlayıcı bir hüküm olarak tüketicinin diğer tekniklerle (e-posta da buna dahildir) reklam yapılmasını açıkça yasaklamadığı hallerde bunlarla reklam yapılabilmesi belirtilmiştir (Opt-Out-Prinzip) (10/II)¹⁵.

Burada tek bir tüketici veya e-posta sahibi açısından bakıldığında durum açıktır. Bu durumda kişi kendi e-postasına reklam gönderilmesini açıkça yasakladığı, reddettiği takdirde e-posta yoluyla reklam yapılamayacaktır. Tüketicinin kendisine açıkça e-posta yolu ile reklam yapılmasını nasıl yasaklayacağı konusunda direktifte bir açıklık bulunmamaktadır. Burada tüketici-

¹² Vehslage, T.: "Auswirkungen der Fernabsatzrichtlinie auf die Telefon- und E-Mail-Werbung", GRUR 1999, H. 8/9, s. 656; Jaeger-Lenz, A.: Werberecht-Recht der Werbung in Internet, Film, Funk und Printmedien, Weinheim 1999, s.105.

¹³ Lettl, T.: "Rechtsfragen des Direktmarketings per Telefon und E-Mail", GRUR, 2000, s. 982, 983.

¹⁴ BGH, "Testpreis-Angebot", GRUR 1998, s. 2208.

¹⁵ Geniş bilgi için bkz. Ziem, C.: "Spamming, Zulaessigkeit nach § 1 UWG, Fernabsatzrichtlinie und E-Commerce Richtlinienentwurf", MMR 2000/3, s. 131 vd.; Schrick, A.: "Direktmarketing mittels E-Mail und seine Entwicklung", MMR 2000/7, s. 401 vd.

nin münferit bir yasaklaması veya genel listelerin içine girmeyi reddetmesi şeklinde bir yasaklama da söz konusu olabilir. Örneğin ABD'de telefon rehberi içinde kişiler reklam istemediklerini belirtebilmektedirler¹⁶.

Avrupa Birliğinin 8 Haziran 2000 tarihli yeni Direktifinde de¹⁷ spammingle ilgili hükümler bulunmaktadır. Bunlara göre üye devletler ticari iletişimle ilgili olarak Direktifin 7'inci maddesindeki önlemleri aldıktan sonra istenmeyen ticari içerikli reklamları gönderen kimselerin açık bir şekilde kimliklerinin tespit edilmesini sağlamalıdır (m. 7/I)¹⁸. Yine üye devletler, bu tarz elektronik posta yoluyla gönderilen reklamlara karşı, kişilerin kendilerine reklam gelmemesi için kaydoldukları "robinson-liste (opt-out-Listen)" adıyla anılan listelere sunucuların dikkat etmeleri için gerekli önlemleri alabileceklerdir¹⁹.

B. ALMAN HUKUKUNDA

Alman hukukunda e-posta yolu ile reklamı açıkça konu edinen bir kanun kuralı bulunmamaktadır. Fakat Alman hukukunda mevcut kanunlarla spam sorununa çözüm arandığı görülmektedir²⁰. Alman mahkemelerinden ilk olarak Traunstein²¹ mahkemesinde e-posta ile reklamın caiz olup olmadığı incelenmiştir. Bu kararda istenmeyen reklamların e-postaya gönderilmesi haksız rekabet olarak nitelenmiştir. Mahkeme bu tür reklamın haksız rekabet teşkil ettiğine karar verirken Mesafe Ötesi Sözleşmeler hakkındaki Direktifin

¹⁶ Vehslage, s. 659.

¹⁷ Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“, AB 8.6.2000 (ABl. 17.7.2000, L 178 s. 0001-0016). Söz konusu direktif şu web sayfasında da görülebilir: http://europa.eu.int/eur-lex/de/lif/dat/2000/de_300L0031.html.

¹⁸ "WEB.DE", e-posta göndericilerinin kimliklerinin tespitine dair ilginç bir uygulama yapmaktadır. WEB.DE'den alman e-adresten posta gönderilebilmesi için mutlaka bir "Activatör-Key"e ihtiyaç bulunmaktadır. WEB.DE servisi bu özel şifreyi e-adres almak isteyen kimsenin belirttiği posta adresine ve ismine göndermektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. www.web.de.

¹⁹ Bu konuda geniş ayrıntı ve benzeri bir liste için bkz. www.spam.org.tr.

²⁰ Spam sorunu Alman hukukunda özellikle BGB § 823 açısından ele alınmaktadır. E-postanın mahiyetinden hareket edilen görüşlerin bu tartışmalarda özellikle dikkate alınması gerekmektedir. Doktrinde bir sunucu üzerinden yapılan E-postanın mahiyetinin karma sözleşme tipini oluşturduğu vurgulanmaktadır. Bu sözleşme içinde hizmet ve eser sözleşmesinin tipik unsurları bulunduğu gibi, kira sözleşmesine ait unsurlar da bulunmaktadır. Şayet kişi e-postasını kendi serveri üzerinden yapıyorsa bu takdirde burada bir mülkiyet hakkından bahsetmek gerekmektedir. Spam sorununun çok farklı açılardan incelendiği bu makale için bkz. Spindler, G./Schmittmann, J.M.: "Unerwünschte E-Mail-Werbung, Zivil- und wettbewerbsrechtliche Zulaessigkeit in Europa", MMR 2001, Beilage-8, s. 10 vd.

²¹ LG Braunstein, 18.12.1997 (CR, 1998, s. 171).

10/II'nci maddesini bir engel olarak görmemiştir. Her ne kadar söz konusu direktif hükmü, telefon ve e-postanın ticari amaçlı reklamlarda kullanılabilmesine izin vermiş ise de, yine aynı direktifin 14'üncü maddesi üye ülkelere daha dar ve katı hükümleri koyabilme yetkisi vermiştir. Alman Haksız Rekabet Yasası'nın 1'inci maddesi de böyle bir hükümdür. Bazı yazarlar da e-postayla yapılan reklam sorununu haksız rekabet hükümlerine tabi tutmaktadır²².

Bir diğer mahkeme kararında ise²³ yine benzer gerekçelerle e-posta yolu ile yapılan reklamlar haksız rekabet olarak değerlendirilmiştir.

Bir başka mahkeme kararında ise daha ilginç bir yaklaşım sergilenmiş ve spam şahsiyet haklarına tecavüz olarak nitelenmiştir²⁴. Mahkeme, BGB m. 823 ve 1004'den kaynaklanan men ve tazminat taleplerini kabul etmiştir. Bir diğer mahkeme kararında ise e-posta yolu ile reklam yapılması, hem şahsiyet haklarına tecavüz hem de rekabetin bir ihlali olarak değerlendirilmiş, UWG m.1 ve BGB m. 823 ve 1004 uygulanarak çözüme ulaşılmıştır²⁵. Söz konusu kararlarda Alman doktrininde savunulmaya başlanan Anayasanın 5/I ve III'üncü maddelerinde kişinin negatif haber alma özgürlüğünün düzenlendiği ve bu özgürlüğün ihlalinin BGB m.823'e aykırı olduğu düşüncesine dayandırılmıştır²⁶.

Brakel'de²⁷ görülen davada da istenmeyen reklamların kişinin e-adresine gönderilmesinin kişi özgürlüğüne bir müdahale olarak yorumlandığı ve BGB. M. 823 ve 1004 'e aykırı bulunduğu görülmektedir. Kişinin e-

²² Bkz. Hoeren, T.: "Cybermannes und Wettbewerbsrecht-Einige Überlegungen zum Lauterkeitsrecht im Internet", WRP, 1997/11, s. 994, 995; Hoeren, T.: "Werberecht im Internet am Beispiel der ICC Guidelines on Interactive Marketing Kommunikation", Internet-und Multimediarecht (Cyberlaw) (Hrg. Lehmann, M.) Stuttgart 1997, s. 115; Wendel, : Wer hat Recht im Internet?, Aachen 1997, s. 80; Peschel-Mehner, A.: "Wettbewerbliche Bewertung geschäftlicher Aktivitaeten im Internet und in sonstigen Online Plattform", Cyberlaw (Hrg. Schwerdtfeger/Everyz/Kruezer/Peschel-Mehner/Poeck) Weisbaden 1999, s. 135, 136. Fakat burada hemen aksi fikirlerin olduğunu da belirtmek gerekmektedir. Bu yazarlara göre e-posta yoluyla yapılan reklamlar haksız rekabet oluşturmaz (bkz. Reichelsdorfer, J.: "eMails zu Werbezwecken-ein Wettbewerbsstoss?", GRUR, 1997, s. 191; Funk, s. 420).

²³ LG Eilwangen, Urteil vom 27.08.1999, 2 KfH O 5/99

²⁴ AG Brakel, Urteil vom 11.02.1998, 7 C 748/97

²⁵ LG Berlin, Urteil vom 13.10.1998, 16 O 320/98 (www.jurpc.de/rechtspr/19980187.htm)

²⁶ Fikentscher, W./Möllers, M.J.T.: "Die (negative) Informationsfreiheit als Grenze von Werbung und Kunstdarbietung", NJW, 1998/18, s. 1337-1344.

²⁷ hAG Brakel 11.2.1998, (bkz. www.online-recht.de/vores.html?Wettbewerbsrecht#E-Mail-Werbung).

postasına gerçek posta kutusunda olduğu gibi reklam istemediği uyarısını koyması teknik olarak mümkün değildir. Dolayısıyla buradan hareketle kişilerin e-postasına reklam göndermeye cevaz bulunamaz. Ayrıca kişinin bir e-posta listesine yazılması, onun reklam için önceden izin verdiği anlamına da gelmemektedir.

Yeni bir mahkeme kararında ise e-posta yolu ile reklamın caiz olduğu sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme burada BGB m. 823'e dayanan bir şahsiyet hakkı ihlali olmadığını, ayrıca Mesafe Ötesi Sürüm Direktifinin e-posta yoluyla reklamı yasaklamadığı sonucuna ulaşmıştır. Mahkemeye göre, Anayasanın 5. maddesi de negatif haberleşme özgürlüğü kavramını haklı kılmaktadır²⁸.

C. ABD HUKUKUNDA

Amerika Birleşik Devletlerinin çeşitli eyaletlerinde e-posta yoluyla reklam yapılması kanunlarla yasaklanmıştır. Eyaletlerde ilk kanun olan "Can the Spam" 1 Ocak 1999 günü Kaliforniya'da yürürlüğe girmiştir. Bu kanunla internet hizmetlerini sağlayan servis sunuculara (Service-Provider) müşterileri ile yaptıkları sözleşmelere e-posta ile istenmeyen reklamlar göndermeyecekleri, aksi takdirde zararı gidermek zorunda kalacakları konusunda uyarıcı bir hüküm koymaları gerekmektedir. Bu kanunla ayrıca spam yapanlara ceza da getirilmiştir. Buna göre her e-posta başına 50 dolar veya günlük 25 bin dolara kadar ceza öngörülmüştür²⁹. Ayrıca Kaliforniya Meclisi, spam yapan kimsenin çocuklar için sakıncalı sayılan mesajları göndermesini de yasaklamıştır. Bu kanuna göre ayrıca reklam yapan kimse ücretsiz bir telefon numarasını veya kendisine ulaşılabilir gerçek bir adresini de alıcıya sunmalıdır ki; alıcı bunlarla isminin listelerden çıkarılmasını sağlayabilsin. Bu kanunla e-posta ile reklam yapan kimsenin posta içine başka birinin domain ismini yazması, böylece alıcıyı yanıltması da yasaklanmıştır³⁰.

Benzer kurallar 1997 yılında Nevada ve Washington eyaletlerinde de yürürlüğe girmiştir. Washington'da yürürlüğe giren kanuna göre bütün e-postalar yasaklanmamış, sadece konusu reklam olarak görünmeyen e-postalar veya gönderici adresinin yanlış yazıldığı istenmeyen ticari reklamlar yasaklanmıştır. Bu kanunun uygulama alanı ise Washington'dan gönderilmiş

²⁸ Kararın eleştirisi için bkz. Stadler, www.afs-rechtanwaelte.de/urteile76.htm.

²⁹ Goerke, P.: "Amerika-Strafen für unverlangte E-Mail-Werbung", s. 249, WRP, 1999/2, s. 249.

³⁰ Naumann, T.: "Präsentationen im Internet als Verstoss gegen §§ 1, 3 UWG, Unter besonderer Berücksichtigung der Online-Angebote von Rechtsanwalten", Frankfurt am Main, 2001, s. 64.

veya oraya yollanmış reklamlarla sınırlanmıştır³¹.

Virjinya'da da benzeri bir kanun çıkarma çabaları görülmektedir. Bu kanunun temelinde de yanlış kimlik ve görünürde adresler altında e-posta gönderilmesi suç olarak nitelenmiş ve para cezalarına çarptırılması öngörülmüştür. Burada kasıtlı postalar dolayısıyla provider ve postayı gönderen kimse için her e-posta başına 10 dolar veya günlük 2500 dolar ceza istenmektedir³².

D. İSVİÇRE HUKUKUNDA

İsviçre hukukunda e-postasına reklam gelen kimse özel bir düzenleme olmamasına karşın³³ farklı hukuki imkanlara sahiptir. Öncelikle Bilgilerin Korunması Kanunu (Datenschutzgesetz-DSG), bir kimsenin e-postasına reklam gönderilebilmesini sadece alıcının rızasına bağlamıştır. Alıcının uygun gördüğü reklam haberlerini istemesi veya ürünler hakkında bilgi almak için reklam-posta-listelerine kaydolması halleri alıcının rızasına örnek olarak verilebilir. Spam yapan kimselerin kullanmış olduğu e-posta adresleri DSG'ye göre kişinin şahsi bilgileri olarak kabul edilmektedir. Davalar ve ihtiyati tedbirler için Medeni Kanun'un şahsiyetin korunmasına dair olan 28 ve devamındaki maddeler geçerli olmaktadır. Özellikle kişi, şahsi bilgilerinin kaldırılmasını veya üçüncü kişilerce görülmesinin engellenmesini talep edebilir³⁴.

Haksız Rekabete Karşı Kanun (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG) ile de tüketici spam olaylarına karşı başka bir koruyucu hukuki enstrümana sahiptir. UWG m. 3'e göre girişimcinin müşteriye rahatsız eden ve onun serbestçe karar vermesine engel olur tarzda reklam yapma-

³¹ Goerke, s. 249.

³² Fakat bu eyalette anti-spam yasasına ciddi tepki verildiğinin de vurgulanması gerekmektedir. Söz konusu yasanın düşünce açıklama özgürlüğü ile çeliştiğini, devletin genel menfaatleri koruması gerektiği, spam yapılmasında ise genel menfaatlere bir aykırılığın olmadığını, dolayısıyla da devletin yasa koymaması gerektiği ileri sürülmektedir. Ayrıca devletin her problemi kanun, polis, yasak ve hapisane çerçevesinde ele almasının yanlış olduğu, tekniğin halletmesi gereken şeylerde kanunlarla çözüme ulaşılamayacağı da belirtilmektedir. (Tartışmanın ayrıntıları için bkz. www.telepolis.de/deutsch/inhalt/glosse/2653/1.html).

³³ İsviçre'de de spamla ilgili kanuni bir düzenleme yapılması gerektiği, aksi takdirde bu ülkenin "spammerlerin adası" haline geleceği görüşleri parlamenterler tarafından iletildiği görülmektedir (bkz. www.insider.ch/ipd/recht/kapitel1.html).

³⁴ Rosenthal, D.: "Unverlangte Werbe E-Mail ohne Rechtsfolgen?" MediaLEX, 1999/4, s. 204; Faesler, L.: "Ob per E-Mail, Fax oder SMS: Spamming ist unlauter Unverlangte Werbe-Mails mit Rechtsfolgen" (www.jurisnet.com).

sı, haksız rekabetin ve haksız satışın tipik halini oluşturur³⁵.

İsviçre hukukunda Ceza Kanunu'na (Strafrecht-StGB) göre de spam probleminin çözülmesi mümkündür. İlgili kişi, kendisine gelen e-postada (spamda) tehdit, hakeret, mal veya data zararlarının olması hallerinde veya özel hacker vakıalarında StGB m. 143'den yararlanabilecektir. Bu maddelerin uygulanması özellikle gönderilen postaların spam filtrelerinin özel yöntemlerle aşılması hallerinde daha kolaylaşacaktır. Ayrıca somut olayların, databanklar ve telekomünikasyon tesislerinin kötüye kullanılıp kullanılmadığına göre StGB m. 150 ve 179'a göre cezalandırılabilmesi de mümkün olmaktadır³⁶.

E. FRANSIZ HUKUKUNDA

Fransız hukukunda spamı yasaklayan açık bir hüküm olmadığı için, çözüm Tüketicinin Korunması, genel hukuk ilkeleri ve tazminat hukukunun kurallarına göre çözümlenmektedir. Bu ülke hukukunda henüz spam olayı ile ilgili olarak mahkeme içtihadı bulunmamaktadır.

Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'un 121/22 ve 123/ 33'üncü maddelerinin uygulanabilmesi için reklam yapan kimsenin, kişi ile sözleşme ilişkisi içinde olması gerekmektedir. Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) 1382'nci maddesine göre haksız reklamlar dolayısıyla bir tazminat talebi için bir takım şartlar gereklidir. Öncelikle bu kişinin markasını veya ticari itibarını kötüler cinsten olmalı ve müşteri çevresine zarar vermelidir. Bunların gönderilen e-posta içinde bir araya gelmesi de oldukça zor görünmektedir. Bu haliyle Fransız hukukunda spam caiz olarak nitelenmelidir³⁷.

F. AVUSTURYA HUKUKUNDA

Avusturya Telekomünikasyon Yasası'nın 101'inci maddesinde spam açık bir hükümle yasaklanmıştır. Bu yasaklayıcı hükmün gelişme aşamaları şu şekilde özetlenebilir. Adalet Bakanlığı, tüketicinin korunmasını amaçlayan Mesafe Ötesi Sürüm Direktifinin ülke hukukuna uyumlaştırılması aşamasında Yasanın 101'inci maddesine istenmeyen ve birden fazla kimseye gönderilen reklamlar (spam) hakkında ceza hükmünün konulmasını öngör-

³⁵ Rosenthal, s. 204; Faesler, Unverlangte Werbe (www.jurisnet.com); İsviçre Haksız Rekabet Komisyonu'nda benzer bir olay incelenmiştir: Firma Somotrading SO'nun fax yoluyla tüketiciye reklam yapması haksız rekabet olarak kabul edilmiştir. Hatta bu kimsenin yıldız işareti (*) ile reklam istemediğini telefon rehberinde belirtmemiş olması da sonucu değiştirmemektedir (Bkz. "Checkliste Spamming" www.jurisnet.com).

³⁶ Rosenthal, s. 204; Faesler, Unverlangte Werbe (www.jurisnet.com).

³⁷ Hartmann, L.: "Spamming im französischen Recht" (www.artikel5.de/artikel/spam-france.html).

müştür. Söz konusu teklif, parlamento tarafından kabul görmüş ve 15.7.1999 tarihinde kabul edilmiştir³⁸.

Telekomünikasyon Yasası'nın 101'inci maddesine göre, bir elektronik postanın birden fazla kimseye veya reklam amaçlı olarak gönderilebilmesi için alıcının önceden bir onayı gereklidir. Alıcı istediği her zaman bu onayını geri alabilmektedir.

Kanun, iki problem alanını kurala bağlamaktadır. Bunlardan biri birden fazla kişiye gönderilen e-posta, diğeri de reklam amacıyla gönderilen e-posta problemleridir. Bu şekilde e-postalar için 500 bin Şiline kadar ceza öngörülmüştür.

Burada özellikle vurgulanması gereken nokta, Avusturya Kanunlarının spam hakkında getirmiş olduğu yasal düzenlemeler ve dikkate değer tecrübelerdir. Her ne kadar ABD'nin bazı eyaletlerinde anti-spam yasaları çıkarılmış ise de birden fazla kimseye gönderilen veya yanlış isim ve adres altındaki e-postanın cezalandırılmasına dair Avusturya örneği dünyada tek olma özelliğini taşımaktadır³⁹.

III.TÜRK HUKUKUNDA KİTLELERE E-POSTA GÖNDERİLMESİ (SPAM)

A. GENEL OLARAK

Bir çok ülkede olduğu gibi spamı doğrudan yasaklayan bir kural Türk hukukunda da bulunmamaktadır. Bu sebeple spamla ilgili problemlerin Tüketicinin Korunması, Haksız Rekabet ve Medeni Kanun hükümlerine göre çözümlenmesi düşünülebilir⁴⁰.

Gönderilen e-postaların içeriğine göre Türk Ceza Kanunu'nun uygulama alanı bulması da mümkündür. E-postanın içeriğinde tehdit, hakaret yasal olmayan propagandalar varsa bu takdirde bunlar ayrıca ceza davalarının konusunu oluştururlar.

³⁸ LAGA, G.: "Das österreichische Spam-Verbot", JurPC Web-Dok. 170/2000, (www.jurpc.de) Abs. 8.

³⁹ LAGA, Spam-Verbot, Abs. 11.

⁴⁰ Türk hukukunda daha ziyade ticari reklam içerikli spamlar üzerinde durulmuş, gayri ticari e-mailler konusunda öneriler getirilmemiştir: "Bu arada ticari reklam ve tanıtım amacındaki spam ile ilgili endişelenmeye gerek yok. Bunu önlemek için öyle uzun boylu uğraşmaya gerek yok. Tüketicilerin Korunması Hakkında Kanun'un 16. maddesi gereğince, Reklam Kurulu reklam kurallarını belirlemekle görevli kılınmıştır. Buna göre Kurul ve Bakanlık, reklamlar hakkında daha önce çıkarılmış olan Tebliğ'e bir madde ekleyerek bu sorunu birkaç günde çözebilir" (bkz.Öngören, G.: İnternet Hukuku, G. İnternet Ortamı ve E-Ticarette Reklamlar, www.hukukcu.com).

B. HAKSIZ REKABET HÜKÜMLERİNİN UYGULANABİLİRLİĞİ

Türk hukukunda haksız rekabetle ilgili düzenlemeler iki ayrı kanunun içinde bulunmakta, İsviçre ve Almanya'da olduğu gibi ayrı bir Haksız Rekabet Yasası bulunmamaktadır. Türk hukukunda haksız rekabete ilişkin düzenlemeler Borçlar Kanunu (m. 48) ve Türk Ticaret Kanununda (m. 65-65) yer almaktadır. Ticaret Kanunu'nun geçirdiği tarihi bir aşamanın sonucu olan bu düzenleme haklı olarak doktrinde eleştirilmekte ve isabetli olmadığı vurgulanmaktadır⁴¹.

Kitlelere yapılan reklamlarda ancak aldatıcı unsurların bulunması ve reklamı yapan kimsenin tacir olması halinde Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete ilişkin kuralları uygulama alanı bulmaktadır. E-posta kutuları sürekli olarak aldatıcı reklamlarla doldurulan kimse, reklamı yapan kimse veya kuruluş aleyhine Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabet hükümlerine dayanarak haksız rekabetin menî, uğradığı zararın tazmini için dava açabilecektir.

Ancak kitlelere e-posta yoluyla reklam gönderen kimsenin tacir olmaması veya içeriğin gayri ticari olması halinde Türk Ticaret Kanunu'nun haksız rekabete dair hükümlerinin uygulanması mümkün olmayacaktır⁴². Reklam içerikli e-postaları gönderen kimsenin tacir olmaması durumunda uygulanması düşünülebilecek olan BK.m. 48'in uygulama alanı ise son derece dardır ve e-posta alıcısını korumaya yeterli değildir. Çünkü BK.m. 48'e göre haksız rekabetin gerçekleşebilmesi ve dava açılabilmesi için yanlış ilanlar yahut iyi niyet kaidelerine aykırı sair hareketler ile bu fiiller ve onlara maruz kalan kimsenin müşterilerinin azalması veya müşterilerini kaybetmek korkusuna maruz kalması gerekir. E-postasına reklam gelen kimse için bu faraziyelerin gerçekleşmesi oldukça zor görünmektedir.

41 Göle, C.: Ticaret Hukuku Açısından Aldatıcı Reklamlara Karşı Tüketicinin Korunması, Ankara 1983, s. 155; Karayalçın, Y.: Ticaret Hukuku, C.1, Giriş-Ticari İşletme, Ankara 1968, s. 452; Arslanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, İstanbul 1960, s. 222; Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, s. 285; Bozer, A.: Bankacılar İçin Ticaret Hukuku Bilgisi, B.8, s. 93, 94. Aksi görüş için bkz. Örs, H. F.: Türk Hususi Hukukunda Haksız Rekabet, Ankara 1958, s. 24 vd.

42 "...Bu halde tecavüzde bulunan kimse tacir değilse BK.nun haksız rekabete ilişkin (m.48) hükmü uygulanır". (11.HD., 15.5.1989, E. 2889, K. 2929, YKD. 1990, C. 16, S.1, s. 64, 65).

C. TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUN

Tüketicinin korunması hakkındaki kanunun 16'ncı maddesine göre e-posta yoluyla reklamlara karşı koruma mümkün olabilecektir. Gerçekten kanunun 16'ncı maddesi ticari reklam ve ilanların yasalara ve genel ahlaka uygun, dürüst ve doğru olmalarını şart kılmıştır. Burada e-posta yoluyla reklam yapmayı yasaklayan bir hüküm bulunmasa bile, reklamların doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun olması aranmıştır. Doğruluk ve dürüstlük kuralı ile e-posta yoluyla reklamın hukuka aykırı sayılması mümkündür. Özellikle tüketicinin gelen ilk e-posta reklamından sonra herhangi bir şekilde e-adresine reklam istemediğini belirten bir uyarıyı karşı tarafa göndermesine rağmen reklamın devam etmesi, doğruluk ve dürüstlük kuralına aykırılığın açık bir biçimindedir. Yine e-adreslere büyük sayılabilecek, bir veya ikisinin artık tüketiciyi e-posta aracılığı ile iletişim kuramayacak hale getiren reklamların, dürüstlük kuralını ihlal ettiği varsayılmalıdır.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu'nda yine reklam kuruluna⁴³ ticari reklam ve ilanlarda uyulması gereken kuralları belirleme yetkisi verilmiştir. Kurula bu ilkelere aykırı hareket edenlerin cezalandırılmasını Bakanlığa tavsiye yetkisi de verilmiştir (m.17/ I). Bu Kurul, ticari ilan ve reklamlarda uyulması gerekli ilkeleri belirlerken ülke koşullarını ve reklamcılık alanında evrensel kabul görmüş ilkeleri de dikkate alacaktır (m.17/II). Madenin kaleme alınış biçimi, rahatsız edici e-postalardan tüketicileri korumaya uygundur. İdari önlemlerle, idari kurullarla spama karşı tüketicilerin korunması mümkündür.

Kanunun 16'ncı maddesine aykırı hareket edenlere ise 200 milyon idari para cezası verilebilmektedir. İlgili Bakanlık ayrıca söz konusu reklamın durdurulmasını isteyebilmektedir. Bu isteğe rağmen reklam devam ediyorsa bu takdirde bu kimselere karşı tüketici mahkemesinde Bakanlığın dava açma hakkı da bulunmaktadır (m. 25/ III).

D. MEDENİ KANUN HÜKÜMLERİNE GÖRE

Türk hukukunda Medeni Kanun hükümlerine göre de bir koruma sağlanması mümkündür. Medeni Kanunun 24'üncü maddesine göre hukuka aykırı bir şekilde şahsiyet hakkı ihlal edilen kimse hakimden ihlali yapan kimselere karşı bir koruma talep edebilir. E-adrese gönderilen reklam ve sair içerikli e-postalar alıcının şahsiyet haklarının ihlali olarak kabul edilmektedir⁴⁴. Kadınların sorunlarının tartışıldığı bir foruma sürekli olarak aşk mek-

⁴³ Kanuna göre kurulması öngörülen Reklam Kurulu oluşturulmuştur (bkz. RG. S. 22376).

⁴⁴ Palandt, BGB, 58. Aufl. §1004 Rn 7.

tupları ve şiirlerinin gönderilmesi kişilik haklarının bir ihlali olarak değerlendirilebilir. Yine sürekli olarak posta kutusuna ideolojik amaçlı veya politik amaçlı postaların gelmesi kişilik haklarının ihlaline örnek olarak verilebilir⁴⁵. Ayrıca e-posta adresi de günümüzde kişisel bir veri olarak kabul edilmektedir. Bu adresin yasal olmayan yollardan elde edilmesi de kişilik haklarının ihlali sayılmaktadır⁴⁶. Kişi MK.m.25'e dayanarak tecavüzün sona erdirilmesini, tecavüz tehlikesinin önlenmesini ve maddi ve manevi tazminata hükmedilmesini hakimden isteyebilmektedir. Ayrıca e-posta yoluyla elde edilen kazançları vekaletsiz iş görme hükümleri uyarınca talep hakkı da bulunmaktadır. Davacı, bu davaları kendi ikametgah mahkemesinde de açabilecektir.

Görüldüğü üzere Medeni Kanunun ilgili maddelerine dayanarak dava açmak için gönderilen e-postanın içeriğinin önemi bulunmamaktadır. Herhangi bir maksatla gönderilen e-postalara karşı da MK.m.24 ve devamına dayanarak dava açma hakkı bulunmaktadır.

DEĞERLENDİRME

Türk hukuku içinde spamı yasaklayan bir düzenleme olmamasına karşılık, engelleyebilecek hükümlerin var olduğu görülmektedir. Haksız rekabet hükümlerinin uygulama alanı, faraziyelerle sınırlanmıştır. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ise, sadece içeriği reklam olan e-postalara karşı bir yaptırıma sahiptir. MK.m.24 ve devamı hükümleri, kitlelere gönderilen gayri ticari e-postalara karşı en etkin korumayı sağlayan hükümler olarak görülmektedir.

E-posta sahiplerini spama karşı korumanın en etkin yolunun bir kanuni düzenleme olduğu açıktır. Yapılacak kanuni düzenlemede iki yol tercih edilebilir. Bunlardan birincisi kural olarak spam yapmanın caiz olduğu, ancak e-posta sahibinin reddi halinde bir daha yapılmaması; aksi halde cezalandırma yoluna gidilmesidir. Diğeri ise spam yapan kimsenin önceden e-posta sahibinden izin almasıdır. Her iki kanuni düzenleme biçimi de Avrupa Birliği Direktifine (Fernabsatzrichtlinie) uygundur.

Burada teknik önlemlerin alınmasının yeterli olduğu da ileri sürülebilir.

⁴⁵ Bu konuda bkz. Dahlen, H.J.: "Der unerwünschte Einwurf politischer Werbesendungen in private Hausbriefkästen" MDR 1991, s. 199 vd. Söz konusu makaleden bu şekil reklamların yapılmasının kişilik haklarını ihlali ile ilgili mahkeme kararlarına da ulaşılabilir.

⁴⁶ "Bilgi İletişim Yollarında Kişisel Bilgilerin Toplanması ve İşleme Tabi Tutulması Doğrultusunda Bireylerin Korunması Kılavuzu", Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı, m. II/6 (Çev. Demir, Ö.: İzmir BD. 2001/2-www.izmirbarosu.org. tr/dergi/20012_10.htm).

Ancak her internet kullanıcısının bu önlemleri almak zorunda bırakılması doğru değildir. Ayrıca getirilen filtre sistemlerinin spamı tamamen engellemediği, bu filtrelerin aşılabildiği de bilinmektedir.

Bir kimsenin e-adresine onun açık rızası olmadıkça içeriği reklam mahiyetinde olan, kitlelere gönderilen ve şahsi olmayan postalar gönderilmemelidir. Kişilere gönderilecek spam mahiyetinde e-postalar için önceden rızası alınmalıdır ve kişi bu rızasından her zaman vaz geçebilmelidir.

Spamın Avusturya hukukunda olduğu gibi tanımlanması ve sonra müeyyidelerin getirilmesi gerekmektedir. Gerçekten spamı içeriğinden bağımsız olarak tanımlamak ortaya çıkan problemlerin çözümlenmesinde kolaylık sağlayacaktır. Böylece ticari amaç dışında, e-adreslere gönderilen istenmeyen postalara karşı daha etkin bir koruma da sağlanabilir.

Spam sadece reklam olarak kabul edilmemeli, istenmeyen ve kitlelere gönderilen e-posta olarak tanımlanmalı ve özellikle kimlik gizlenerek, yanlış adres verilerek ve görünürde e-posta adreslerinden posta göndermek cezalandırılmalıdır.