

ISSN: 2667-5676

e-ISSN: 2667-6109



BİLİŞİM HUKUKU DERGİSİ
(ASBÜ BHD)

Cilt: 2

Sayı: 1

Haziran-2020

Vol.: 2

no.: 1

June-2020

ADALET YAYINEVİ
Ankara - 2020

BİLİŞİM HUKUKU DERGİSİ
(ASBÜ BHD)

ISSN: 2667-5676

e-ISSN: 2667-6109

Cilt: 2 Sayı: 1

Vol.: 2 no.: 1

Haziran-2020

June-2020

Dergi İletişim Bilgileri/ ASBU BHD Contact Information:

ASBÜ Hukuk Fakültesi Dekanlığı

Hükümet Meydanı No: 2, 06030 Ulus, Altındağ, ANKARA

Tel: +90 312 596 44 44-45 **Fax:** +90 312 311 86 00

e-mail: bilisimhukukudergisi@asbu.edu.tr

<https://dergipark.org.tr/bilisimhukukudergisi>

Bilişim Hukuku Dergisi hakemli bir dergidir.

Yayımlanan eserlerden doğan sorumluluk yazara/yazarlara aittir.

Digital Law Review is a peer-reviewed journal.

The liability of the published work is on the author/authors.

YAYINA HAZIRLAYAN

Adalet Yayınevi

Strazburg Caddesi No: 10/B Sıhhiye-Ankara

Tel: (0312) 231 17 00 Fax: (0312) 231 17 10

www.adalet.com.tr

Baskı

Ay-bay Kırtasiye İnş. Gıda Paz. ve Tic. Ltd. Şti.

Sertifika No: 33365

Tel: (0 312) 472 58 55 - Ankara

Basım Tarihi:

Haziran, 2020

İMTİYAZ SAHİBİ

Prof. Dr. Bülent KENT

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk
Fakültesi Dekan

Sorumlu Müdür

Memiş OKUYUCU

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Fakülte Sekreteri

Editör

Doç. Dr. Erdal YERDELEN

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Editör Kurulu

Arş. Gör. Abdullah ALTINTAŞ

Arş. Gör. Mustafa BAŞKARA

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışma Kurulu

Prof. Dr. Bülent KENT

Prof. Dr. Cemil KAYA

Prof. Dr. Mehmet Emin BİLGE

Prof. Dr. Mustafa ATEŞ

Prof. Dr. Yücel OĞURLU

Prof. Dr. Hayrunnisa ÖZDEMİR

Doç. Dr. Barış ERMAN

Doç. Dr. Erdal YERDELEN

**Doç. Dr. Gülsün Ayhan
AYGÖRMEZ UĞURLUBAY**

Doç. Dr. Hasan SINAR

Doç. Dr. Murat Volkan DÜLGER

Doç. Dr. Olgun DEĞİRMENCİ

**Doç. Dr. Armağan Ebru
BOZKURT YÜKSEL**

Dr. Öğr. Üyesi Erman BENLİ

Dr. Öğr. Üyesi Fatih KAPLANHAN

**Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Bedii
KAYA**

Dr. Öğr. Üyesi Yahya ŞİRİN

Dr. Ahmet KILIÇ

Dr. Mustafa KÜÇÜKALİ

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Üsküdar Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Altınbaş Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Aydın Üniversitesi Hukuk Fakültesi

TOBB ETÜ Hukuk Fakültesi

Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler
Fakültesi

Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi İşletme ve
Yönetim Bilimleri Fakültesi

İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İstanbul Sabahattin Zaim Üniversitesi Mühendislik ve
Doğa Bilimleri Fakültesi

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu

YAZIM KURALLARI

Başlangıç

1. Makale başlığı: Amerigo Md BT, 15 pt., Tüm harfler büyük, Kalın, Ortalanmış.
2. Yazar adı: Amerigo Md BT, 13 pt., Kalın, Sağa yaslı, İlk harfler büyük, yıldız ile dipnotta yazarın mesleği.
3. Öz, Abstract ve Anahtar Kelimeler: Kalın, İlk harfler büyük.

Metin

1. Metin içi başlıklar: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Başlık başındaki işaretler için yeni liste stili tanımlanması (Word'de Giriş sekmesinde paragraf kutucuğunun içinde üst sıradaki liste işareti/numaralandırma işaretlerinden çok düzeyli liste başlığı altında yeni liste stili tanımla daha sonra sol alttan biçimden numaralandırma seçeneği seçilecek) sıralaması:
 1. **Seviye:** Numaralandırma stili: **I, II, III**... Kalın, Tümü büyük harfler
 2. **Seviye:** Numaralandırma stili: **A, B, C**... Kalın, İlk harfler büyük
 3. **Seviye:** Numaralandırma stili: **1, 2, 3**... Kalın, İlk harfler büyük
 4. **Seviye:** Numaralandırma stili: **a, b, c**... Kalın, İlk harfler büyük
 5. **Seviye:** Numaralandırma stili: *i, ii, iii*... Normal, İlk harfler büyük, İtaliik.
3. Ana metin: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Metin paragrafları: İlk satır 0,75 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 5nk paragraf sonrası 0 nk aralık, satır aralığı 1.

Dipnotlar

1. Dipnot: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Dipnot paragrafları: Asılı 0,5 cm içeride, her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi 2 nk paragraf sonrası 0 nk aralık, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1. Ancak aynı dipnotta birden çok paragraf verilecekse bu durumda söz konusu iki paragraf arasında aralık 0 olmalıdır (üstteki paragrafın paragraf ayarlarından "sonra" kısmı 0 nk, alttaki paragrafın ise "önce" kısmı 0 nk yapılmalıdır).
3. Dipnottaki cümle ile dipnotta sol baştaki numara arasında 1 boşluk bırakılmalıdır.
4. Dipnotta sonu nokta ile biten bir ifade varsa tekrar nokta konulmasına gerek yoktur, bunun haricinde herhangi bir işaretten sonra mutlaka nokta konulmalıdır.
5. Metin içerisinde gösterilen dipnot numaraları şayet bir noktalama işareti varsa onun hemen ardından boşluk bırakılmaksızın belirtilecektir.

➤ **Yanlış:** verilecektir¹. **Doğru:** verilecektir.¹

Kaynakça

1. Kaynakça ayrı sayfada başlayacaktır.
2. Alfabetik sıralı, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Kaynakça paragrafları: 0,75 cm asılı (ilk satırdan sonraki satırlar 0,75 cm içeride), her iki tarafa yaslanmış, sağ ve sol girinti 0, paragraf öncesi aralık 3 nk paragraf sonrası aralık 0 nk, Aynı stildeki paragraflar arasına boşluk ekleme seçeneği seçilmemiş, satır aralığı 1.

Yazım şekline ilişkin yukarıdaki kurallara uygun olarak hazırlanmış örnek word formu için bkz.

<http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Yazım-İmla Kuralları ve Atıf Usulü

1. Derginin yazım ve imla kurallarında Türk Dil Kurumunun yayınları ve kararları esas alınmaktadır.
2. Dipnot ve kaynakçalarda "The Chicago Manual of Style" atıf sistemi benimsenmiştir. Atıf sistemine ilişkin detaylı bilgi için bkz.

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

3. Eserin yayın dilinin Türkçe olması halinde atıf yapılırken;
 - "and" yerine "ve"
 - "unpublished" yerine "yayımlanmamış" veya "yayınlanmamış"
 - "Anonymous" yerine "Anonim"
 - birden fazla ciltten oluşan eserlerde "volume/vol." yerine "Cilt."
 - "see" yerine "bkz."
 - "in" yerine "iç."
 - "accessed" yerine "erişim tarihi"
 - "trans." yerine "çev."
 - "edited by" yerine "editör"
 - "translated by" yerine "çeviren"
 - "interview by" ifadesi yerine "röportajı yapan"
 - "PhD diss." yerine "doktora tezi"
 - "thesis" yerine "tez"
 - "last modified" yerine "son değiştirilme"
 - "filmed" yerine "çekim" ifadeleri kullanılmalıdır.
 - Tarih belirtirken kullanılan ay isimleri Türkçeleştirilmiştir ancak yazım formatı korunmuştur. Örneğin; Mayıs 8, 2019 şeklinde yazılmalıdır.
 - Dergi sayısını ifade eden "no." ifadesi korunmuştur. Keza "ed." ifadesi aynen korunmuştur.
 - Sayfa numarasında "vd." kullanılmamalıdır. Bunun yerine ilgili numara ile arasına boşluk konulmaksızın "ff." ifadesi kullanılmalıdır. Eğer "ff."dan sonra "." gelecekte kullanılmaz ancak ";", "?" vb. gelecekte onlar "ff."deki noktaya bitişik yazılır.
4. Metin içerisinde dipnotta gösterilen mevzuat veya mahkeme kararı kaynakçada gösterilmeyecektir. Yargı kararlarına yapılan atıflarda aşağıdaki kural ve kısaltmalar dikkate alınmalıdır:
 - Mahkemenin/kurumun adı varsa dairesi, E. esas numarası K. karar numarası tarih[gün.ay.yıl formatında], (kararın ulaşıldığı kaynak, varsa ulaşıldığı kaynaktaki sayfa numarası veya URL veya DOI numarası).
 - Yabancı kararlarda ilgili mahkemenin veya kurumun kendisinin benimsemiş olduğu karar atıf usulü kullanılabilir. Eğer tercih edilirse Türk kararları için kullanılan sistem de uygun düştüğü ölçüde uygulanabilir. Ancak, bir eserde aynı mahkemenin veya kurumun bir kararı için hangi sistematik kullanılmışsa diğer kararlarında aynı sistematik kullanılması gerekir.

Anayasa Mahkemesi	AYM
Bireysel Başvuru	BB
Bölge Adliye Mahkemesi	BAM
Ceza Dairesi	CD
Ceza Genel Kurulu	CGK
Daire	D
Danıştay	Dan.
Esas	E.
Hukuk Bölümü	HukukB
Hukuk Dairesi	HD
Hukuk Genel Kurulu	HGK
İçtihadı Birleştirme Kurulu	İBK
İçtihatları Birleştirme Büyük Genel Kurulu	İBK
İdari Dava Daireleri Kurulu Kararı	İDDK
Karar	K.
Uyuşmazlık Mahkemesi	UM
Vergi Dava Daireleri Kurulu Kararı	VDDK
Yargıtay	Yar.

Örnekler:

AYM, E.2017/172, K.2018/32, 28.03.2018.

Yar. 1. HD, E.2015/1456, K.2017/7086, 05.12.2017, (Kazancı İçtihat ve Bilgi Bankası).

Ankara BAM 2. HD, E.2016/113, K.2017/21, 23.01.2017, (<https://legalbank.net/belge/ankara-bolge-adliye-mahkemesi-2-hd-e-2016-113-k-2017-21-t-23-01-2017-bosanmadan-kaynaklanan-tazminat/3040600>).

Rekabet Kurulu, K.19-12/136-60, 13.3.2019,

(<https://www.rekabet.gov.tr/Karar?kararId=c4268558-edce-48b5-996d-152defb6a7e4>).

5. Resmi Gazeteye yapılacak atıflar şu şekilde belirtilmelidir: RG. 02.01.2019, S. 30643.

WRITING FORM

Beginning

1. Title of the works: Amerigo Md BT, 15 pt., bold and capital letter, centered paragraph style.
2. Names(s) of author(s): Amerigo Md BT, 13 pt., bold, first letter capital, right justified. job of author(s) shall be written with an actinoid footnote.
3. Abstract and Keywords: Bold and first letter capital.

Text

1. Titles in the text: Amerigo Md BT, 12 pt.
2. Authors should arrange the text utmost with five-degree heading and the number of the titles has a style as follows:

First level: Numbering style: **I, II, III...** Title: bold and capital letter.

Second level: Numbering style: **A, B, C...** Title: bold and first letter capital.

Third level: Numbering style: **1, 2, 3...** Title: bold and first letter capital.

Fourth level: Numbering style: **a, b, c...** Title: bold and first letter capital.

Fifth level: Numbering style: *i, ii, iii...* Title: italic and first letter capital.

3. Main text: Palatino Linotype, 11 pt.
4. Paragraphs: 0,75 cm first line indent, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 5/0 nk, 1 line spacing.

Footnotes

1. Style: Palatino Linotype, 9 pt.
2. Footnotes paragraphs: 0,5 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 2/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled. If there are more than one paragraph in a footnote, pre/post-paragraph space should be 0 nk in this footnote.
3. Between the footnote number and footnote text one character space should be left.
4. All footnotes should be completed with a dot.
5. Footnotes numbers should be demonstrated after punctuations.

➤ **False:** ... given¹. **True:** ... given.¹

Bibliography

1. Bibliography should start on a separate page.
2. Style: alphabetically ordered, Palatino Linotype, 11 pt.
3. Bibliography paragraphs: 0,75 cm hanging indentation, justified alignment, left/right indent: 0 cm, pre/post-paragraph spacing: 3/0 nk, 1 line spacing. The box for adding space to same styled paragraphs should not be filled.

For the sample word form edited aptly *writing form rules* of the Journal, please see at <http://dergipark.org.tr/download/journal-file/14917>

Spelling and Footnotes Rules

1. The works should be prepared aptly the spelling and orthographic rules of Turkish Language Association. See at <http://tdk.gov.tr/>
2. " The Chicago Manual of Style" is accepted for footnotes and bibliography. For further information please see at

<https://librarybestbets.fairfield.edu/citationguides/chicagonotes-bibliography#BookwithTwoorThreeAuthors>

<https://www.chicagomanualofstyle.org/book/ed17/frontmatter/toc.html>

İÇİNDEKİLER / CONTENTS

ALMAN HUKUKUNDA SOSYAL AĞLARIN DÜZENLENMESİ VE ALMAN SOSYAL AĞ KANUNU	1
<i>Regulating Social Networks in German Law and The Network Enforcement Act Of Germany</i>	
Bülent KENT	
ADLİ BİLİŞİMDE ÖNCELİKLENDİRME (TRİYAJ) YÖNTEMİNİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ	47
<i>Evaluation of the Triage Method in Digital Forensic In Terms of Criminal Procedure</i>	
Olgun DEĞİRMENCİ	
AKILLI MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ.....	81
<i>Information Obligations in Smart Distance Contracts</i>	
Betül ÖZLÜK	
ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİNİN YAPISI VE GÖREVLERİ	115
<i>Structure and Duties of The Union Of Access Providers</i>	
Hüseyin ÖZTÜRK	

ALMAN HUKUKUNDA SOSYAL AĞLARIN DÜZENLENMESİ VE ALMAN SOSYAL AĞ KANUNU

*Regulating Social Networks in German Law and
The Network Enforcement Act Of Germany*

Bülent KENT*

Öz

Bireylerin bilgi ve düşüncelerini açıklama bakımından sosyal ağ platformları günümüzde önemli bir işleve sahiptir. Bu tür platformlarda kullanıcılar bireysel veya gruplar halinde bilgi ve düşüncelerini açıklayan içerik oluşturabildiği gibi, oluşturulan içeriği paylaşma imkânına da sahiptirler. Bununla beraber sosyal ağ platformları yalnızca bilgi ve düşünceleri paylaşma amacıyla kullanılmamakta, bunlar dışında başka amaçlar için de etkin olarak kullanılmaktadır. Örneğin sosyal ağ platformlarında tartışma kültürü genellikle agresif, saldırgan, kışkırtıcı, hakaret ve iftira içeriklidir. Bu da sosyal barışın ve birlikte yaşamının bozulmasına sebep olmaktadır.

Anahtar Kelimeler: Sosyal Ağ, Sosyal Medya, Alman Sosyal Ağ Kanunu, Sosyal Ağların Düzenlenmesi.

* Profesör Doktor, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İdare Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, bulent.kent@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-6423-1698.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 18.05.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 15.06.2020.

Abstract

Social network platforms have a significant function for individuals' expression of knowledge and thoughts. In such platforms, users can create a content individually or in groups and share it where their knowledge and thoughts were illustrated. However, social networking platforms are not only used for sharing information and thoughts but are also utilised effectively for other purposes. For instance, culture of debate on social networking platforms is generally aggressive, provocative, and defamatory. This deteriorates social peace and coexistence.

Keywords: Social Network, Social Media, The Network Enforcement Act of Germany, Regulation of Social Networks.

GİRİŞ

Özellikle Amerika Birleşik Devletleri'nin 8.11.2016 seçim kampanyasındaki deneyimden sonra¹, sosyal ağlarda "kişisel verilerin korunması" ve "hukuka aykırı içeriklerin" yol açtığı suçlara karşı mücadele birçok Avrupa ülkesinde öncelikli durum haline gelmiştir. Bu ülkeler, sosyal ağ platformlarının kötüye kullanılmasını, uygunsuz kullanılmasını engellemek ve bu platformları suç ile hakaretten uzaklaştırmak amacıyla bir takım hukuki düzenlemeler yapmaya başlamıştır. İşte Federal Almanya Meclisinde tedbir olarak 30.06.2017 tarihinde "Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanun"² (Das deutsche Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz - NetzDG), bu amaçla kabul edilmiştir.³ Bu Kanun Türk hukukundaki 5651 sayılı Kanun ile benzerlik göstermektedir. Ancak Alman Sosyal Ağ Kanunu, 5651

¹ Cambridge Analytica isimli veri ve araştırma şirketinin, 8.11.2016 tarihli ABD seçim kampanyasında kullanılmak üzere 50 milyondan fazla ABD'li Facebook kullanıcısının verilerini toplayıp, psikolojik açıdan incelediği iddia edilmektedir.

² Kanunun Türkçe çevirisi için bkz. Sena Kontoğlu, "Alman Sosyal Ağ Kanunu," *Türkiye Adalet Akademisi Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi* 8, no. 24 (Haziran 2018): 143-150.

³ Kanun, bundan sonra kısaca "Sosyal Ağ Kanunu" olarak ifade edilecektir.

sayılı Kanuna göre sosyal ağ işletmelerine çok daha fazla yükümlülük getirdiği gibi, anılan işletmeler için bu yükümlülüklerini yerine getirmediği durumlarda yüksek idari para cezaları da öngörmüştür. Federal Adalet Bakanlığı tarafından uygulanacak idari para cezası miktarı 50 milyon Avroya kadar çıkabilmektedir. Buna ek olarak, sosyal ağ platformlardaki kişisel hakları ihlal edilen mağdurların, ihlalcilere karşı döküm verilerini servis sağlayıcılardan elde etmeleri kendilerine bir imkân olarak sağlanmaktadır.⁴

I. SOSYAL AĞ KAVRAMI VE SOSYAL MEDYA

Sosyal ağ kavramını her geçen gün daha da gelişen bugünün İnternet dünyasında tanımlamak çok kolay değildir. Alman Sosyal Ağ (soziale Netzwerke) Kanununun 1. maddesinde sosyal ağ “kullanıcıların, herhangi bir içeriği diğer kullanıcılarla paylaşmalarını veya bu içeriği kamuoyuna sunabilmelerini gelir elde etmek amacıyla sağlayan, İnternette servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeler” şeklinde tanımlanmıştır.⁵ Tanımdan da anlaşılacağı gibi, sosyal ağ işletmeleri gelir elde etmek için servis sağlayıcılığı faaliyetinde bulunan birer ticari işletmedir.⁶ 5651 sayılı Kanunda sosyal ağ kavramının tanımına yer verilmemiştir. İnternet ortamının önemli aktörlerinden olan sosyal ağ kavramının 5651 sayılı Kanunda tanımlanmaması önemli bir eksikliktir.

Günlük yaşamda, sosyal medya genellikle sosyal ağlarla sınırlıdır. Sosyal medya terimi, kullanıcıların medya içeriği hakkında bilgi alışverişinde bulunduğu ve yorum yaptığı sosyal ağlardaki çevrimiçi etkinlikleri tanımlar. Sosyal medya platformlarının sunucuları, kullanıcıların kendi oluşturdukları video, resim, metin, inceleme gibi içerikleri paylaşabilmesi için teknik altyapı sunmak zorunda-

⁴ Sosyal Ağ Kanununun Genel Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” Deutscher Bundestag, <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/18/123/1812356.pdf>, 2.

⁵ Ralf Müller-Terpitz, “Soziale Netzwerke als Gegenstand des geltenden Rechts. Eine rechtssystematische Einordnung,” iç. *Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation* ed. Martin Eifert, Tobias Gostomzyk (Baden: Nomos, 2018), 45.

⁶ Sosyal Ağ Kanununun 1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 18.

dır.⁷Sosyal medya ve sosyal ağ kavramları araştırma alanlarına göre farklı tanımlanmıştır. Her disiplin bu kavramları kendi alanına, niteliğine ve hedeflerine uygun şekilde tanımlamıştır.

Sosyal ağ kavramının önemli bir unsuru olan içeriği “paylaşmak faaliyeti” de aynı şekilde Alman Sosyal Ağ Kanununda yer almaktadır. Paylaşmak faaliyetini İnternet içeriğini kullanıcıların hem kendi aralarında paylaşımları, hem de kamuoyuna sunabilmeleri şeklinde anlamak gerekmektedir. Burada kullanıcılar kavramına gerçek kişiler yanında tüzel kişiler de girmektedir. İnternet içeriğine rahatça erişebilmek de aynı kapsam içerisinde yer almaktadır. Sosyal ağ ile anlaşılması gereken Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn, Xing gibi işletmelerdir.⁸ Ancak bunlar dışında internet ortamında sosyal ağlar her alanda sunulmaktadır. Çok özel ilgi alanları ve konuları ilgilendiren küçük ölçekli çok sayıda sosyal ağlara da rastlamak mümkündür. İnternet ortamında öğrenciler, iş arayanlar, kedi severler, çevrimiçi oyuncular veya bulmaca sevenler için özel sosyal ağlar bulunmaktadır. Yani sosyal ağlar, arkadaş, akraba, müşteri gibi tüm insanları ve bu insanların etkileşimlerini içermektedir. Bütün bu tür sosyal ağların en önemli özelliği, kullanıcıların içeriği kendilerinin oluşturması ve sürekli olarak genişletmeleri ve yenilemeleridir. Büyük kullanıcı grupları olan sosyal ağların tanınırlığı her geçen gün artmaktadır. Sonuç olarak sosyal ağlar, İnternetteki benzer ilgi alanlarına sahip arkadaş, tanıdık veya yabancıların dijital olarak bulunduğu ve bağlantı kurduğu dijital ağlardır.

Çevrimiçi sosyal ağlar kavramı sosyal medya ile aynı anlama gelmemektedir. Facebook ve Twitter gibi sosyal ağlar sosyal medyanın sadece bir parçasını oluşturmaktadır. Sosyal medya, sosyal ağlara

⁷ Ines Mergel et al., *Praxishandbuch Soziale Medien in der öffentlichen Verwaltung* (Wiesbaden: Springer VS, 2013), 28.

⁸ Marc Liesching, “Lösungsmodell regulierter Selbstregulierung – Zur Übertragbarkeit der JMStV Regelungen auf das NetzDG,” iç. *Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation* ed. Martin Eifert, Tobias Gostomzyk (Nomos, 2018), 135; Jörn Lüdemann, “Privatisierung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken?,” iç. *Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation* ed. Martin Eifert, Tobias Gostomzyk (Nomos, 2018), 153.

ek olarak blogları, fotoğraf ve video platformlarını, forum ve derecelendirme platformlarını ve açık kaynak platformlarını da içermektedir.⁹ Sosyal ağlarda, kullanıcılar bilgisayar (veya bir mobil cihaz) ve İnternet ortamı aracılığıyla etkileşime girer. Bu etkileşim aynı zamanda, gerçek iletişime (yüz yüze) kıyasla bazı kısıtlamalara tabi olan “bilgisayar aracılı iletişim” olarak da bilinir. Sosyal ağların genel işlevleri, üyeler, fotoğraf albümleri, bir kişi veya arkadaş listesi tarafından görülebilir bir profil oluşturma, mesaj alma ve gönderme, durum güncellemeleri, bloglar, oyun uygulamaları ve aramadır.

II. SOSYAL AĞLARIN DÜZENLENMESİ

Sosyal ağlar birçok kişi için yaşamlarının ayrılmaz bir parçası haline gelmiştir. Bu kadar yoğun kullanıma rağmen sosyal ağların arkasındaki “sırlar, fırsatlar ve riskler” henüz açık bir şekilde ortaya konulamamıştır. Ayrıca İnternet yoluyla sosyal ağlarda da hakaret, dolandırıcılık, tehdit, şantaj, suçu ve suçluyu övme, suça tahrik, bölücülük, cinsel taciz, sahtecilik, tefecilik, casusluk, Devletin güvenliğine karşı suçlar, terör suçları ve özel hayatın ihlali suçları başta olmak üzere birçok suçun işlenebilmesi ve işletilebilmesi, suça yardım edilebilmesi mümkün hale gelmiştir. Bunlara karşı tedbir alınmadığı takdirde toplumsal barış ve beraber yaşama arzusu başta olmak üzere demokratik kamu düzeni zarar görecektir.¹⁰

Sosyal ağlarda özellikle kişisel verilerin ne ölçüde garanti altına alındığı, sosyal ağ işletmelerinin bu konudaki sorumlulukları ve nihayetinde bireylerin haklarını korumakla yükümlü olan devletin bu konudaki sorumlulukları yeterince tartışılmamıştır. Sosyal ağ işletmeleri kar amacı güden ticari işletmeler olduğu için sosyal ağ platformlarında hukuka aykırı içeriklerin önlenmesini amaçlayan özellikle de kişisel verilerin ihlalini engellemek amacıyla yüksek maliyetler gerektiren teknik alt yapı araştırma ve çalışmalarından kaçınmaktadırlar. Dolayısıyla bu tür ticari işletmelerin aldığı tedbirler yeterli midir, yoksa Devlet bu işletmeler yanında kendisi de ted-

⁹ Mergel et al., *Praxishandbuch*, 28.

¹⁰ Sosyal Ağ Kanununun 1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 18.

bir alacak mıdır sorusu gündeme gelmektedir. Devletin tabii olarak başta bireyler olmak üzere, kamu güvenliği ve düzenini de korumak için hem teknik hem de hukuki tedbirler alması gerekmektedir. İşte devletin İnternet ortamında, hukuka aykırı içerikleri engellemek özellikle sosyal ağ platformlarında bireylerin kişisel haklarını, özel hayatını, kamu düzeni ve güvenliğini ve kişisel verileri korumak amacıyla aldığı tedbirlere internetin düzenlenmesi yani regülasyonu denilmektedir.

İnternet ortamının regüle edilmesi internet yoluyla ifade ve haberleşme hürriyetlerinin engellenmesi, kısıtlanması veya zayıflatılması anlamına gelmemektedir. Bu anlayışta internet ortamının, özellikle sosyal ağların baskı altına alınması, yönlendirilmesi ve demokratik hukuk toplum yapısına aykırı şekilde sınırlamalara maruz bırakılması savunulmamaktadır. Buradaki amaç, hukuka aykırı içeriklere karşı mağduru ve toplum düzenini korumaktır.

Devletler bireyleri, kamu güvenliği ve düzenini korumak amacıyla nasıl enerji, telekomünikasyon, gıda gibi alanlarda regülasyon faaliyetleri yerine getiriyorsa, son dönemde internet ve özellikle sosyal ağ platformlarını da hukuki yollarla regüle etme arayışlarına girmiştir. Ancak İnternet ve sosyal ağ alanları kendi özel niteliklerinden, -uluslararası boyutta faaliyet göstermelerinden, çok hızlı gelişme kaydetmelerinden ve sadece bu gelişmeyi sağlayan devletlerin denetimi altında olmalarından -dolayı üçüncü devletler tarafından diğer alanlarda olduğu gibi kolayca regüle edilememektedir. Her şeye rağmen Almanya'da Sosyal Ağ Kanunu düzenlemesinde görüldüğü gibi İnternet ve sosyal ağların regülasyonu çalışmaları devam etmektedir. Almanya'daki bu düzenlemeyi örnek olarak İngiltere, Fransa ve Rusya gibi ülkelerde hukuki düzenleme yapma çalışmalarına başlamıştır.¹¹

¹¹ Fiete Kalscheuer ve Christian Hornung, "Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Einverfassungswidriger Schnellschuss," *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht* 23 (2017): 1721.

III. SOSYAL AĞLARDA ERİŞİM ENGELLEME VE SANSÜR

Sansür, her türlü yayın ve yayım ile televizyon, radyo, sinema ve tiyatro yapım ve eserlerinin idare tarafından denetlenip yayın, yayım ve gösterilerin izne bağlı olması, bir tür kontrol mekanizmasına bağlanmasıdır. Sansür, kitle iletişim araçlarında resim, yazı, haber, karikatür gibi yayınların devlet makamları tarafından önceden incelenerek basın ve yayının yasaklanmasını ifade eder. Tanımdan da anlaşılacağı gibi erişim engelleme ile sansür kavramları farklı anlamlara gelmektedir. Nitekim Alman Federal Anayasa Mahkemesi kararına göre de, sosyal ağlarda erişim engellemesi ya da içerik çıkartılması sansür olarak değerlendirilmemektedir.¹² Erişim engelleme ya da içerikten çıkartılma “günlük editoryal faaliyet” olarak kabul edilmekte ve bu bağlamda Anayasa hukuku bakımından meşru görülmektedir.¹³ Alman Anayasa Mahkemesi bu tür yayıncılığı (Rundfunk) bir taraftan yararlı (segeneich) görürken diğer taraftan kişilik haklarını ihlal eden içerikler kısa sürede geniş bir erişim ile hızla yayılabildiği için tehlikeli (gefährlich) olarak değerlendirmektedir. Buna göre, engelleme kuralları toplum içerisinde etik olarak yayılması istenmeyen ya da kamu düzenini bozacak bir etkinliğin durdurulması için konulmuş kesin ve açık kurallardır. Sansür ise bireylerin ya da toplumun düşünce ve ifadesini baskı altına alan bir yaklaşımdır. Bu yönüyle sansür, otoritenin kaygılarını gidermede kullanılan daha katı bir tutumun yansımasıdır.¹⁴ Erişim engellemenin meşru kabul edilmesi sansürden farklı bir anlam ve uygulamaya sahip olmasından kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak, Türkiye’de ve Almanya’da İnternet ortamında paylaşılan hukuka aykırı içeriklere sansür uygulaması ile değil, erişimin engellenmesi veya içerikten çıkartılma yöntemiyle müdahale edilmektedir.

¹² BVerfGE 33, 52 (53, 71 f.)

¹³ Rolf Schwartmann, “Verantwortlichkeit Sozialer Netzwerke nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” *GRUR-Prax* (2017): 317.

¹⁴ Turkey Henkoğlu ve Bülent Yılmaz, “İnternet Erişim Özgürlüğünün Kısıtlanması: Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme,” *Bilgi Dünyası* 14, no. 2 (Ekim 2013): 218.

IV. ALMAN SOSYAL AĞ KANUNU

Sosyal ağ platformlarında tartışma kültürü son dönemlerde genellikle agresif, saldırgan, kışkırtıcı, hakaret ve iftira içeriklidir. Bunlara karşı etkili bir şekilde mücadele edilemez ise toplum barışı bozulacak, insanların bir arada yaşama düşüncesi zayıflayacaktır. İnsanlar kullandıkları sosyal ağ platformlarında ya doğrudan ya da sahte hesap açarak sadece kendilerinden farklı siyasi düşüncede olan kişilere iftira ve hakaret etmemektedirler. Farklı futbol takımı taraftarlarına, boşandığı eski eşine, rakibi olan işletmeye veya sahibine, dersinden kaldığı öğretmeni ya da üniversite öğretim üyesine, kendisinin görev yerini değiştiren ya da işine son veren yöneticisine, herhangi bir sorun yaşadığı komşusu ya da arkadaşına, işyerinde rakibi olan iş arkadaşına veya farklı dinlere ve milletlere küfür, hakaret ve iftiralar da yapmaktadırlar. Sosyal ağ işletmeleri gerek teknik gerekse ekonomik maliyetlerden dolayı bu tür içeriklerin engellenmesinde yeterli özeni göstermemektedir. Alman Sosyal Ağ Kanununun genel gerekçesinde de, insan onurunun, toplumsal barışın, birlikte yaşamın ve demokratik düzenin korunması bakımından sosyal ağ işletmelerinin bu tür hukuka aykırı ya da cezalandırılabilir içeriklerin engellenmesi konusunda gerekli özeni göstermedikleri ifade edilmiştir.¹⁵ Aynı şekilde Kanunun genel gerekçesinde yer alan görüşe göre, sosyal ağ işletmelerinin şeffaflığı da yetersizdir. Sosyal ağ işletmeleri tarafından platformlarında hukuka aykırı ya da cezalandırılabilir içeriğin kaldırılması ve engellenmesi hakkında yayınlanan bilgiler yeterli değildir. Alınan şikâyetler dava grubuna göre ayrılmamaktadır. Şikâyet usulleri etkin ve şeffaf değildir. Sosyal ağ işletmeleri şikâyetlerin yüzde kaçının silinmeye veya askıya alınmasına yol açtığını açıklamamaktadır. Sosyal ağ platformlarında görülen bir diğer sorunu da sahte hesaplarla üretilen sahte haberler (FakeNews) oluşturmaktadır.¹⁶

¹⁵ Sosyal Ağ Kanununun Genel Gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 11.

¹⁶ Mario Martini, *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz* (Berlin: Springer, 2019), 216.

Almanya Adalet Bakanlığı 2015 yılında Facebook, Twitter ve Youtube gibi sosyal ağ işletme temsilcileri ile görüşmeler yaparak, bu tür platformlarda Alman hukukuna göre hukuka aykırı içeriklerin kontrol edilmesi, tespit edilmesi ve 24 saat içerisinde bunların erişimlerinin engellenmesini talep etmiştir.¹⁷ Ancak ilerleyen zamanda hukuka aykırı içeriklere beklenen düzeyde erişim engelleme yapılmamıştır (Noch immer werden zuwenige strafbare Inhalte gelöscht).¹⁸ İşte bu nedenle Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanun 01.01.2018 tarihinde yürürlüğe konulmuştur. Kanunda “İyileştirilmesi” kavramı bilinçli bir şekilde kullanılmıştır. Söz konusu Kanunla sosyal ağ işletmeleri için yeni erişim engelleme yükümlülüklerinin getirilmesi değil, sosyal ağlar ile ilgili kanunların uygulanmasının, somutlaştırılmasının sağlanması amaçlanmıştır.¹⁹ Almanya’da erişim engelleme ya da içerikten çıkartma ile ilgili düzenlemeler zaten Telemedia Kanununun 10. maddesinde yer almaktadır.²⁰ Sosyal Ağ Kanununda ayrıntılı olarak yer verilen “hukuka aykırı içerikler” de Alman Ceza Kanununda öngörülmüştür. Yasa koyucu, Sosyal Ağ Kanunu ile farklı kanunlarda düzenlenen bu tür ilgili hükümlerin uygulanmasını hem “standardize etmiş, hem de somutlaştırmıştır.”²¹ Bir başka ifadeyle, farklı kanunlarda düzenlenen hükümlere tek bir kanunda yer verilerek bu hükümlerin uygulanmasının “iyileştirilmesi” amaçlanmıştır.²²Yasa koyucu ayrıca yoğun kullanıcıların olduğu Facebook, Twitter ve Youtube gibi sosyal ağlarda yetersiz ceza hukuku uygu-

¹⁷ Sosyal Ağ Kanununun Genel Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 1.

¹⁸ Bu süreçte YouTube cezalandırılabilir (strafbareInhalte) içeriklerin ortalama % 90’ını engellemiştir. Buna karşılık Facebook sadece %39, Twitter ise %1 engelleme yapmıştır, Sosyal Ağ Kanununun Genel Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 2.

¹⁹ Frank Meixner ve Pia Figge, “Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Gesetzgeberische Motive, Aufbau und erste Erfahrungen,” *Notes du Cerfa* 149 (2019): 6.

²⁰ Martini, *Blackbox Algorithmus*, 216.

²¹ Meixner ve Figge, “Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” 7.

²² Sosyal ağ işletmeleri hukuka aykırı içeriklerin etkili ve gecikmeksizin engellenmesi ile yükümlü olmalarına rağmen yeterli hassasiyeti göstermemişlerdir, Sosyal Ağ Kanununun Genel Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 1.

lamalarından ortaya çıkan ve her geçen gün artan sorunları bu tür düzenlemeler ile çözmeyi düşünmektedir.²³ Kanun sadece Alman Ceza Kanununa göre suç olarak nitelendirilen hukuka aykırı içerikleri cezalandırmak amacı gütmeyip, aynı zamanda hukuka aykırı içeriklerin sosyal ağlardan çıkarılmasını da amaçlamaktadır.²⁴

Sosyal Ağ Kanunu Almanya'da üzerinde en fazla tartışılan kanunlardan birisini oluşturmaktadır.²⁵ Söz konusu Kanun literatürde "Bazı sorunlar, diğer sorunların çözümünde ortaya çıkmaktadır"²⁶ anlayışına iyi bir örnek olarak gösterilmektedir.²⁷ Çünkü bir tarafta insan onurunu ilgilendiren kişisel hakların, özel hayatın korunmasına yönelik içerikler engellenirken ya da kamu düzenini bozmaya yönelik hukuka aykırı içerikler engellenirken, diğer tarafta ifade ve haberleşme özgürlüğü kısıtlanabilmektedir.

Alman Sosyal Ağ Kanunu hem düzenleniş bakımından hem de "hukuka aykırı içeriklerin" engellenmesi tarzı bakımından eleştirilmiştir. Kanun engelleme ya da içerikten çıkartmayı öncelikle kullanıcıların şikâyetine ve sosyal ağ işletmelerinin bu doğrultuda işlem yapmasına bağlamıştır. Sosyal ağ işletmeleri hukuka aykırı içeriklerin engellenmesi amacıyla oluşturulan şikâyet sisteminin şeffaf ve anlaşılabilir olması bakımından her türlü tedbiri almakla yükümlü tutulmuştur. İşletmeler şikâyeti aldıktan sonra "doğrudan" yani herhangi bir mahkeme kararına ihtiyaç duymadan 24 saat içerisinde hukuka aykırı içeriği engellemek zorundadır. Facebook, Twitter ve Youtube gibi sosyal ağ işletmelerinin kendi sayfalarında gösterdikleri ve bütün ülkelerde geçerli olan şikâyet yollarına ilişkin bilgileri yeterli görülmemiştir. Bundan dolayı Almanya'da sadece bu ülke-

²³ Lüdemann, "Privatisierung der Rechtsdurchsetzung," 153.

²⁴ Meixner ve Figge, "Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz," 6.

²⁵ Martin Eifert, "Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz Plattformregulierung," iç. *Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation* ed. Martin Eifert, Tobias Gostomzyk (Nomos, 2018), 9.

²⁶ Yazar bu ifadesiyle, bir taraftan sosyal ağların kullanımı ile ortaya çıkan sorunlar çözümlenirken, diğer taraftan ifade ve haberleşme hakkının tehlikeye düştüğünü anlatmaya çalışmaktadır.

²⁷ Lüdemann, "Privatisierung der Rechtsdurchsetzung," 153.

deki kullanıcıların yararlanabileceği, yeterli uzman personel ve teknik alt yapı ile oluşturulan bir şikâyet mekanizmasının kurulması öngörülmüştür.

Facebook, Twitter ve Youtube gibi sosyal ağ işletmeleri “güvenli metin aktarma iletişim protokolü” olarak tanımlanan HTTPS protokolünü kullanmaktadırlar.²⁸HTTPS protokolünün yaygınlaşması ile sosyal ağ işletmelerinin kullanıldığı ülkelerde hukuka aykırı içeriğin URL’den erişiminin engellenmesi mümkün olmamaktadır. Bu şu anlama gelmektedir: HTTPS protokolü kullanan Facebook, Twitter ve Youtube gibi sosyal ağ işletme merkezlerinin bulunduğu Amerika’dan hukuka aykırı içerikleri kendileri engellemediği sürece, bu tür hukuka aykırı içerikler sosyal ağ platformlarında sürekli kalacak ve hiçbir şekilde engellenemeyecektir. Sadece alan adından sosyal ağ işletmesinin tamamen engellenmesi söz konusu olmaktadır ki, bu yol ise tercih edilmemektedir. İşte Almanya’da kurulan şikâyet sistemi ve bu sistemde yer alan temsilci bulundurma yükümlülüğü ile yukarıda belirtilen sorunların ortadan kaldırılması amaçlanmaktadır.

Kanun toplam altı maddeden oluşmaktadır. İlk maddede Kanunun uygulama alanı, kapsamı ve hangi sosyal ağ işletmelerinin bu kapsama girdikleri düzenlenmiştir. Bu maddenin üçüncü fıkrasında “açıkça hukuka aykırı içeriği” tanımlayan bir suç kataloğuna da yer verilmiştir. İkinci maddede sosyal ağlarda paylaşılan hukuka aykırı içerikler ile ilgili şikâyetler ve düzenli olarak raporlama yükümlülüğü ve bu raporun içeriğinin ne şekilde olacağı gösterilmiştir. Üçüncü maddede ise, sosyal ağ işletmelerinin hukuka aykırı içerikler hakkındaki şikâyetleri inceleme ve kendi özdenetimlerini yerine getirme usullerine değinilmiştir. Dördüncü maddede tek tek sayılan ve kabahat kabul edilen işleri kasıtlı olarak veya ihmal ederek yapanlara uygulanacak idari para cezaları düzenlenmiştir. Beşinci maddede iki ayrı konuda yetkili kişi atanmasına yer verilmiştir. Bunlardan ilkinde, sosyal ağ işletmelerinin, Almanya’da bir kişiyi

²⁸ Erişim engellemede HTTPS protokolü konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Bülent Kent, *Türkiye’de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 68.

“temsilci” olarak atamaları ve bu kişinin şikâyetler, mahkeme ve idare karşısında tam yetkili kılınması öngörülmüştür. Diğerinde ise kolluk ve adli makamlarının soruşturmalara yönelik bilgi taleplerini karşılamak üzere “irtibat kişisi” atanması hüküm altına alınmıştır. Altıncı maddede geçici hükümlere yer verilmiştir.

A. Sosyal Ağ İşletmelerinin Öz Denetimi

Sosyal ağlar, sosyal tartışma kültürünün iyileştirilmesi için sorumluluk sahibidirler. Dolayısıyla bunun gereğini yapmak zorundadırlar. Almanya’da sosyal ağların mevcut araçlarının ve vaat ettikleri taahhütlerinin yeterli etkisinin olmadığı ve önceki yasanın uygulanmasında önemli sorunlar olduğu bilinmektedir.²⁹ Bu nedenle sosyal ağ işletmelerine karşı güçlendirilmiş iyileştirilme kurallarının getirilmesi, sosyal ağlardaki hukuka aykırı içeriklere karşı etkili ve acil önlemler alınması gerekmektedir. Alman kanun koyucu hukuka aykırı içeriklerin engellenmesi bakımından öncelikli olarak “öz denetimi” (Selbstregulierung) bir önlem olarak öngörmüştür. Buna göre, sosyal ağ işletmelerinin hukuka aykırı içeriklerin yayılmasını daha baştan engellemeleri gerekmektedir. Bu yapılamıyor ise hukuka aykırı içerik hakkında kullanıcı mağdurlar tarafından şikâyet başvurusunda bulunduğu anda, bu tür içeriklerin engellenmesi gerekmektedir.

Almanya’da Türkiye’de olduğu gibi hukuka aykırı içeriklere erişimin engellenmesi sulh ceza hâkimliklerinden değil, doğrudan sosyal ağ işletmelerinden talep edilmektedir. Böylece Sosyal Ağ Kanunu öz denetim sisteminde, özellikle sosyal medya alanında “kamu düzeninin korunması” sorumluluğunu sosyal ağ işletmelerine yüklemiştir.³⁰Bu durum literatürde eleştirilmektedir. Çünkü hangi içeriklerin hukuka aykırı içerik olduğunun değerlendirilmesi ve bunların engellenmesi bir mahkeme tarafından değil, şikâyet yoluyla yapılan başvuru üzerine Kanunun öngördüğü süre ve usulde sosyal ağ işletmeleri tarafından yapılmaktadır.³¹

²⁹ Sosyal Ağ Kanununun Genel Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 11.

³⁰ Nikolas Guggenberger, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung,” *NJW* (2017): 2577.

³¹ Liesching, “Lösungsmodell,” 135.

Sosyal Ağ Kanunu Almanya’da, sosyal ağların yer sağladıkları içerikten dolayı sorumluluğunu düzenleyen önemli bir adım olarak görülmektedir.³² Sosyal ağ işletmelerinin merkezleri veya şubelerinin Almanya’da olup olmaması burada önem taşımamaktadır.³³ Genel olarak Kanun ile sosyal ağlarda hukuka aykırı “sahte haberler” (Fake News) ve “nefret suçu” (Hasskriminalität) paylaşımlarına karşı mücadele edilmesi amaçlanmaktadır.³⁴ Bu mücadelenin ise sosyal ağ işletmeleri tarafından bizzat yapılması öngörülmüştür. Böylece sosyal ağlara önemli yükümlülükler yüklenmiştir.³⁵

B. Sosyal Ağ Kavramına Getirilen Sınırlandırma

Sosyal Ağ Kanununda düzenlenen yükümlülükler Telemedya Kanununda düzenlenen bütün servis sağlayıcıları açısından geçerli olmayıp, sadece büyük sosyal ağ işletmeleri için geçerlidir. Sosyal ağlar, Sosyal Ağ Kanununun 1/1 maddesinde, kar amacı ile kullanıcıların herhangi bir içeriği diğer kullanıcılarla paylaşmasını, dağıtmasını veya halka açık hale getirmesini sağlayan platformları işleten telemedya servis sağlayıcıları olarak tanımlanmaktadır.³⁶ Kanun, sosyal ağ kavramını tanımladıktan sonra, Kanun kapsamına girmeyen sosyal ağlara da ayrıca yer vermiştir. Bir başka ifadeyle Kanun kapsamında yer almayan, istisna tutulan dört farklı sosyal ağ platformu da Kanunda açıkça ifade edilmiştir. Bunlar gazetecilik veya yayıncılık faaliyetinde bulunan platformlar, bireysel iletişim kurmaya yarayan platformlar, spesifik bir içeriğin yayılmasını sağlayan platformlar ve Almanya’da iki milyonun altında kayıtlı üyesi bulunan platformlardır. 5651 sayılı Kanunda sosyal ağ kavramına yer verilmediği için sınırlamalardan da bahsedilmemiştir.

³² Schwartmann, “Verantwortlichkeit,” 317.

³³ Guggenberger, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” 2577.

³⁴ Sosyal Ağ Kanununun Genel Gereği, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 12.

³⁵ Schwartmann, “Verantwortlichkeit,” 317.

³⁶ Sosyal Ağ Kanununun Genel Gereği, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 12.

1. Gazetecilik veya Yayıncılık Faaliyetinde Bulunanlar

Sosyal Ağ Kanunu kapsamı dışında yer alan ilk grubu gazetecilik veya yayıncılık faaliyetleri bağlamında kendi editoryal içeriklerini sunan sosyal medya platformları oluşturmaktadır. Sosyal Ağ Kanununun 1/1. maddesinde bu durum açıkça ifade edilmiştir. Gazetecilik-editoryal faaliyeti yürüten platformlar sunumlarından kendileri sorumlu tutulmaktadır. Bu nedenle, "Kanunun uygulanması bakımından "bunlar sosyal ağ olarak kabul edilmemekte ve Kanunun kapsamı dışında yer almaktadır. Gazetecilik-editoryal faaliyetleri Eyaletler Arası Yayın Sözleşmesinin (Das Rundfunkstaatsvertrag) 54ff. maddesinin hükümlerine tabidir.³⁷

Sosyal Ağ Kanununun 2 ve 3. bentlerine göre farklı bir sosyal ağın altyapısını kullanarak kendi gazetecilik-editoryal faaliyetlerini kullanıma sunan platformlarda bu Kanunun kapsamında herhangi bir yükümlülüğe tabi değildir. Facebook'da kendi sitesini ya da profilini oluşturarak, altyapısını kullanılabilir hale getirmek için kullanılan sosyal ağlar, bunlara örnek verilebilir.³⁸

2. Bireysel İletişim Kurmaya Yarayan Platformlar

Telemedya Kanununun 10. maddesine uygun olarak sadece içeriği diğer kullanıcılarla değiştirmek ve halka açık hale getirmek amacıyla kullanıcılar için depolamak üzere tasarlanmış platformları işleten sosyal ağ işletmeleri kapsam dâhilindedir.³⁹ Bundan dolayı bireysel iletişim hizmetleri, özellikle e-posta hizmetleri ve kapalı platformlar kapsam dışında yer almaktadır. Böylece bir diğer Kanun kapsamı içerisinde yer almayan ve istisna tutulan grubu ise "bireysel iletişimi kurmaya yarayan" (Dienste der Individualkommunikation) platformlar oluşturmaktadır.

³⁷ Sosyal Ağ Kanununun 1. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 19.

³⁸ Sosyal Ağ Kanununun 1. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 19.

³⁹ "İçeriğin değişimi" her zaman yönetsel olarak tanımlanmış grup üyeleri veya sohbet üyeleri arasında gerçekleşmektedir. "Paylaşım" ve "kamuya açık hale getirme" ise kullanıcı tarafından belirlenmiş kullanıcı, bireysel alıcıdır, Sosyal Ağ Kanununun 1. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 18.

“Bireysel iletişim kurmaya yarayan platformlar” Kanununun uygulanmasında açıkça istisna olarak görülmesine rağmen, ne Kanunda ne de gerekçesinde bu kavram tanımlanmamıştır. Kanunun gerekçesinde kullanıcılar için sadece içerik paylaşımında bulunmak veya paylaşmak için içerik depolamak üzere tasarlanmış platformlar Telemedya Kanununun 10. maddesine göre servis sağlayıcı olarak kabul edilmekte ve bundan dolayı bireysel iletişim hizmetleri, özellikle e-posta hizmetleri, platform kapsamında yer almamaktadır, denilmektedir.⁴⁰ Söz konusu kavramdan E-Mail, Messenger hizmetleri, Skype ve WhatsApp anlaşılmaktadır.⁴¹

3. Spesifik Bir İçeriğin Yayılmasını Sağlayan Platformlar

Sosyal Ağ Kanunu kapsamında yer almayan üçüncü gruba “spesifik bir içeriğin yayılması (zur Verbreitungsspezifischer Inhalte) için tasarlanan platformlar” oluşturmaktadır. Bu tür platformlardan da özellikle mesleki sosyal ağlar (berufliche Netzwerke), uzman portaller (Fachportale), online oyun (Onlinespiele) ve satış platformları (Verkaufsplattformen) anlaşılmaktadır. Dolayısıyla Kanun kapsamında bunlarında yükümlülükleri bulunmamaktadır.⁴² Ayrıca, “World of Warcraft” ve “Amazon” sosyal ağları da kapsam dışında yer almaktadır.

4. Almanya’da İki Milyondan Az Kayıtlı Üyesi Bulunan Platformlar

Sosyal Ağ Kanununun 1. maddesinin 2. fıkrasında sosyal ağ kavramına dördüncü bir istisna daha getirilmiştir. Bu istisnaya göre, Almanya’da iki milyonun altında kayıtlı üyesi bulunan sosyal ağ işletmeleri Kanunun 2. (Rapor hazırlama yükümlülüğü) ve 3. (Hukuka aykırı içeriklere karşı şikâyet mekanizması oluşturma) maddelerinden muaf tutulmuşlardır. Bu düzenleme ile daha küçük sosyal ağların karmaşık ve ağır denetim yükümlülüklerinden kurtulması amaçlanmıştır. Böylece Kanunda yer alan şartlar sadece uygun ve yeterli kaynaklara ve kapasiteye sahip sosyal ağlar için geçerli kılınmıştır.

⁴⁰ Sosyal Ağ Kanununun 1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 18.

⁴¹ Guggenberger, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” 2578.

⁴² Guggenberger, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” 2578.

İki milyonun altında kayıtlı üyesi bulunan sosyal ağ işletmelerinin muaf tutulmasının diğer bir sebebi ise değiştirilen ve paylaşılan veya kamuya açık hale getirilen içeriğin “sürekli etkisidir”. Çok sayıda kullanıcı için, içeriğin erişimi düzenli olarak daha yüksektir. Yani kayıtlı üye sayısı arttıkça paylaşılan içeriğin etkisi ve kalıcılığı da artmaktadır.⁴³ Bu nedenle iki milyondan fazla üyesi olan sosyal ağ işletmeleri Kanunun muhatabı kabul edilmiştir.

Sosyal Ağ Kanununa göre bir platformu ziyaret etme, yani kullanma yeterli olmayıp açıkça kayıt yaptırıp üye olmak aranmaktadır. Bir başka ifadeyle Almanya’da iki milyonun altında kayıtlı üyesi olan sosyal ağ platformlarının şikâyetler hakkında rapor hazırlama yükümlülüğü bulunmamaktadır. Düzenlemeye göre, sosyal ağ kullanıcılarının kayıtlı iki milyonunun Almanya’da yaşaması gerekmektedir. Bundan dolayı sosyal ağ platformunun nerede aktif kullanıldığı değil, kullananların nerede yaşadığı önemli görülmektedir.⁴⁴

C. Hukuka Aykırı İçerik

Sosyal ağ platformlarında bir taraftan ifade özgürlüğü gibi temel insan hak ve özgürlüklerinin kullanımı, haberleşme ve bilgiye erişim yaygınlaşırken, diğer taraftan da sahte hesaplarla veya yalan haberlerle insan onurunun, kişisel verilerin, özel yaşama saygının ihlal edildiği görülmektedir. Hemen belirtmek gerekir ki, internet ortamında sadece bu tür hak ve değerlerin ihlali söz konusu olmayıp ayrıca kamu düzeninin bozulmasına yönelik faaliyetlerin olduğu da bilinmektedir. Son dönem sosyal ağlar ile ilgili çalışmalarda önemli bir kavram kullanılmaya başlanmıştır. Bu kavram internet ortamında “hukuka aykırı içerik”dir (rechtswidriger Inhalt). Hukuka aykırı içerik Kanunun gerekçesinde belirtildiği üzere Sosyal Ağ Kanununda “merkezi bir bağlantı” oluşturan kavram olarak görülmektedir.⁴⁵ 5651 sayılı Kanununda hukuka aykırı içerik kavramın-

⁴³ Almanya’da iki milyondan fazla kullanıcısı olan, dolayısıyla Kanun kapsamında on civarında sosyal ağ platformu olduğu düşünülmektedir. Sosyal Ağ Kanununun Genel Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 3.

⁴⁴ Kalscheuer ve Hornung, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” 1721.

⁴⁵ Sosyal Ağ Kanununun 1. maddesi Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 19.

dan bahsedilmemektedir. 5651 sayılı Kanununda da hukuka aykırı içerik kavramına hangi faaliyetlerin girdiği Almanya'da olduğu gibi sayma yoluyla belirtilebilir. İnternet ortamında paylaşılan her türlü içerik ifade özgürlüğü ve haberleşme ve bilgi edinme özgürlüğü kapsamında değerlendirilmekte, bu hakların sınırını hukuka aykırı içerikler oluşturmaktadır.

Hukuka aykırı içerik kavramı Alman Sosyal Ağ Kanununun 1/3. maddesinde düzenlenmiştir. Düzenlemede İnternet ortamında hangi paylaşımların "hukuka aykırı içerik" olduğu Alman Ceza Kanununa atıf yapılarak sayma yöntemi ile gösterilmiştir. "İnternet ortamında katalog suç" olarak nitelendirilen ve 20 ayrı maddeden oluşan bu suçlar ağırlıklı olarak üç alanı kapsamaktadır.⁴⁶ Bunlardan ilki kamu güvenliği ve düzenini bozucu, yani demokratik hukuk devletini ihlal eden suçlardır. Aşağıda daha ayrıntılı gösterilen bu suçlar 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinde de yer alan "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması" ifadelerine tekabül etmektedir. 5651 sayılı Kanunun 8/A maddesinde "millî güvenlik ve kamu düzeninin korunması" şeklinde genel ifade kullanılırken, Alman Sosyal Ağ Kanununda 13 ayrı maddede kamu güvenliği ve düzenini bozucu, demokratik hukuk devletini ihlal eden suçlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Hukuka aykırı suç kataloğunun ikinci suç tipi "cinsel konulu içerikleri" kapsamaktadır. Çocuk ve gençleri porno gibi cinsel içerikli yayınlardan korumak amacıyla oluşturulan bu tür suçlar iki madde halinde düzenlenmiştir. Bu maddeler 5651 sayılı Kanunun 8. maddesinin birinci fıkrasının (a) bendinin (2) numaralı alt bendinde yer alan "Çocukların cinsel istismarı" ve (5) numaralı alt bendinde yer alan "Müstehcenlik" içerikleri ile benzerlik göstermektedir. Hemen belirtmek gerekir ki; Alman Sosyal Ağ Kanunundaki düzenleme daha çok çocuk ve gençleri porno içerikli yayınlardan korumayı ve çocuk pornosunun engellenmesini amaçlamaktadır. 5651 sayılı Kanunun ilgili maddesi daha genel bir düzenleme içermektedir.

⁴⁶ Kalscheuer ve Hornung, "Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz," 1722.

Son olarak, kişisel hakları ve özel hayatı ihlal eden içeriklere erişiminin engellenmesine yer verilmiştir. Bir başka ifadeyle “insan onurunu” ihlal eden suçlar düzenlenmiştir⁴⁷. Dört ayrı maddede düzenlenen bu suçlar, 5651 sayılı Kanunda kişilik haklarının ihlalinde erişim engelleme öngören 9. madde ile özel hayatın gizliliğinin ihlalinde erişim engelleme öngören 9/A maddeleriyle benzerlik göstermektedir.

Alman Sosyal Ağ Kanunu bu üç türlü suç tipi dışında ayrıca “dini değerleri” ihlal eden içerikleri de hukuka aykırı içerik kabul etmekte ve katalog içinde bunlara da yer vermektedir. Hukuka aykırı içerik kapsamında yer alan dini inanç ve dünya görüşlerine, dini cemaatlere ve inançlara, din ve fikir topluluklarına hakaret içeren içerikler için ilgili sosyal ağ işletmesine başvurularak bu tür yayınlara erişimin engellenmesi talep edilmektedir.

Sosyal Ağ Kanununun 1/3. maddesine göre, “Yasadışı içerik, “§ 184d, 86, 86a, 89a, 91, 100a, 111, 126, 129 ile 129b, 130, 131, 140, 166, 184b suçlarını oluşturan 1.maddenin kapsamı dahilindeki içerikler ile; 185 ile 187, 201a, 241 veya 269 nolu paragraflarda Ceza Kanununda belirtilen suçları kapsayan içerikler” dir.

Sayma yöntemi ile gösterilen hukuka aykırı içerikler kapsamına Alman Ceza Kanununa atıf yapılarak aşağıdaki suçlar girmektedir:

- ▶ Pornografik içeriklerin elektronik bilgi ve iletişim araçları ile erişime sunulması ve çocukların ve gençlerin pornografik içeriklere elektronik bilgi ve iletişim araçlarında erişebilmesi (Alman Ceza Kanunu §184d),
- ▶ Anayasa Mahkemesi tarafından Anayasaya aykırı kabul edilen Nazi Partisi gibi organizasyonların propaganda araçlarının yayılması (Alman Ceza Kanunu §86),
- ▶ Anayasaya aykırı parti ve organizasyonların propaganda sembollerinin (Nazi sembolü gibi) kullanılması (Alman Ceza Kanunu §86a),

⁴⁷ Kalscheuer ve Hornung, “Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” 1722.

- ▶ Devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren bir cebir ve şiddet suçunun hazırlığını yapma (Alman Ceza Kanunu §89a),
- ▶ Devlet güvenliğini ağır bir şekilde tehlikeye düşüren bir cebir ve şiddet suçu işlemek için yol gösterme (Alman Ceza Kanunu §91),
- ▶ Devletin dış güvenliğine ilişkin sırlarının açıklanması ve casusluk amacıyla yapılan sahtecilik (Alman Ceza Kanunu §100a),
- ▶ Açık şekilde suç işlemeye teşvik ve çağrı (Alman Ceza Kanunu §111),
- ▶ Suç işlenmesi tehdidi ile kamu barışını bozma (Alman Ceza Kanunu §126),
- ▶ Suç işlemek amacıyla örgüt kurmak (Alman Ceza Kanunu §129),
- ▶ Yurt dışında suç işlemek üzere kurulan örgütler ve terör örgütlerinin yaygın olarak zorla kazanç ve eşya almaları (Alman Ceza Kanunu §129b),
- ▶ Halkı kin ve düşmanlığa kışkırtma (Alman Ceza Kanunu §130),
- ▶ Suç işlemeye tahrik (yönlendirme), cebir (Alman Ceza Kanunu §131),
- ▶ Suç işlenmesinin ödüllendirilmesi ve suç işlenmesini onaylama (Alman Ceza Kanunu §86),
- ▶ Dini inanç ve dünya görüşlerine, dini cemaatlere ve inançlara, din ve fikir topluluklarına hakaret etme ve bunların dini ibadetlerini kiliselerde ya da diğer ibadet yerlerinde kasıtlı ve kabaca rahatsız etme (Alman Ceza Kanunu §166),
- ▶ Çocuk pornografisine ilişkin yazılı/basılı içerikleri yaymak, edinmek ve zilyetliğinde bulundurmak (Alman Ceza Kanunu §184b),
- ▶ Hakaret (Alman Ceza Kanunu §185),

- ▶ İftira (Alman Ceza Kanunu §187),
- ▶ Fotoğraf çekmek suretiyle özel hayatın gizliliğinin ihlali (Alman Ceza Kanunu §201a)
- ▶ Tehdit (Alman Ceza Kanunu §141),
- ▶ İspat açısından önemli verilerde sahtecilik (Alman Ceza Kanunu §269).

Ceza Kanununa atıf yapılarak sayma yöntemi ile belirtilen bu içeriklerden herhangi birisi internet ortamında paylaşırsa, ilgili kişi mahkeme kararına ihtiyaç duymadan sosyal ağ işletmesine başvurarak içeriğe erişimin engellenmesini ya da çıkartılmasını talep edebilecektir. Sosyal ağ işletmesi ise erişimin engellenmesi konusunda, haberleşme hürriyetinin ya da düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin ihlal edildiği savunmasını yapamayacaktır. Ceza Kanununa atıf yapılarak açıkça gösterilen söz konusu maddeler dışında yer alan içerikler için erişim engelleme talep edildiğinde sosyal ağ işletmesi bu içerikleri engellemez ise, Kanun kapsamında bir yaptırımla karşılaşmayacaktır. Ancak bu tür içerikler için ilgili sosyal ağ işletmesine şikâyet edilmesini engelleyen bir hüküm de bulunmamaktadır.

D. Raporlama Yükümlülüğü

Sosyal Ağ Kanununun 2. maddesinde sosyal ağ işletmelerine rapor hazırlama yükümlülüğü getirilmiştir. Sosyal ağ işletmeleri, raporda kendilerine yapılan hukuka aykırı içeriklere karşı şikâyetlerin gereği için nasıl tedbir alacaklarını, bunlarla nasıl ilgileneceklerini raporda göstermek zorundadırlar. Sosyal ağ işletmelerinin günümüzde kamuya açıklanan şeffaflık raporlarında, hukuka aykırı şikâyetlerin toplam sayısının nasıl belirleneceği, kullanıcılar tarafından hukuka aykırı içeriğin bildirilme sayısı ve hangi zamanda bildirilen bu tür içeriklerin erişiminin engellenip engellenmediği konusunda yeterli bilgiye yer verilmemektedir.

Kamuya açıklanan raporlardan ayrıca sosyal ağ işletmelerinin yukarıda belirtilen çalışmaları yapacak personelinin nasıl oluştuğu ve bunların hangi niteliklere sahip oldukları konusu da anlaşılammak-

tadır. İşte bu sebeplerle “yasal olarak rapor hazırlama” yükümlülüğüne ihtiyaç duyulmaktadır. Böylece kamuoyu için gerekli şeffaflık oluşturulacaktır. Ayrıca bu alanda bir yasal etki değerlendirmesi, özellikle nefret suçu ve diğer cezalandırılabilir suç içerikleriyle ilgili şikâyetler bağlamında nasıl mücadele edileceğinin değerlendirilmesi ve tedbir alınması için düzenli raporlama gerekli görülmüştür.⁴⁸

1. Raporlama Yükümlüğünün Şartları

Sosyal Ağ Kanunu raporların nasıl olması ve neleri içermesi gerektiği konusunda ayrıntılı hükümler içermektedir. Kanun’un 2/1. maddesine göre; “Bir yıl içerisinde hukuka aykırı içerikten dolayı yüzden fazla şikâyet alan sosyal ağ işletmeleri, platformlarında kanuna aykırı içerikle ilgili şikâyetlerin ele alınması hakkında ve (2) numaralı fıkrada sayılan hususları kapsayan konularda altı ayda bir Almanca rapor hazırlamakla yükümlüdür. Söz konusu raporları Federal Gazetede ve kendi internet sitelerinde ilgili altı aylık sürenin bitiminden en geç bir ay içinde yayınlamak zorundadırlar. Kendi internet sitelerinde yayınlanan raporlar kolaylıkla anlaşılabilir, doğrudan ve sürekli erişilebilir olmalıdır”. Görüldüğü gibi söz konusu düzenleme sosyal ağ işletmelerine hukuka aykırı içerikler ile ilgili kendilerine yapılan şikâyetleri nasıl yerine getireceklerine ilişkin rapor hazırlama yükümlülüğü getirmiştir.

Raporlama yükümlülüğü iki önemli amaca hizmet etmektedir. Bunlardan ilki, sosyal ağ işletmeleri hukuka aykırı içeriklerle kendileri henüz herhangi bir şikâyet söz konusu olmadan etkin mücadele edecek ve dolayısıyla az sayıda şikâyet alacaklardır. Böylece az şikâyet alan işletmeler rapor hazırlama yükümlülüğünden kurtulacaklardır. Hukuka aykırı içeriklerle etkin mücadele etmedikleri takdirde daha fazla şikâyet alarak raporlama yükümlülüğü altına girecekler, böylece itibarları zedelenebilecektir. Yasa koyucu bu düzenleme ile yukarıda bahsedildiği gibi sosyal ağ sağlayıcılarının kendi faaliyet alanlarında “öz denetimi”⁴⁹ (Selbstregulierung), yani “sosyal ağ regülasyonu”nu kendilerinin yapmasını öngörmektedir.

⁴⁸ Sosyal Ağ Kanununun 2. maddesi gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 20.

⁴⁹ Liesching, “Lösungsmodell,” 136ff.

Raporlama yükümlülüğünün diğer bir amacı ise söz konusu yükümlülük ile şikâyet eden kullanıcıların, şikâyetlerinin sonuçlandırıldığını ve gerekli yaptırımların uygulandığını görmeleri böylece hukuki güvenliklerinin sağlandığını hissetmeleridir.⁵⁰ Düzenlemeye göre, raporlama yükümlülüğü bütün sosyal ağ sağlayıcılarına değil, ancak hukuka aykırı içerikten dolayı bir yıl içerisinde yüzden fazla şikâyet alan sosyal ağ işletmelerine getirilmiştir. Dolayısıyla bir sosyal ağ işletmesinin bir yıl içerisinde yüzden daha az şikâyet almış ise rapor hazırlama yükümlülüğü bulunmamaktadır.

Söz konusu Kanun hükmünde herkesin okuyup anlayabilmesini sağlamak bakımından raporun Almanca olması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Sosyal ağ işletmeleri genellikle Amerikan kökenli olduğu için raporun İngilizce ya da bir başka dilde yayınlanmasını engellemek amacıyla bu yol tercih edilmiştir. Raporların hem Federal Gazetede hem de sosyal ağ işletmelerinin kendi internet sitelerinde yayınlanması gerekmektedir. Ayrıca raporların ilgili altı aylık sürenin bitiminden en geç bir ay içinde yayınlanması gerektiği belirtilmiştir. Sosyal ağ işletmeleri bu süreleri riayet etmezler ise, raporlama yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaklardır. Ayrıca düzenlemede yayınlanan raporların kolaylıkla anlaşılabilir, doğrudan ve sürekli erişilebilir olmaları gerektiği de vurgulanmıştır. Böylece sadece şikâyet eden kişiler değil, herkes şikâyetlerle ilgili her zaman bilgi alabilme imkânına kavuşmuş olmaktadır.

2. Raporların İçeriği

Raporun içeriğinde nelerin olması gerektiği Sosyal Ağ Kanununun 2/2. maddesinde 9 bent halinde sayılmıştır. Ancak bunlar bulunması gereken “asgari rapor içerikleri” şeklinde öngörülmüştür.⁵¹ Yani ilgili sosyal ağ işletmeleri hazırladıkları raporda öncelikle Kanunda 9 bent halinde gösterilen içeriklere yer verecek, gerek duyu-

⁵⁰ Murat Volkan Dülger ve Mustafa Temmuz Oğlakcıoğlu, “Alman Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanuna İlişkin Değerlendirme,” *Ceza Hukuku Dergisi* 13, no. 37 (Ağustos 2018): 102.

⁵¹ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 20.

lursa bunlar dışındaki bilgiler de raporda yer alacaktır. Kanunda 9 bent halinde sayılan raporda bulunması gereken içerikler şunlardan oluşmaktadır.

a. Sosyal Ağ İşletmeleri Tarafından Alınan Tedbirler

Sosyal ağlar günümüzde kamuoyu tartışmaları için önemli hale gelmiştir. Bu ağlar alınan kararları ülke içerisinde etkileyebilecek güce sahiptir. Sosyal ağlarda saldırgan, incitici ve nefret dolu bir tartışma kültürüne yönelik olduğu görülmektedir. İnternet ortamı hukukun uygulanmadığı bir alan değildir. Bu nedenle sosyal ağlarda insan onurunu, toplumsal barışı ve kamu düzenini bozan içeriklerin yaygınlaşmasının engellenmesi gerekmektedir. Sosyal ağ işletmeleri de bu konuda sosyal sorumluluk üstlenmek zorundadır.⁵² Bundan dolayı Sosyal Ağ Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasının ilk bendinde, sosyal ağ işletmelerinin platformlarda yer alan “cezalandırılabilir eylemlere”⁵³ karşı ne tür tedbirler aldıklarını raporlarda ayrıntılı olarak göstermeleri öngörülmüştür. Bir başka ifadeyle, Sosyal Ağ Kanununun 1/3. maddesinde tek tek sayılan hukuka aykırı içeriklerin platformlarda paylaşılmasını engellemek amacıyla sosyal ağ işletmelerinin ne tür tedbirler aldıklarını açıkça ve ayrıntılı olarak raporda göstermesi gerekmektedir. Kanun koyucu söz konusu düzenleme ile sosyal ağ işletmelerinin kendi öz denetimlerini yaparak, henüz kendilerine bir şikâyet başvurusu yapılmadan hukuka aykırı içeriklerin daha baştan engellenmesini amaçlamaktadır. Böylece sosyal ağ işletmelerine faaliyette buldukları alanla ilgili içeriklerin engellenmesine yönelik kolluk görevinin kendileri tarafından yerine getirilmesi öngörülerek, ağ işletmelerine önemli bir yükümlülük getirilmektedir.

b. Şikâyet Sistemimin İşleyiş Tarzı

Sosyal ağ işletmelerine Kanunla getirilen kendi öz denetimlerini gerçekleştirmeye yönelik bir diğer yükümlülük ise, hukuka aykırı

⁵² Sosyal Ağ Kanununun 2/2/1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 20.

⁵³ Kanun koyucu burada “hukuka aykırı içerik” kavramı yerine “cezalandırılabilir eylem” kavramını kullanılmıştır.

içeriklere karşı şikâyetlerin yapılabilmesine ilişkin sistemin ve hukuka aykırı içeriğin silinmesine veya engellenmesine karar vermede uygulanan ölçütlerin raporda gösterilmesi gerekliliğidir (m.2/2/2). “Ölçütler” kavramından burada anlaşılması gereken sosyal ağ işletmelerinin hukuka aykırı içeriklerin erişimini engellerken ya da bunları içerikten çıkartırken bunu “milli ceza hukuku” (nationale Strafvorschrift) hükümlerine göre mi yoksa kendilerinin “topluluk standartlarına” (Community Standard) uygun olarak mı yaptıklarını anlaşılabilir şekilde göstermeleridir.⁵⁴

Öncelikle sosyal ağ işletmeleri içeriklerle ilgili kendilerine şikâyetlerin ne şekilde ulaştırılacağını göstermek zorundadırlar. Şikâyet mekanizmasının açıkça ve herkesin anlayabileceği şekilde düzenlenmesi ve bunun raporda gösterilmesi gerekmektedir. Şikâyetler kendilerine ulaştıktan sonra hangi ölçütleri kullanarak yasa dışı içeriği sildiklerini veya engellediklerini açıklamak zorundadırlar.⁵⁵ Yasa dışı içeriğin hangi durumda engelleneceği veya kaldırılacağına belirlenme ölçütlerinin tespiti, sosyal ağ sağlayıcılarına bırakılmıştır. Fakat raporda bunların ayrıntılı olarak gösterilmesi gerekmektedir.

c. Şikâyetlerin Sayısı

Sosyal Ağ Kanununa göre, sosyal ağ işletmeleri raporlama dönemi içerisinde hukuka aykırı içeriklerle ilgili kendilerine ulaştırılan şikâyetlerin sayısını ayrıntılı olarak raporda göstermek zorundadırlar (m.2/2/3). Şikâyetlerin, şikâyet kurumlarından mı yoksa kullanıcılardan mı geldiğinin gösterilmesi ve sayılarının ayrı ayrı belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca şikâyet konularına ve yapılaş sebeplerine göre de şikâyetlerin sayısının ayrıntılı gösterilmesi gerekmektedir.

Şeffaflığın sağlanması ve şikâyetler konusunda değerlendirme yapılabilmesi için şikâyetlerin sayısına raporda ihtiyaç duyulmaktadır. Şikâyet kurumları ile kullanıcıların şikâyetlerini sosyal ağ işletmelerinin etkili bir şekilde ele alıp almadıklarını kontrol edebilmek için şikâyet gruplarına göre şikâyetlerin dö-

⁵⁴ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/2. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 20.

⁵⁵ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/2. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 20.

kümünün yapılması da gerekmektedir. Şikâyet nedenlerine de raporda yer verilmesi zorunludur.⁵⁶

d. Şikâyetleri İnceleyecek Birimin Yapısı

Şikâyet incelemesinin efektif yapılabilmesi için öncelikle iyi eğitilmiş personele ihtiyaç duyulmaktadır. Şikâyetleri inceleyecek sorumlu birimlerin organizasyonunun, personel kaynaklarının, teknik ve dil yeterliliğinin raporda gösterilmesi gerekmektedir.⁵⁷ Ayrıca şikâyetlerin incelenmesinden sorumlu kişilerin eğitimi ve bilgi gelişimi için neler yapıldığına raporda yer verilmelidir. Kanununun 2. maddesinin 2. fıkrasının 4. bendinde düzenlenen bu hüküm ile sosyal ağ kullanıcılarının şikâyet mekanizmalarının işletilmesinde gerek organizasyon gerekse personel bakımından sorun yaşamaması için, sosyal ağ işletmelerinin ne tür tedbirler aldıklarını ortaya koymaları beklenmektedir.

Şikâyetleri alan ve inceleyen birimin daha baştan kurulması gerekmektedir. Bu birimde istihdam edilen personelin hem teknik uzman kişiler olması hem de dil problemlerinin olmaması gerekmektedir. Burada dilden anlaşılması gereken Almancadır. Yasa koyucunun bu birimlerde bir bakıma Alman vatandaşlarının istihdam edilmesini amaçladığı söylenebilir. Yasa koyucu söz konusu birimlerde istihdam edilen personele sürekli teknik eğitim verilmesini ve personelin geliştirilmesini de beklemektedir. Raporda bunların nasıl yapıldığı ya da yapılacağı da gösterilmelidir.⁵⁸

e. Sosyal Ağ İşletmelerinin Kendi Alanlarıyla İlgili Birlik Üyeliği

Sosyal Ağ Kanununun 2/2/5. maddesinde sosyal ağ işletmelerinin kendi alanları ile ilgili birliklere üyelik durumlarını raporlarda göstermeleri gerekmektedir. Ayrıca bu tür birliklerde şikâyet mekanizmasının olup olmadığı konusunda raporda bilgi verilmesi öngö-

⁵⁶ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/3. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 20.

⁵⁷ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/4. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 21.

⁵⁸ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/4. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 21.

rülmüştür. Bir başka ifadeyle, sosyal ağ işletmelerinin kendi faaliyet alanları ile ilgili bir birliğin üyesi olup olmadıkları ve bu birliğin sosyal ağlardaki nefret suçu ve diğer suç içerikleri hakkındaki raporlar için bir şikâyet birimine sahip olup olmadıkları raporlarda gösterilmelidir.⁵⁹

f. Dışarıdan Danışmanlık Hizmeti Alınan Şikâyetlerin Sayısı

Sosyal ağ işletmeleri kendilerine yapılan şikâyetler ile ilgili kararlar hazırlamaktadır. Ancak bazen şikâyetlerin kapsamı veya karmaşıklığı nedeniyle sosyal ağ işletmeleri karar vermekte zorlanmaktadır. Bunda kendi iç inceleme kaynaklarının yetersizliği önemli bir rol oynamaktadır. Böyle durumlarda sosyal ağ işletmeleri dışarıdan danışmanlık hizmet almaktadır. Şikâyetlerin genel tablosunu sunabilmek için, bu tür hakkında dışarıdan danışmanlık hizmeti alınan şikâyetlerin sayısının raporda gösterilmesi gerekmektedir.⁶⁰

Sosyal Ağ Kanununun 2/2/6. maddesinde yer alan bu hükme göre, şikâyetlerin incelenmesinde dış bir kuruma danışılıp danışılmadığı ve danışıldı ise bu tür şikâyetlerin sayısının raporda gösterilmesi gerekmektedir.

g. Bir Rapor Döneminde Erişim Engelleme veya İçerikten Çıkarma Yapılan Şikâyetlerin Sayısı

Sosyal ağ işletmeleri bir rapor hazırlama döneminde söz konusu içeriğin engellenmesine veya çıkartılmasına neden olan şikâyetler ile şikâyet organlarına sunulan şikâyetlerin sayısını raporda göstermek zorundadır. Ayrıca şikâyet sebebine, içeriğin, Kanunun 3/(2)/(3)/(a) maddesi kapsamında olup olmadığına ve şayet böyle bir durum söz konusuysa şikâyetin kullanıcıya iletilip iletilmediğine de yer verilmesi gerekmektedir.

Düzenlemenin son bölümünde içeriğin (3)/(2)/(3)/(b) maddeleri kapsamında düzenleyici bir kuruluşa gönderilip gönderilmediği, gönderilmiş ise bunların sayısının da raporda yer alması gerek-

⁵⁹ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/5. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 21.

⁶⁰ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/6. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 21.

tedir. Kanunun 2/2/7. maddesinde düzenlenen bu hüküm ile raporda yer alması gereken istatistiki bilgilere yer verilmiştir. Bundaki amaç şeffaflık ve şikâyet yönteminin etkinliğinin belirlenmesi bakımından, raporlama döneminde şikâyet edilen içeriğin engellenmesine veya çıkartılmasına yol açan şikâyet sayısına ihtiyaç duyulmasıdır.⁶¹

h. Sosyal Ağ İşletmeleri Tarafından Şikâyetlerin Yerine Getirilme Süresi

Kanunda belirtilen şikâyetlerin işlem süresine uyulup uyulmadığını kontrol etmek için işlem süresinin raporda belirtilmesi gerekmektedir. Ayrıca, şikâyetleri işleyen yetkili ekiplerin verimliliğini değerlendirebilmek için işlem süresinin 48 saat, bir hafta ve daha sonraki bir tarihte gerçekleşip gerçekleşmediğinin de gösterilmesi gerekmektedir.⁶² Bir başka ifadeyle, şikâyetlerin, şikâyet organları tarafından ya da kullanıcılar tarafından aktarılmasına, şikâyet sebebine ve sürelerine göre "24 saat içinde", "48 saat içinde", "bir hafta içinde" veya "daha sonraki bir tarihte" hukuka aykırı içeriğin çıkarılma veya engellenme bilgilerinin raporda yer alması gerekmektedir.

Düzenleme, sosyal ağ tarafından hukuka aykırı içerik sebebiyle alınan şikâyetlerin niteliklerine göre engelleme yapılıp yapılmadığı ya da hukuka aykırı içeriğin çıkarılıp çıkarılmadığı ve bunların ne zaman gerçekleştiği konusunda istatistiki bilgi verilmesini öngörmektedir (m. 2/2/8).

1. Şikâyet Sahibini Bilgilendirmek İçin Alınan Tedbirler

Raporda nelerin yer almasının gerekliliğine yönelik son düzenleme Kanunun 2/2/9. maddesinde yer almaktadır. Düzenlemeye göre, sosyal ağ işletmesinin şikâyet sahibinin bilgilendirilmesi için ne tür tedbirler aldığını göstermesi gerekmektedir. Sosyal ağ işletmesi kendisine bir şikâyet başvurusu yapıldığında, başvuruya ilişkin kararı ve sonucunu başvurucuya bildirmek zorundadır. Kanun

⁶¹ Sosyal Ağ Kanununun 2/2/7. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 21.

⁶² Sosyal Ağ Kanununun 2/2/8. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 21.

koyucu söz konusu bu bilgilendirme için sosyal ağ işletmelerinin aldığı tedbirleri de hazırladıkları raporda göstermelerini talep etmektedir.

Açıklamalardan da anlaşılacağı gibi, Kanun rapor içeriği hakkında oldukça detaylı düzenlemelere yer vermiştir. Kanun koyucunun bu yaklaşımı bir bakıma bu konuya ne kadar önem verdiğini göstermektedir. Özellikle raporda, ceza içeriği, hukuka aykırı içeriğin çıkartılarak mı yoksa engellenerek mi kaldırıldığı ve bu karara ilişkin olarak uygulanan ölçütlerin neler olduğu, şikâyet kurumlarının şikâyetleri ve kullanıcıların şikâyetlerine göre ayrıştırılan şikâyetlerin sayısı ve nedenleri örnek gösterilebilir.⁶³

E. Hukuka Aykırı İçeriklerle İlgili Şikâyetlerin Ele Alınması

Hukuka aykırı içerikler hakkındaki şikâyetleri düzenleme ihtiyacı – geleneksel medyanın aksine – “İnternetin özgüllüğü” ile açıklanmaktadır. Hukuka aykırı içerik veya bir durum geleneksel medyada internet ortamında olduğu kadar uzun sürdürülememektedir. İşte bundan dolayı Sosyal Ağ Kanununun 3. maddesinde hukuka aykırı içeriklere karşı şikâyet usulü düzenlenmiştir. Düzenleme hem bir sosyal ağın kendi içeriğini, hem de diğer ağların içeriklerini, yani kullanıcıların paylaştığı içerikleri, bu içerikleri sosyal ağ işletmesi kendi içeriği olarak görmese dahi, bu içeriklerin tamamını kapsam altına almıştır.⁶⁴

Kanunun 3. maddesi hukuka aykırı içeriği silme veya engelleme yükümlülüklerinin “hızlı ve kapsamlı” bir şekilde yerine getirilmesini sağlamaya hizmet etmektedir. Bu hüküm, Alman Anayasasının 5. maddesinde düzenlenen “Herkesin, düşüncesini söz, yazı ve resimle serbestçe açıklayıp yayma ve herkese açık olan kaynaklardan, hiçbir engele uğramadan, bilgi edinme hakkı vardır. Basın özgürlüğü ile radyo ve film aracılığıyla haber verme özgürlüğü güvence altındadır. Sansür uygulanamaz.” hükmüne aykırılık oluşturmaktadır.⁶⁵ Ayrıca hukuka aykırı içeriği silme veya engelleme zo-

⁶³ Dülger ve Oğlakcıoğlu, “Alman Sosyal Ağlarda,” 103.

⁶⁴ Sosyal Ağ Kanununun 3. madde Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 21.

⁶⁵ Sosyal Ağ Kanununun 3. madde Gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 21.

runluluğu “genel yasalar” (Telemedya Kanunu başta olmak üzere) tarafından zaten hüküm altına alınmıştır. Bu nedenle söz konusu 3. madde, başka bir düzenlemede ortaya konan hukuka aykırı içeriği silme veya engelleme konusunda etkili bir usulü yerine getirme yükümlülüğü öngörmektedir.

Alman Yargıtay’ı bir kararında sosyal ağ işletmesinde bir içerik bir başka kişinin kişilik haklarını ihlal ediliyorsa, sosyal ağ işletmesinin bu içeriği silme ya da engelleme yükümlülüğü olduğuna hükmetmiştir.⁶⁶ 3. maddede belirtilen çeşitli usul kuralları, hukuka aykırı içeriklerin çıkartılması veya engellenmesi amacına ulaşmak için uygun, gerekli ve orantılı kabul edilmektedir. Mevcut hukuki durum ve uygulamada, sosyal ağ işletmelerinin hukuka aykırı içeriği silme ve engelleme yükümlülüğünü yeterince ve hızlı bir şekilde yerine getirmedikleri bilinmektedir.⁶⁷

3. maddenin 1. fıkrasında sosyal ağlarla ilgili etkili şikâyet yöntemi oluşturabilmesi için uyulması gereken genel ilkeler ortaya konulmuştur. Buna göre, sosyal ağ işletmeleri hukuka aykırı içeriklere karşı, Kanunun 2 ve 3. maddelerine uygun olarak “etkili ve şeffaf” bir şikâyet usulü sunmak zorundadır. Bu tür şikâyet usulünün kolayca tanınabilir, hemen ve sürekli erişilebilir olması gerekir. Sosyal ağ işletmeleri şikâyet sistemlerini, 1 ve 3. fıkralarda belirtilen standartlara uygun olarak geliştirmelidirler. Sosyal ağ işletmelerinin şikâyet sistemleri için getirilen yasal yükümlülükler, sosyal ağların hukuka aykırı içerikle ilgili şikâyetleri kendi personeli tarafından işleme alıp almadıklarına veya bu görevi dışarıdan bir hizmet sağlayıcısından destek alarak yapıp yapmadıklarına bakılmaksızın her iki durumda da geçerlidir.⁶⁸

Sosyal ağ işletmelerinin kendilerine yapılan şikâyetlerle ilgili Kanunda belirtilen kurallara uyup uymadıkları Adalet Bakanlığı tarafından atanacak bir organ tarafından denetlenmektedir (m.3/5). Ayrıca şikâyetlerin incelenmesi ve gereğinin yapılması konusu sos-

⁶⁶ BGHZ 191, 219, Leitsatz 3.

⁶⁷ Sosyal Ağ Kanununun 3. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 22.

⁶⁸ Sosyal Ağ Kanununun 3/1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 22.

yal ağ işletmelerinin yönetimleri tarafından da aylık olarak denetlenmesi gerekmektedir. Yani sosyal ağ işletmesi içerisinde oluşturulan şikâyet inceleme biriminin işletmenin üst yönetimi tarafından da aylık olarak denetlenmesi öngörülmüştür.

Sosyal ağ işletmesi üst yönetimi tarafından şikâyetler hakkında gereğinin yapılması kapsamında örgütsel bir kusur veya personel eksikliği tespit edilirse, bunların giderilmesi gerekmektedir. Sosyal ağ işletme yönetimi, 6 aydan az olmamak koşuluyla şikâyetlerin incelenmesi ile görevlendirilmiş personele Almanca olarak şikâyet sistemi çerçevesinde eğitim kursları ve destek programları düzenlemek zorundadır (m. 3/4). Bu düzenlemenin amacı internet üzerinden hukuka aykırı suçlarla etkin bir şekilde mücadele görevinin toplumsal önemini vurgulamaktır. Yapı açısından istismara açık sosyal ağ işletmeleri, suç amaçlı suiistimalle mücadele etmek için gerekli bütün tedbirlerin en üst düzeyden yapıldığına dair böylece topluma kurumsal güvence vermiş olmaktadır.⁶⁹

Kanunun 3/2. maddesinde, kullanıcılar bakımından şikâyet usulü garanti altına alınmıştır. Bu konuda sosyal ağ işletmelerinin yerine getirmesi gereken bazı hususlar ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. 9 bentten oluşan düzenlemeye göre sosyal ağ işletmesinin şikâyeti gecikmeksizin not alması ve şikâyette bildirilen içeriğin yasa dışı olup olmadığını kontrol etmesi ve söz konusu içeriği kaldırmasını veya engellemesi gerekmektedir. Öncelikle şikâyet hakkında derhal bilgi alıp ve şikâyette bildirilen içeriğin hukuka aykırı olup olmadığını ve içeriğin silinmesine veya içeriğin erişim engellenmesine uygun olup olmadığının kontrol edilmesi gerekmektedir. Söz konusu kontrolün "yetkili bilgi temsilcisi" tarafından yapılması gerekmektedir. Bilgi temsilcisi şikâyet sistemini yürütmek üzere oluşturulmuş işlem ekibi içinde yer alan yetkili kişidir. Bu kişinin bildirilen içeriği silmek veya engellemek için vekâlet yetkisine sahip olması gerekmektedir.⁷⁰

⁶⁹ Sosyal Ağ Kanununun 3/4. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 22.

⁷⁰ Sosyal Ağ Kanununun 3/2/1. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 22.

F. İçeriklerin niteliğine Göre İçeriklerin Silinmesi veya Erişiminin Engellenmesi

Sosyal Ağ Kanunu içeriklerin niteliği bakımından iki ayrı düzenlemede içeriğin silinmesi ve ya erişim engelleme öngörmüştür. Bunlardan ilki, şayet içerik açıkça hukuka aykırı nitelikte ise, bunun 24 saat içinde silinmesi veya erişiminin engellenmesi gerekmektedir (m. 3/2/2). Bir başka ifadeyle hukuka aykırı içerik açık ise bunun 24 saat içerisinde silinmesi veya erişiminin engellenmesi gerekmektedir. Hukuka aykırılığı açık olmayan, sadece hukuka aykırı olan diğer bütün içeriklerin ise 7 gün içerisinde silinmesi ya da erişiminin engellenmesi gerekmektedir (m. 3/2/3).

1. Açıkça Hukuka Aykırı İçeriklerin Silinmesi veya Engellenmesi

Kanunun 3/2/2. maddesine göre sosyal ağ işletmelerinin “açıkça hukuka aykırı olan içerikleri” (offensichtlich rechtswidriger Inhalt) şikâyetin alınmasından sonraki 24 saat içinde silmesi veya engellemesi gerekmektedir. Burada hukuka aykırı içeriklerden, Kanunun 1. maddesinin 3. fıkrasında Alman Ceza Kanununa atıf yapılarak sayma yoluyla belirlenen cezalandırılabilir suçlar anlaşılmaktadır.⁷¹

“Açıkça yasalara aykırı içerik” kavramı doktrinde çok tartışılmaktadır. Bir görüşe göre, “açıkça yasalara aykırı içerik kavramının yorumu ve tespitinin hukuk organları tarafından yapılması gerekmektedir.”⁷² Kanunun gerekçesine göre, sosyal ağ platformunda paylaşılan bir içerik, Kanunun 1/3 maddesi bağlamında hukuka aykırılığının tespit edilebilmesi için şayet “ayrıntılı bir inceleme” gerektirmiyor ise bu içerik açıkça hukuka aykırı kabul edilmelidir.⁷³ Bu düzenlemenin amacı, nefret suçu, şiddeti yüceltme ve açıkça saldırgan içeriklerin ya da diğer hukuka aykırı içeriklerin bir an önce platformlardan kaldırılmasını sağlamaktır.

⁷¹ Sosyal Ağ Kanununun 3/2/2. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 22.

⁷² Schwartmann, “Verantwortlichkeit,” 317.

⁷³ Sosyal Ağ Kanununun 3/2/2. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 22.

Açıkça hukuka aykırı olan içerikler şikâyetin alınmasından itibaren 24 saat içinde silinmeli veya engellenmelidir. Erişim engelleme ya da içerikten silme yalnızca açıkça hukuka aykırı içerikleri kapsadığı için ve bu içeriklerin ayrıntılı bir incelemeyi de gerektirmemesinden dolayı, sosyal ağ işletmelerine verilen 24 saatlik süre makul kabul edilmektedir. Ancak 24 saat kuralına istisna getirilmiştir. Bir şikâyet sadece sosyal ağ işletmesine değil, aynı zamanda kolluk kuvvetlerine de bildirilmiş ve açıkça yasaya aykırı içeriğin kaldırılması ve engellenmesi konusunda sosyal ağ işletmesi ve kolluk kuvvetleri daha uzun bir süre belirlemişler ise 24 saat kuralı uygulanmamaktadır. Sosyal ağ işletmeleri ve kolluk kuvvetleri arasında, açıkça hukuka aykırı içeriğin silinmesi veya engellenmesi için süre ertelemesi konusunda anlaşmaya varılabilir. Bu bekleme süresi, gerekli kovuşturmaları (özellikle delillerin korunması) ve uygun olduğu durumlarda devam eden soruşturmaları tehlikeye atmamak için ayrı ayrı gerekli olabilir.⁷⁴

2. Hukuka Aykırı İçeriklerin Silinmesi veya Engellenmesi

Açıkça hukuka aykırı olmayan diğer hukuka aykırı içeriklerin şikâyet alındıktan itibaren gecikmeksizin 7 gün içerisinde silinmesi veya engellenmesi gerekmektedir. Bu süre içinde, sosyal ağ işletmelerine bildirilen içeriğin yazarına şikâyet hakkında yorum yapmak için fırsat verebilmektedir. Bir başka ifadeyle, paylaşılan içerikte açıkça hukuka aykırılık yok, ancak yine de hukuka aykırı bir içerik söz konusu ise, bu durumda içeriği paylaşan kişiye kendini savunma imkânı tanınmıştır. 7 günlük süre içinde şikâyet veya içerikle ilgili ağır hukuki sorunlarla karşılaşılırsa, uzman kişilerden danışmanlık hizmeti alma imkânı bulunmaktadır.

Kanunda 7 günlük sürenin aşılabileceği durumlar ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Buna göre, gerçek bilgiler içermeyen içeriğin, hukuka aykırı olma kararı, iddia veya diğer fiili koşullar tarafından belirlenebilir. Bu gibi durumlarda sosyal ağ işletmesi karar vermeden önce kullanıcıya şikâyet hakkında yorum yapma imkânı sağlayabilmektedir. Bu durumda 7 günlük süre uzayabilir.

⁷⁴ Sosyal Ağ Kanununun 3/2/2. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 22.

Sosyal ağ işletmesi, şikâyetin alınmasından itibaren 7 gün içerisinde hukuk aykırı kararı, 3. maddenin 6 ile 8. fıkralarına uygun olarak oluşturulan“öz denetim yapan organa” (Regulierte Selbstregulierung) sunarak onun görüşünü almalıdır. Hukuka aykırı içeriğin silinmesi durumunda, sosyal ağ işletmesi içeriği 2000/31/EC ve 2010/13/AB Direktifleri kapsamında soruşturma, kovuşturma ya da diğer yargılama aşamalarında kanıt amaçlı kullanılma ihtimaline karşı 10 haftalık bir süre saklamakla yükümlüdür. Zira içerik silindiğinde artık bu içeriğe sadece sosyal ağ işletmesi sahip olmaktadır. Sosyal ağ işletmesi söz konusu hukuka aykırı içeriği saklamaz ise ilerleyen sürede uyumsuzluk yargıya taşındığında önemli delillere ulaşılmaz olacaktır.⁷⁵ Hukuka aykırı içeriğin silinmesi ya da engellenmesi, sosyal ağ platformlarında hukuka aykırı içeriğin tüm kopyalarını da kapsamaludur.⁷⁶

Sosyal ağ işletmesi şikâyet sahibine ve kullanıcıya şikâyet sonucu verilen kararı ve gerekçesini gecikmeksizin bildirmek zorundadır. Hem içeriğin silinmesi veya engellenmesi hem de önlemlerin reddedilmesi kararları gerekçeleriyle birlikte derhal taraflara bildirilmelidir.

Sosyal ağ işletmeleri kendilerine yapılan şikâyetler ve bu şikâyetlerin yerine getirilmesine ilişkin gerekli en uygun tedbirleri almak zorundadır. Ayrıca Kanunun 3. maddesinin 3. fıkrasına göre söz konusu tedbirlerin belgelendirilmesi veya gösterilmesi de gerekmektedir. Daha açık bir ifadeyle, sosyal ağ işletmeleri kendilerine yapılan şikâyetlerin incelenmesine ilişkin uygulayacakları usulleri, her şikâyeti ve bu şikâyetlerin yerine getirilmesine ilişkin alınan tedbirleri 2000/31/EC ve 2010/13/EU sayılı Direktifler kapsamında belgelendirmekle yükümlü tutulmuştur. Bu belgelerin yurt içinde saklanması büyük öneme sahiptir.⁷⁷

⁷⁵ Sosyal Ağ Kanununun 3/2/4. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 23.

⁷⁶ Bu hükme, Telemedya Kanununun 10. maddesinin somutlaştırılmış hali olarak Kanun Gerekçesinde yer verilmiş olmasına rağmen Sosyal Ağ Kanununda yer verilmemiştir, Sosyal Ağ Kanununun 3/2/6. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 23.

⁷⁷ Sosyal Ağ Kanununun 3/3. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 23.

G. Öz Denetim Yapan Kurumlar

Sosyal Ağ Kanununun 3/6. maddesinde bu Kanun kapsamında sosyal ağ işletmeleri dışında, onların öz denetim yapmasına yardımcı olacak kurumlar oluşturulması öngörülmüştür. Bu tür kurumlar Almanya'da yeni değildir. Daha önceden gençliği medyanın zararlı içeriklerinden korumak amacıyla (jugendmedienschutz) veya çevre hukuku gibi alanlarda bu tür kurumlar kurulmuştur.⁷⁸ Her kurum kendi kararıyla öz denetim yapma yetkisine sahip değildir. Hangi kurumların öz denetim yapan kurumlar olarak kabul edileceği Kanunda ayrıntılı olarak gösterilmiştir. Buna göre aşağıdaki şartları sağlayan kurumlar Adalet Bakanlığı tarafından öz denetim organı olarak tanınabilmektedir.

- ▶ Şikâyetleri inceleyen personelin bağımsızlığı ve uzmanlığını sağlıyorsa,
- ▶ Yedi gün içinde uygun altyapı ve hızlı incelemenin gerçekleşmesini sağlıyorsa,
- ▶ İncelemenin kapsam ve yapısını düzenleyen, kendisine bağlı sosyal ağ işletmelerinin başvuru koşullarını gösteren ve kararları inceleme imkânı sağlayan prosedür kurallarına sahip olunmuşsa,
- ▶ Bir şikâyet ofisi oluşturulmuşsa ve
- ▶ Kurum, çeşitli sosyal ağ işletmeleri veya kuruluşları tarafından finansa edilmekte ve uygun altyapının bulunduğunu garanti etmekteyse, ayrıca diğer sosyal sağlayıcılarının, özellikle sosyal ağların katılımına açıksa.

Tanıma koşullarının herhangi biri daha sonra ortadan kalkarsa, Adalet bakanlığı tarafından tanıma tamamıyla veya kısmen geri çekilebilir veya ek hükümlere bağlanabilir.

⁷⁸ Philipp Nikolaus Adelberg, *Rechtspflichten und -grenzen der Betreibersozialer Netzwerke* (Wiesbaden: Springer, 2019), 185.

H. İdari Yaptırımlar

Sosyal Ağ Kanununun kurallarının ihlal edilmesi durumunda aynı Kanunun 4. maddesinde bir takım yaptırımlar öngörülmüştür. Ağır para cezası da öngören düzenleme ile sosyal ağ işletmelerinin yasalara uyma konusunda daha fazla dikkat etmeleri amaçlanmaktadır.⁷⁹ Sosyal ağ işletmeleri, kasıtlı veya ihmali şekilde maddede sayma yoluyla gösterilen yükümlülükleri yerine getirmez ise, kabahat işlemiş sayılacaklardır. Düzenlemeye göre kabahat oluşabilmesi için kast şart olmayıp, ihmal (fahrlässig) yeterli kabul edilmektedir.⁸⁰ Kabahatler yurtdışında işlenmiş de olsa cezalandırılmaktadır. Ayrıca yaptırım düzenlemelerinin sosyal ağ işletmesinin yasal yükümlülükleri ile bağlantılı olduğu durumlarda (1. fıkranın 1 ila 3 ve 7. bentleri), para cezası şirketin “yasal veya gönüllü temsilcilerine” uygulanabilmektedir. Bununla ilgili düzenleme Kamu Düzenine Aykırılıklar Kanunu’nun 9. maddesinin 1 ve 2. fıkralarında yer almaktadır.

Sosyal Ağ Kanununun 2. maddesinde öngörülen rapor hazırlama yükümlülüğüne ilişkin rapor doğru bilgiler içermez, eksik veya gösterilen şekilde veya zamanında hazırlanmaz ise ihlal söz konusu olacaktır. Aynı şekilde sosyal ağ işletmeleri şikâyet organları tarafından veya ikametgâhı Almanya Federal Cumhuriyeti’nde bulunan kullanıcılar tarafından yapılan şikâyetlerin alınmasında belirtilen usulleri sunmaz veya şeffaf ve etkin bir şekilde sunmaz ise Kanunun ihlali söz konusu olacaktır. Sosyal ağ işletmeleri altyapı ve diğer yetersizliklerini gidermez ya da zamanında gidermez, personeline zamanında eğitim veya destek sunmaz, yerli ve tam yetkili bir sosyal ağ temsilcisi veya yerli irtibat kişisi belirlemez ise cevap talep edilen bilgi taleplerine cevap vermez ise Kanunun ihlali ortaya çıkacaktır.

Sosyal ağ işletmeleri yerli ve tam yetkili sosyal ağ temsilcisi veya yerli bir irtibat kişisi belirlemez ise ya da talep edilen bilgi taleplerine cevap vermez ise beş yüz bin Avroya kadar para cezası ile cezalandırılmaktadır. Yukarıda belirtilen diğer ihlal durumlarında ise işletmeler 1. fıkraya göre beş milyon Avroya kadar cezalandırıla-

⁷⁹ Sosyal Ağ Kanununun 4/1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 24.

⁸⁰ Sosyal Ağ Kanununun 4/1. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 24.

bilir. Ancak bu beş milyonluk para cezası Kamu Düzeni Koruma Kanununun 30. paragrafın 2. fıkrasının 3. cümlesi ile bağlantılı olarak, on kart arttırarak sosyal ağ işletmesi için 50 milyon avroya kadar çıkabilmektedir.⁸¹

Kamu Düzenine Aykırılıklar Kanununun 36. maddesinde adı geçen idari makam "Federal Adalet Dairesi" (Das Bundesamt für Justiz) olarak öngörülmüştür. Federal Adalet Bakanlığı bünyesinde görev yapan Federal Adalet Dairesi bir regülasyon, yani düzenleyici ve denetleyici kurum olmayıp "Federal Yüksek Kurum" (Bundesoberbehörde)'lerden birisidir. Daire, Kanundan kaynaklanan yükümlülüklerin ihlal edilmesi durumunda idari para cezası verebilmektedir.

Federal Adalet Dairesi, istisna olarak Sosyal Ağ Kanununun 1/3. maddesinde düzenlenen hukuka aykırı içerik kapsamında çıkarılmayan veya engellenmeyen içerik olduğu gerekçesiyle idari para cezası vermeden, hukuka aykırılık konusunda önceden yargı kararına ihtiyaç duymaktadır. Ön karar talebi, sosyal ağın görüşü ile birlikte mahkemeye gönderilmektedir. Başvuru, duruşma yapılmaksızın kararlaştırılabilir. Karara, itiraz edilemez ve idari makam için bağlayıcıdır. (m. 4/5). Mahkeme burada yalnızca bildirilen içeriğin Kanunun 1/3. maddesinde listelenen cezalandırılabilir suçlar bakımından hukukilik denetimini yapacaktır. Şayet mahkeme, içeriğin hukuka aykırı içerik olmadığı sonucuna varırsa, bu durumda idari para cezası verilememektedir.⁸²

Para cezası belirlenirken, kabahatin önemi ve faile karşı yapılan suçlamanın dikkate alınması gerekmektedir. Bu nedenle, Federal Adalet Dairesine para cezalarının tek tek hesaplanmasında gerekli esnekliğin sağlanması imkânı verilmelidir. Ayrıca para cezası belirlenirken, ilgili kişinin işlenen suç sonucu elde ettiği ekonomik avantajında göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Zira burada önemli olan eylemin adaletsizliğidir.⁸³

⁸¹ Sosyal Ağ Kanununun 4/2. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 26.

⁸² Sosyal Ağ Kanununun 4/5. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 27.

⁸³ Sosyal Ağ Kanununun 4/4. madde gerekçesi, "Bundestags-Drucksache 18/12356," 26.

I. Sosyal Ağ İşletmelerinin Temsilci ve İrtibat Kişisi Belirleme Yükümlülüğü

Sosyal Ağ Kanununun 5. maddesi sosyal ağ işletmelerine farklı konularda tam yetkili ve sorumlu iki ayrı kişi atama yükümlülüğü getirmiştir. 5. maddenin ilk fıkrasında bunlardan ilki “tam yetkili ve sorumlu temsilci” (Zustellungsbevollmächtigte), diğeri ise ikinci fıkrada “irtibat kişisi” (Ansprechpartner)⁸⁴ olarak adlandırılmaktadır. Her iki kişinin yetki ve sorumlu olduğu alanlar birbirinden ayrılmıştır. Maddenin gerekçesinde, neden bu şekilde iki ayrı kişi belirlenmesi gerektiği konusunda bir bilgi yer almamaktadır.

1. Tam Yetkili ve Sorumlu Temsilcinin Belirlenmesi

Almanya sınırları içerisinde sosyal ağ alanında hukukun uygulanmasını engelleyen temel sebeplerden birisi yargı organları, idari para cezasını uygulayan kurumlar ve diğer ilgili kurumlar için muhatap olunacak yetkili bir sosyal ağ temsilcisinin olmamasıdır. Aynı şekilde üçüncü kişilerin ya da diğer başvuruların yapılabilmesini sağlayacak ya da tebligatların ulaşmasını sağlayacak sosyal ağ işletmelerinin belli bir adreslerinin olmaması da uygulamada büyük sorun doğurmaktadır. Bu zamana kadar sahip olunan tecrübeler, sosyal ağ işletmelerine karşı açılan davalarda yeterli neticelerin alınmadığını göstermektedir.⁸⁵ Bundan dolayı sosyal ağların kamuoyu veya belli bir görüş oluşturma etkileri sebebiyle (wegen der erheblichen Meinungsmacht sozialer Netzwerke), özellikle ceza hukuku kapsamında yanlış haber ve sahte hesaplarla ilgili hakları mağdur olan kişilerin hızlı hukuki işlem yapmalarını sağlamak ve mahkeme kararlarının hızlı ve güvenli bir şekilde uygulanabilmesini temin için yetkili ve sorumlu temsilcinin ve adresinin belirlenmesine acil ihtiyaç duyulmaktadır. Hemen belirtmek gerekir ki; sosyal ağ işletmelerinin kurulu olduğu kendi ülkelerinde yetkili ve sorumlu

⁸⁴ Sosyal Ağ Kanununun 5/2. maddesinde “irtibat kişisi” olarak “eine empfangsberechtigte Person” kullanılırken, maddenin gerekçesinde “ein inländische Ansprechpartner” kullanılmaktadır. Gerekçede kullanılan Ansprechpartner kavramı daha uygun düşmektedir.

⁸⁵ Sosyal Ağ Kanununun 5. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 27.

temsilcileri bulunduğu gibi bunların adresleri de bellidir. Ancak günümüzde en modern ve hızlı posta sistemi kullanılsa dahi, sosyal ağ işletmesine yapılan başvurular, aynı ölçüde “güvenli ve hızlı” teslimat garantisi sunamamaktadır. İşte bu tür sorunları giderebilmek amacıyla Sosyal Ağ Kanununda öngörülen önemli yeniliklerden biriside sosyal ağ işletmelerinin Almanya’da yetkili ve sorumlu bir temsilci belirlemeleri ve buna bağlı olarak temsilcilik merkezini göstermeleridir (m. 5/1). Temsilcilik merkezinin hem kolay anlaşılabilir hem de doğrudan ulaşılabilir olacak şekilde sosyal ağ platformlarında yer alması gerekmektedir. Bu kural sadece yabancı sosyal ağ işletmeleri için değil, bütün sosyal ağ işletmeleri için uygulanmaktadır. Bilindiği gibi, geleneksel medya da sorumlu yazı işleri müdürü gibi ya da diğer konularda sorumlu kişiler künyede gösterilmektedir. Dolayısıyla geleneksel medya faaliyetleri kapsamında bir muhatap kişi bulunmaktadır. Bir bakıma sosyal ağlar konusunda da bu tür sorumlu kişilerin atanması amaçlanmaktadır.

Sonuç olarak; yasa koyucu sosyal ağ işletmelerinin yetkili ve sorumlu temsilcinin ve adresinin belirlenmesi suretiyle;

- ▶ Kanununun 3. maddesi kapsamında hakları ihlal edilen kişilerin şikâyetlerinin ulaşmasını,
- ▶ Kanununun 4. maddesi kapsamında yer alan idari para cezalarına ilişkin tebligatlar başta olmak üzere diğer kamu kurumlarından da ilgili kararların ulaşmasını ve
- ▶ Kanununun 5/2. maddesi kapsamında kolluk kuvvetleri tarafından bilgi talebi başta olmak üzere, diğer kamu kurumları kararlarının ulaşmasını ve
- ▶ Alman mahkemelerinde görülen davalara ilişkin tebligatların ulaşmasını

amaçlamaktadır.

2. İrtibat Kişisinin Belirlenmesi

Sosyal Ağ Kanununun 5/2. maddesi ile sosyal ağ işletmelerine bir başka yetkili kişi atama yükümlülüğü daha getirilmiştir. Buna göre, kolluk ve adli makamlarının sosyal ağ kullanıcılarına karşı

yürüttükleri ceza soruşturmaları ile ilgili talep ettikleri bilgileri vermek üzere, sosyal ağların Almanya içinde irtibat kişisi belirlemesi gerekmektedir.⁸⁶ İrtibat kişinin belirlenmesi ile kolluk makamları ve sosyal ağ işletmeleri arasında gönüllü ve doğrudan işbirliği imkânlarının artırılması da beklenmektedir. Burada verilmesi gereken bilgiler konusunda Alman Telemedya Kanununun 14. maddesinde düzenlenen sosyal ağ kullanıcılarının “telemedya alanına ilişkin kişisel verileri” (personenbezogene Daten eines Nutzers) ve 15. maddede düzenlenen “kullanım verileri”ne (Nutzungsdate) atıf yapılmaktadır.⁸⁷ Düzenleme sosyal ağ işletmelerinin tabiri caizse ülkede bir “posta kutusu” (Briefkasten) oluşturmasını sağlamaktır.

3. Kolluk ya da Adli Makamlarca Talep Edilen Bilgileri Verme Yükümlülüğü

Kanunların suç saydığı hukuka aykırı içeriklerin İnternet ortamında paylaşılması onları suç ya da hukuka aykırı olmaktan çıkartmamaktadır. İnternet ortamı sınırsız özgürlüğün olduğu, herkesin her istediğini söylediği, yaptığı, paylaştığı, kişi hak ve hürriyetlerinin istenildiği şekilde kullanıldığı yer değildir. Böyle bir ortamda hukuk ortadan kalkar, kişi hak ve hürriyetlerinin özü zedelenir. İnternet ortamında işlenen suçların takipsiz bırakılması hukuk devletinde düşünülemeyeceği gibi böyle bir durumda Devletin sorumluluğu da ortaya çıkmaktadır. İşte İnternet ortamında işlenen suçların takibi, delillerin toplanması, faillerin ortaya çıkarılması, yargılama ve infaz konularında İnternet ortamında faaliyette bulunan özellikle sosyal ağ işletmelerinden bilgi alabilmek, maddi hakikati araştırıp delil elde edebilmek ve sorumlulukları yoluna gidebilmek büyük önem taşımaktadır.

Alman Sosyal Ağ Kanununun 5/2. maddesi ile kolluk veya savcılık kurumları tarafından özellikle İnternet ortamında işlenen suçların takibi konusunda bilgi talep edildiğinde kısa bir süre içerisinde sosyal ağ işletmeleri istenilen bilgiyi iletmekle yükümlü tutulmuştur. Düzenlemeye göre, “Alman kolluk ve savcılık kurumlarının

⁸⁶ Meixner ve Figge, “Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz,” 10.

⁸⁷ Sosyal Ağ Kanununun 5. madde gerekçesi, “Bundestags-Drucksache 18/12356,” 28.

(Strafverfolgungsbehörde) bilgi taleplerini karşılamak amacıyla, Almanya Federal Cumhuriyeti'ndeki bir kişi yetkili kılınacaktır. Yetkilendirilen kişi, talebin alındığı tarihten itibaren 48 saat içinde cevap vermekle yükümlüdür. Talep edilen bilgilerin kapsamlı bir şekilde iletilmemesi durumlarında, bunun gerekçesi cevapta belirtilecektir".

Bir suçun internet ortamında işlenmesi dolayısıyla takipsiz bırakılması adalete ulaşılmasını engelleyecektir. Kolluk kurumları tabii olarak suç ve suçlunun ortaya çıkarılması amacıyla ihtiyaç duyduğu bilgileri bu düzenlemeye dayanarak sosyal ağ işletmelerinden talep edebilecektir. 5651 sayılı Kanunda benzer bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Türk Ceza Muhakemesi Kanununun 332/1. maddesinde bilgi isteme konusuna yer verilmiştir. Buna göre, "Suçların soruşturma ve kovuşturması sırasında cumhuriyet savcısı, hâkim veya mahkeme tarafından yazılı olarak istenilen bilgilere on gün içinde cevap verilmesi zorunludur. Eğer bu süre içinde istenen bilgilerin verilmesi imkânsız ise, sebebi ve en geç hangi tarihte cevap verilebileceği aynı süre içinde bildirilir". Hükümde görüleceği gibi sadece soruşturma ve kovuşturma sırasında istenilen bilgiler yer almaktadır.

Alman Sosyal Ağ Kanununun 5/2. maddesinde göze çarpan diğer bir unsur, kolluk kurumlarına bilgi verecek bir kişinin Almanya'da yetkili kılınacak olmasıdır. Özellikle yabancı ülke kaynaklı sosyal ağ işletmelerine ulaşmak zor olduğu için ya da ulaşılsa dahi bilgi vermedikleri için Almanya'da bir kişinin yetkili kılınması öngörülmüştür. Yetkili kişi belirlenmez ise, kolluk kurumlarının bilgi talebini karşılamayan yabancı menşeli sosyal ağ işletmelerine karşı hiç bir şey yapılamamaktadır.

Türkiye'de kolluk kurumları İnternet ortamında işlenen suç ve suçluyu ortaya çıkartabilmek amacıyla yabancı menşeli sosyal ağ işletmelerinden yeterli derecede ihtiyaç duyulan bilgileri alamamaktadır.⁸⁸ Bir başka ifadeyle bu tür sosyal ağ işletmeleri Türk kolluk kuvvetlerine yeterli derecede bilgi vermemektedirler.

⁸⁸ "Türk adli makamlarının, suçla konu eylemin faili ve delilleri hakkında bilgi vermeyen, talepleri reddeden internet firmaları ve yetkilileri hakkında çaresiz

“İnternet üzerinden hakarete uğradığımı, dolandırıldığımı, tehdit edildiğimi veya şantaja uğradığımı ve mağdur olduğumu söyleyen kişi şikâyetle bulunduğu durumda, ya bu eylemler ‘troll’ yöntemi kullanmak suretiyle yapılmışsa bir başka kişinin başı derde girecek veya internet ortamında fail olarak gözüken kişi bu eylemi icra edenin kendisi olmadığını söyleyecek veya internet kullanıcısının ismi yazılı olmadığı için kimliğine ulaşamayacak veya ilgili site, kullanıcı veya bilgileri Türkiye’de olmayacak veya Türkiye üzerinden ulaşamayacaktır. Tüm bu durumlarda cumhuriyet savcılarının ve kolluğun çaresiz kaldığı, faillerin IP adreslerine ve kimlik bilgilerine ulaşamadığı, Türkiye’de merkezi, şubesi veya yetkili temsilciliği bulunmayan internet şirketlerinden bilgi alınmadığı, internet şirketinin bulunduğu devletin bilgi verme ve adli yardım konusunda isteksiz davrandığı, soruşturmanın karanlıkta kaldığı, açılan birçok davada ise ‘troll’ yöntemi kullanıldığına dair savunmanın yapıp interneti kullandığı gözüken kişi tarafından iddianın kabul edilmediği ve sonuçta, ya kovuşturmaya yer olmadığına dair kararların veya beraat kararlarının verildiği bir gerçektir.”⁸⁹

İşte Almanya, bu tür sorunları yaşamamak için kolluk ve adli kurumlarının talep ettiği bilgilerin karşılanması amacıyla Almanya’da sosyal ağ işletmeleri tarafından bir kişinin yetkilendirilmesini zorunlu tutmuştur.

“Türkiye’de faaliyet gösteren, merkezi, şubesi veya temsilciliği Türkiye’de bulunan, yasal sorumlulukları yerine getiren, Anayasa ve kanuni dayanağı olmak kaydıyla bilgileri paylaşan sosyal ağ işletmeleri ile Facebook, Twitter gibi Türk Hukuku’nun gereklerini yerine getirmeyen, bilgi paylaşmayan, bunun için kendisine göre bahaneler üreten, maddi hakikati ve adaleti karanlıkta bırakan, ifade, basın ve haberleşme hürriyetlerini her konuda bir zırh olarak ön plana koyan, hatta kendi bulunduğu ülkenin kurallarına tabi oldu-

kaldığı, bu durumun soruşturmanın etkinliğini kırdığı, hak arama hürriyetinin özünü zedelediği, maddi hakikate ve adalete ulaşılmasını da engellediği bilinmektedir”, Ersan Şen, “Facebook ve Twitter’ın Bilgi Verme Yükümlülüğü Var,” Haber 7, Kasım 14, 2015, <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersansen/1652212-facebook-ve-twitterin-bilgi-verme-yukumlulugu-var>.

⁸⁹ Şen, “Facebook.”

ğunu söyleyen sosyal ağ işletmeleri arasında 'eşitlik' ilkesi ihlal edilmektedir."⁹⁰ Bu nedenle yabancı menşeli sosyal ağ işletmelerinin Türkiye'de şube veya yetkili temsilcilik açma konusunda zorlanmaları, kanunların öngördüğü yükümlülükleri yerine getirmeleri demokratik hukuk devletinin gereğidir. Aksi halde, işlendiği iddia edilen suçlara karşı mağdurları çaresiz ve korumasız bırakan, faile ve bazı durumlarda somut delile ulaşamadığı için kovuşturmayaya yer olmadığına dair verilen kararlar ile delil yetersizliğinden verilen beraat kararlarının sorumluluğu Devlete yüklenecektir.

SONUÇ YERİNE

Almanya'da İnternet ortamındaki faaliyetleri, faaliyetleri yürüten aktörleri, bunların sorumluluklarını ve bunların yanında erişim engelleme konularını düzenleyen 01.03.2007 tarihli Telemedya Kanunu bulunmaktadır. Ancak sosyal ağlarda hukuka aykırı içeriklerin engellenmesinde bu Kanunun yetersiz kaldığının görülmesinden dolayı 01.09.2017 tarihinde Sosyal Ağ Kanunu yürürlüğe konulmuştur. Bu Kanunda öncelikle sosyal ağ kavramı tanımlanmıştır. Ancak bütün sosyal ağlar Kanun kapsamında yer almamış, bunlara istisnalar getirilmiştir. Bunlar gazetecilik veya yayıncılık faaliyetinde bulunan platformlar, bireysel iletişim kurmaya yarayan platformlar, spesifik bir içeriğin yayılmasını sağlayan platformlar ve Almanya'da iki milyonun altında kayıtlı üyesi bulunan platformlardır. Türkiye'de de benzer şekilde 5651 sayılı Kanun sosyal ağlarda hukuka aykırı içeriklerin engellenmesinde yetersiz kalmaktadır. Ülkemizde hiçbir kanunda sosyal ağ kavramı tanımlanmamıştır. Türkiye'de de Almanya'da olduğu gibi sadece sosyal ağları düzenleyen yeni bir kanun yapılması ya da 5651 sayılı Kanuna eklemeler yapılarak öncelikle sosyal ağ kavramının tanımlanması ve özellikle Türkiye'de temsilciliği bulunmayan sosyal ağları kapsayacak şekilde yeni kurallar öngörülmesi gerekmektedir.

Alman Sosyal Ağ Kanununda yer alan ikinci önemli konu, rapor hazırlama yükümlülüğüdür. Bu yükümlülük ile sosyal ağ işletmelerinin bir bakıma faaliyet alanlarına ilişkin aksayan yönleri ile eksikliklerinin ortaya çıkartılması sağlanmakta, böylece Alman Dev-

⁹⁰ Şen, "Facebook."

letine bu konuda bir bakıma bilgi aktararak, Devletin gerekli tedbirleri alması sağlanmaktadır. Hukukun olmadığı her alanda, kişi hak ve hürriyetlerinin özü ve kamu düzeni zedelenmektedir. Bugün için devletler bakımından İnternet ortamı böyle bir alanı oluşturmaktadır. Bu nedenle iç hukukta İnternet ortamının hukuki açıdan düzenlenmesi kaçınılmazdır. İşte hazırlan raporların bu tür düzenlemelerde yol gösterici olması beklenmektedir.

Sosyal Ağ Kanununda hukuka aykırı içeriklere karşı şeffaf ve etkili bir şikâyet sisteminin kurulması öngörülmüştür. Almanya'da, Türkiye'den farklı olarak şikâyet sistemi hukuka aykırı içeriklerin çıkartılmasında ya da engellenmesinde temel rol oynamaktadır. Türkiye'de ise hukuka aykırı içeriklerin çıkartılması ya da engellenmesi konusunda sulh ceza hâkimlikleri önemli role sahiptir. Almanya'da uygulanan şikâyet sistemi 5651 sayılı Kanunda yer alan "uyar-kaldır" sistemine benzemektedir. Bu sisteme göre, yargı yoluna gitmeden önce hakkı ihlal edilen kişi ya da kamu kurumları sosyal ağ işletmesine başvurarak, hukuka aykırı içeriğin çıkartılmasını ya da engellenmesini talep edebilmektedir. 5651 sayılı Kanun her ne kadar uyar-kaldır sisteminden bahsetse de, bu sistemin işletilebilmesi amacıyla sosyal ağ işletmelerine düşen yükümlülükler veya bu konuda alınması gereken tedbirlerden bahsetmemiştir. Uyar-kaldır sisteminin uygulanabilmesini sağlayacak bir ayrıntılı düzenlemeye ihtiyaç duyulmaktadır. Türkiye uygulamasında kullanıcılar hukuka aykırı içeriklere karşı doğrudan sulh ceza hâkimliklerine başvurumaktadırlar. Türkiye'de de uyar-kaldır sistemin nasıl işleyeceği konusunda ayrıntılı düzenleme yapılarak, önceliğin uyar-kaldır sistemine verilmesi, bu sistem sayesinde sorun giderilmez ise sonradan sulh ceza hâkimliklerine başvurulması gerekmektedir. Böylece mahkemelerin iş yükünün azaltılması da sağlanacaktır.

Sosyal ağlar ile ilgili yaşanan en önemli sorunlardan birisi de faaliyette buldukları ülkede tam olarak yetkili ve sorumlu temsilcilerinin olmamasıdır. Bu durum sosyal ağ platformlarında ortaya çıkan hukuka aykırılıklara karşı zamanında ve etkili müdahale edilmesini engellemektedir. Yalan haberler ya da sahte hesaplarla insanlar kışkırtılarak sokaklara dökülmekte, kolluk personeli ifşa edilerek hedef gösterilmekte ya da gene yalan haberlerle ticari iş-

letmeler zarara uğratılmaktadır. Bu tür içeriklerin yayılmadan çıkarılması ya da engellenmesi gerekmektedir. Yurt içinde atanan yetkili ve sorumlu temsilci ile bu tür içeriklere kısa sürede müdahale edilebilecektir. Almanya ve Türkiye’de bu zamana kadar edinilen tecrübeler, sosyal ağ işletmelerinin kendi ülkelerindeki merkezleri ile irtibata geçilerek hukuka aykırı içeriklerin çıkartılması ya da engellenmesinin etkili bir yol olmadığını göstermektedir. Sosyal ağ işletmeleri https protokolü kullandıkları için, hukuka aykırı içeriklere kendileri müdahale etmedikleri sürece faaliyette buldukları ülkelerden bir şey yapılamamaktadır. Ayrıca sosyal ağ platformlarında suç ve suçlunun ortaya çıkartılabilmesi için kolluk makamlarının ya da savcılıkların ihtiyaç duyduğu bilgileri yetkili temsilciden alabilme imkânı yeterli düzenlemenin bulunmaması halinde mümkün olamamaktadır. Platformlarda suç ve suçlunun ortaya çıkartılabilmesi için sosyal ağ işletmeleri bilgi vermediği durumlarda bir şey yapılamamaktadır. Bu durumu ortadan kaldırmak için Alman Sosyal Ağ Kanununda yer alan düzenlemeye benzer bir düzenlemenin 5651 sayılı Kanunda da yapılması günümüz koşullarında önemli bir zorunluluk teşkil etmektedir. Aksi durumda sosyal ağ platformlarında hakkı ihlal edilen mağdur gerçek ya da tüzel kişilerin hukuka olan güvenleri sarsılacaktır.

Sosyal Ağ Kanununda yer alan yükümlülükler yerine getirilmez ya da hukuka aykırı içerikler çıkartılmaz veya engellenmez ise sosyal ağ işletmelerine uygulanacak idari para cezalarına da anılan Kanunda ayrıca ve ayrıntılı olarak yer verilmiştir.

Türkiye’de de ifade özgürlüğü hakkını kısıtlamadan, sahte haberler, nefret söylemi ve hakaret ifadelerinin yer aldığı paylaşımlara karşı sosyal ağları düzenleyen bir kanuna ihtiyaç duyulmaktadır. Sosyal ağların Türkiye’de yürütülecek adli ve idari soruşturmaların selameti bakımından mutlaka bir irtibat kişisine sahip olması gerekmektedir. Ayrıca küresel teknoloji devleri hem bir taraftan Türkiye pazarına hükmedecek hem de bir sorun olduğu takdirde idari ya da yargı personeli ya da savcı sorunun çözülmesi için ABD’ye mektup göndermesi gerekecek. Bunun kabul edilebilir bir durum olarak görülmemesi gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Adelberg, Philipp Nikolaus. Rechtspflichten und -grenzen der Betreibersozialer Netzwerke. Wiesbaden: Springer, 2019.
- Dülger, Murat Volkan ve Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu. "Alman Sosyal Ağlarda Hukuk Uygulamasının İyileştirilmesi Hakkında Kanuna İlişkin Değerlendirme." Ceza Hukuku Dergisi 13, no. 37 (Ağustos 2018): 87-109.
- Eifert, Martin. "Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz Plattformregulierung." İç. Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation ed. Martin Eifert, Tobias Gostomzyk, 9-43. Baden: Nomos, 2018.
- Guggenberger, Nikolas. "Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz in der Anwendung." NJW (2017): 2577-2582.
- Henkoğlu, Türkay ve Bülent Yılmaz. "İnternet Erişim Özgürlüğünün Kısıtlanması: Türkiye Üzerine Bir Değerlendirme." Bilgi Dünyası 14, no. 2 (Ekim 2013): 215-239.
- Kalscheuer, Fiete ve Christian Hornung. "Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz–Einverfassungswidriger Schnellschuss." Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht 23 (2017): 1721-1725.
- Kent, Bülent. Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.
- Kontoğlu, Sena. "Alman Sosyal Ağ Kanunu." Türkiye Adalet Akademisi Küresel Bakış Çeviri Hukuk Dergisi 8, no. 24 (Haziran 2018): 143-150.
- Liesching, Marc. "Lösungsmodell regulierter Selbstregulierung – Zur Übertragbarkeit der JMStV Regelungen auf das NetzDG." İç. Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation ed. Martin Eifert, Tobias Gostomzyk, 135-152. Baden: Nomos, 2018.
- Lüdemann, Jörn. "Privatisierung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken?." İç. Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation ed. Martin Eifert, Tobias Gostomzyk, 153-168. Baden: Nomos, 2018.
- Martini, Mario. Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz. Berlin: Springer, 2019.

- Meixner, Frank ve Pia Figge. "Das deutsche Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Gesetzgeberische Motive, Aufbau und erste Erfahrungen." Notes du Cerfa 149 (2019).
- Mergel, Ines, Philipp S. Müller, Peter Parycek ve Sönke E. Schulz. Praxishandbuch Soziale Medien in der öffentlichen Verwaltung. Wiesbaden: Springer VS 2013.
- Müller-Terpitz, Ralf. "Soziale Netzwerke als Gegenstand des geltenden Rechts. Eine rechtssystematische Einordnung." İç. Netzwerkrecht, Die Zukunft des NetzDG und seine Folgen für die Netzwerkkommunikation ed. Martin Eiefert, Tobias Gostomzyk, 45-60. Baden: Nomos, 2018.
- Schwartzmann, Rolf. "Verantwortlichkeit Sozialer Netzwerke nach dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz." GRUR-Prax (2017): 317-319.
- Şen, Ersan. "Facebook ve Twitter'ın Bilgi Verme Yükümlülüğü Var." Haber 7. Kasım 14, 2015. <http://www.haber7.com/yazarlar/prof-dr-ersan-sen/1652212-facebook-ve-twitterin-bilgi-verme-yukumlulugu-var>.

ADLI BİLİŞİMDE ÖNCELİKLENDİRME (TRİYAJ) YÖNTEMİNİN CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ*

*Evaluation of the Triage Method in Digital Forensic in
Terms of Criminal Procedure*

Olgun DEĞİRMENCI**

Öz

Önceliklendirme yöntemi, veri saklama araçlarında ve veri saklama kapasitelerindeki artış karşısında, sayısal delile sınırlı zamanda ulaşabilmek amacıyla uygulanan bir yöntemdir. Temel olarak iki şekilde görülmektedir; olay yerinde önceliklendirme (live triyaj) ve laboratuvar ortamında önceliklendirme (post mortem triyaj). Olay yerinde önceliklendirme, olay yerinde adli bilişim uzmanı tarafından uygulanan bir yöntemdir. Laboratuvar ortamında önceliklendirme ise adli kopyanın bilirkişi tarafından incelenmesi esnasında kullanılmaktadır. Sayısal delillerde arama, kural olarak hâkim veya mah-

* Bu çalışma, 27 – 30 Ocak 2020 tarihlerinde Antalya’da düzenlenen 6’ncı Siber Suçlar Çalıştayı’nda sunulan tebliğin genişletilmiş şeklidir. Çalışma, Yazarın, Bilgi Toplumunun Delil Türü: Sayısal Delil ve Bilimselliği (*Terazi Hukuk Dergisi*, C.9, S. 97, (Eylül 2014), pp. 14 – 28) ve Yargılama Makamı İçin Şüphe, Müdafî İçin Savunma Nedeni: Adli Bilişimde Özet Değer (Hash Value) Kavramı ve Özet Değer Çakışmasının Ceza Muhakemesine Etkileri (*Terazi Hukuk Dergisi*, C. 13, S. 137, (Ocak 2018), pp. 120 – 126) makalelerinde yer alan görüşlerinin geliştirilmesi ile oluşturulmuştur.

** Doçent Doktor, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi, odegirmenci@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-0700-2549.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 30.05.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 16.06.2020.

keme kararı sonrasında yapılmaktadır. Dolayısıyla önceliklendirme yönteminin de, ceza muhakemesi açısından değerlendirilmesi ve yöntemin sonuçlarının incelenmesi gereklidir. Bu çalışmada her iki yöntem de, ceza muhakemesi açısından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Önceliklendirme, triyaj, adli arama, elkoyma, live triyaj, post mortem triyaj, ceza muhakemesi hukuku, sayısal delil.

Abstract

Triage method is a method applied to reach digital evidence in limited time in the face of the increase in data storage tools and data storage capacities. It is basically seen in two ways; live triage and post mortem triage. Live triage is a method applied by the forensic expert at the scene. Post mortem is used during the examination of the forensic copy by the expert. In digital evidence, the search is carried out, as a rule, after a judge or court order. Therefore, the triage method should also be evaluated in terms of criminal procedure and the results of the method should be examined. In this study, both methods were examined in terms of criminal procedure.

Keywords: Triage, search, seizure, live triage, post mortem triage, criminal procedure law, digital evidence.

GİRİŞ

Ceza muhakemesinin, “*müşahhas olayın normlar karşısındaki durumunun tespiti meselesi*”¹ şeklinde ele alınması, aslında somut olayın, ceza muhakemesinin belirleme alanının dışında olduğu izlenimi yarattığından dolayı amacı tam olarak ifade etmemektedir. Ceza muhakemesinde temel olarak iki olayın çözümlenmesi yapılmaktadır. Bunlardan ilki ve öncelikle çözümlenmesi gereken husus maddi olaydır ki, bu gerçek dünyada muhakemeye konu olayın nasıl gerçekleştiği hususunda, müştereken ancak yargılama makamında makul şüpheden arındırılmış vicdani kanaatin oluşturulması şeklinde ortaya konulur. İkinci olay ise nispeten çözümünü daha kolaydır ve

¹ Nurullah Kunter, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Sermet Matbaası, 1970), 33.

somut olayın, hukuk normları karşısındaki durumunun, yorum yoluyla ortaya konmasıdır.²

Maddi olayın çözümü aslında tüm bilimlerin faaliyet alanına girmektedir ki, herhangi bir bilimin başına “adli” (İngilizce forensic) kelimesi getirildiğinde, o bilim disiplini ceza muhakemesine konu maddi olayın çözümü bakımından kullanılabilir.³ Maddi olay, kronolojik olarak muhakemenin duruşma safhasından önce gerçekleştiğinden dolayı, o olaydan günümüze kalanlar ile olay hakkında karar vermemiz gereklidir. Geçmişte yaşanan olay ile ilgili günümüze devrolunan her şey delil kavramı altında incelenmektedir. Elimizdeki deliller ile adeta maddi olayı yeniden oluşturmakta, suçu yeniden yapılandırılmaktayız (crime reconstruction).⁴

Maddi olayın ne şekilde olduğunu anlamamızı sağlayan ve bazı özelliklere sahip olan her türlü araca delil denmektedir.⁵ CMK m. 217/1’de, hâkimin kararını ancak delile dayandırabileceği ifade edilmiş ve hâkimin hükmüne esas olabilecek delille ilgili özellikler vurgulanmıştır. Bu noktadan hareketle hâkimin vicdani kanaatinin ancak delile dayandırılabilirliği, delilsiz mahkûmiyetin olmayacağı,⁶ mutlak gerçeğe en yakın maddi gerçeğe ancak delil ile ulaşılabileceği ifade edilmektedir.⁷

² Sami Selçuk, “Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri,” *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2 (Ağustos 2013): 332; Cumhur Şahin, *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrulanlığı İlkesi)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2001), 19.

³ En bilinenlerinden adli tıp, adli fizik, adli kimya, adli muhasebe, adli teoloji, adli edebiyat vs. bu konuda bkz. Adli Bilimciler Derneği, *Nedir Bu Adli Bilimler/Kimdir Bu Adli Bilimciler* (Ankara: Adli Bilimciler Derneği, 2019).

⁴ Bu konuda bkz. W. Berry Chisum ve Brent E. Turvey, *Crime Reconstruction*, (Academic Press, 2007), XV.

⁵ Doğan Gedik, *Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanı İlkesi (In Dubio Pro Reo)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 11; Korumay Doğan, *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkusundan Sanık Yararlanı İlkesi “in dubio pro reo”* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 235; Mehmet Yayla, *Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 96.

⁶ Devrim Aydın, *Ceza Muhakemesinde Deliller* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2014), 38.

⁷ Mahmut Koca, “Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller,” *Ceza Hukuku Dergisi* 1, no. 2 (Aralık 2016): 207; Gedik, *Şüpheden Sanık Yararlanı*, 12.

Adli bilişim, kendi çalışma alanımızla sınırlı olarak muhakeme-ye konu maddi olayın ne şekilde cereyan ettiğini, sayısal delillerden istifade ile bilimsel esaslara uygun olarak ortaya koyan bir bilim dalı olarak karşımıza çıkmaktadır. Olay yerinden, mahkemenin hükmünü oluşturduğu duruşmaya kadar sayısal delilin bilimsel metodolojileri kullanarak taşınması, teknik ve uzmanlığı gerektirdiğinden dolayı savcılık veya mahkemenin anlayacağı şekilde teknik dilden arındırılarak sadeleştirilmesi gerekmektedir. Bu açıdan, adli bilişimde üzerinde kafa yorulan konulardan biri olan önceliklendirme yöntemini, ceza muhakemesi hukuku açısından incelenmesi, bu çalışmanın ana konusudur.

I. ADLİ BİLİŞİMDE TRİYAJ

1955 yılında *The Economist* dergisinde Cyril Notrhcote Parkinson tarafından yayımlanan ve daha sonra literatüre Parkinson Kanunu olarak geçen ilkeye göre; “çalışma, tamamlanması için uygun zamanı dolduracak şekilde genişler”⁸. Parkinson Kanunu’nun adli bilişime uygulanması sonucu Parsonage tarafından şu ilkeye ulaşılmıştır; “bilgisayar adli muayeneleri, adli bilişim incelemelerine konu cihazların boyutundaki artışla orantılı olarak genişlemekte ve böylece önemli bir birikmişlik sağlamaktadır”⁹.

Günümüzde adli bilişim alanında çalışanların tamamı tarafından ifade edilen inceleme zamanlarının artmasının temel sebepleri, sayısal verilerin depolandığı cihazların maliyetlerindeki düşüş ve bununla ters orantılı olarak cihazların veri saklama kapasitelerinin artması, veri taşıma araçlarının çeşitliliği, ağa her yerden ulaşılabilmesinin sonucu olarak verinin birden fazla yerde ancak kopya veri olarak tutulması, bilişim teknolojilerinin hayatı kolaylaştırmasının sonucu olarak toplumsal hayatın her noktasında gerek insan gerekse de makine kaynaklı veri kaydının sürekli yapılması olarak gösteri-

⁸ “Work expands so as to fill the time available for its completion”.

⁹ “computer forensic examinations expand in proportion to the increase in size of forensic units thus maintaining a significant backlog” Fabio Marturana ve Simone Tacconi, “A Machine Learning-based Triage Methodology for Automated Categorization of Digital Media,” *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 194.

lebilir. Bunun sonucu olarak da, adli bilişim incelemelerinde vaka başına düşen verinin miktarı da artmaktadır. Aşağıda yer alan tabloda, Amerikan Adalet Bakanlığının sorumluluğunda bulunan Bölgesel Adli Bilişim Laboratuvarlarının yıllık raporlarına göre vaka başına veri incelemelerindeki artış görülmektedir. 12 yıllık bir zaman diliminde vaka sayıları da artış göstermekle birlikte, vaka başına düşen incelenen veri kapasitelerinde 10 kat artış olmuştur.¹⁰

Yıl	İşlenen Veri (TB)	Dosya Sayısı	Ortalama Veri (GB)
2003	83	987	84
2005	457	2977	154
2010	3086	6564	470
2015	5276	6321	834

Önceliklendirme, özellikle tıp alanında uygulanmaya başlanmış ve sınırlı kaynakların etkinliklerinin azami seviyede kullanılması için geliştirilmiş bir süreçtir. Tıp alanında vaka ile karşılaşan görevlinin, yaranın ağırlığını ve tedavinin başarılı olma olasılığını değerlendirmesi durumunu içermektedir. Genel olarak kullanımını dikkate alarak sınırlı kaynakların, amaca ulaşılması bakımından kullanımında yapılan önceliklendirme olarak ifade edilebilir.¹¹ Bu süreci olay yerinde sayısal delilin elde edilmesinde, delili içeren veri taşıma araçlarına uygularsak, önceliklendirmenin şu şekilde yapılması gerekmektedir;

a. Yakın bir zamanda kaybolması olası olmayan, çok önemli delili içeren cihazlar,

b. Yakında kaybolma ihtimali bulunan, çok önemli delili içeren cihazlar ve

¹⁰ 2010 yılına kadar olan veriler bakımından bkz. Vassil Roussev ve Candice Quates, "Content Triage with Similarity Digests: The M57 Case Study", *Digital Investigation* 9, no. 5 (Ağustos 2012): S61; 2015 verisi için bkz. "RCFL Annual Report for Fiscal Year 2015," Regional Computer Forensics Laboratory, erişim tarihi Ocak 27, 2020, <https://www.rcfl.gov/file-repository/rcfl-annual-2015-160817-sc.pdf/view>.

¹¹ Andreas Moser ve Michael I. Cohen, "Hunting in the Enterprise: Forensic Triage and Incident Response," *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 89.

c. İlgili delili barındırmayan bundan dolayı adli bilişim sürecine dahil edilmemesi gerekli olan cihazlar.¹²

Adli bilişimde önceliklendirme, saklanma ve işlenme olanakları artan sayısal delillerin elde edilmesinde hızlilik sağlanması için geliştirilmesine ihtiyaç duyulan bir yöntemdir.¹³ Temel olarak adli bilişim sürecinin zaman alıcı bir süreç olmasına çözüm olarak sunulmakta ve bu sayede sayısal delilin elde edilmesi ve analizindeki sıkışıklık atlatılmaya çalışılmaktadır.¹⁴ Adli bilişimde sıkışıklık ise çoğunlukla, olay yerindeki sayısal delilin adli bilişim laboratuvarına intikal ettirilmesi ve söz konusu delilin derinlemesine analiz ile bulunup, rapor edilmesinde yaşanmaktadır.¹⁵ Söz konusu gecikmenin sadece adli bilişim açısından sakıncaları bulunmamaktadır. Nitekim söz konusu gecikme, yeterli delile dayanarak iddianameyi hazırlama yükümlülüğü altında bulunan Cumhuriyet savcılığı bakımından (CMK m. 170/2) soruşturmanın, delile dayanan vicdani kanaatini oluşturacak mahkeme bakımından ise hükmün geciktirilmesi anlamına gelecektir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin adil yargılanmayı düzenleyen 6'ncı maddesinin 1'nci fıkrasında açık bir şekilde ifade edilen makul sürede yargılanma hakkı, *"herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, aleni ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir."* şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu hak ulusal hukuk bakımından ise Anayasamızın 36'ncı maddesinde *"Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir."* şeklinde yer verilen adil yargılanma hakkına ilişkin anayasal düzenlemenin altında değerlendirilmektedir. Adil yargılanma hakkının bir görünümü olan makul sürede

¹² Moser ve Cohen, "Hunting," 89.

¹³ Stephen Pearson ve Richard Watson, *Digital Triage Forensics: Processing the Digital Crime Scene* (Syngress, 2010), 13.

¹⁴ Ben Hitchcock, Nhien-An Le-Khac ve Marc Scanlon, "Tiered Forensic Methodology Model for Digital Field Triage by Non-Digital Evidence Specialists," *Digital Investigation* 16, no. 5 (Mart 2016): S78.

¹⁵ Hitchcock, Le-Khac ve Scanlon, "Tiered," S78.

yargılanma hakkı ise Anayasamızın 141'inci maddesinin dördüncü fıkrasında “*Davaların en az giderle ve mümkün olan süratle sonuçlandırılması, yargının görevidir.*” şeklinde açıkça düzenlenmiştir.¹⁶

Adli bilişimde önceliklendirme iki şekilde karşımıza çıkmaktadır; hassas verinin elde edilmesi dâhil olmak üzere olay yerinde gerçekleştirilen (on-site) önceliklendirme (live triyaj) ve durağan halindeki veri üzerinde gerçekleştirilen önceliklendirme (post-mortem triyaj). Olay yerinde gerçekleştirilen önceliklendirme yönteminde temel amaç, arama kararında gösterilen süre içerisinde, olay yerinde bulunan olası sayısal veri kaynaklarından delilin hızlı bir şekilde elde edilmesidir. Durağan hâldeki veri üzerinde gerçekleştirilen önceliklendirme yöntemi ise laboratuvar ortamında gerçekleştirilen yöntemdir ve amacı ilgili delili ihtiva eden cihazlar arasında bir olasılık sıralaması yapmaktır.¹⁷

¹⁶ İsmail Şahin, “Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali,” *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 4, no. 2019/1 (Ocak 2019): 226; Ayrıca bkz. Serhat Kaşıkara, “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 84 (Eylül-Ekim 2009): 231ff.; Yar. CGK, E.2011/5.MD-137, K.2013/58, 19.02.2013: “...Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 6. maddesinin; “kişinin makul sürede yargılanma hakkı olduğuna” ilişkin normu da dikkate alındığında, temyiz davasında işin esasına girilerek dosyadaki tüm bilgi ve belgelerin incelenip değerlendirilmesinin esas olduğu kabul edilmelidir. Temyiz incelemesi sırasında kanun koyucu tarafından incelemeye konu suçlara ilişkin değişiklik yapılması durumunda, temyiz merciince sonradan yürürlüğe giren kanun nedeniyle lehe kanun hükümlerinin uygulanması yönünde mahkemesince değerlendirme yapılması gerektiği için işin esasına girilmeden bu yönde bozma yapılması mümkün ise de, yürürlüğe giren yeni kanunun açıkça lehe olduğunun anlaşıldığı durumlar dışında dosyanın temyiz merciince esastan incelenerek suçun oluşumu, sübutu ve uygulama denetlenip, önceki ve sonraki kanunlar bir bütün halinde değerlendirildikten sonra ortaya çıkan sonuçlar karşılaştırılmak suretiyle lehe kanunun belirlenmesi gerekmektedir. Önceki kanunun lehe olduğu belirlenip, ilk derece mahkemesi uygulamasının isabetli olduğunun anlaşılması durumunda hükmün onanmasına, sonradan yürürlüğe giren kanunun lehe olduğunun belirlenmesi durumunda ise hükmün bu yönden ve varsa diğer bozma nedenleri eklenmek suretiyle bozulmasına karar verilmelidir...”

¹⁷ Vacius Jusas, Darius Birvinskas ve Elvar Gahramanov, “Methods and Tools of Digital Triage in Forensic Context: Survey and Future Directions,” *Symmetry* 9, no. 4 (Nisan 2017): 1, <https://doi.org/10.3390/sym9040049>.

Adli bilişimde, incelenecek araçların veri saklama kapasitelerinde ve türlerindeki olağanüstü gelişimin sonucu olarak, inceleme kapsamı bakımından bir anlayış değişikliği olmuştur. 1990'ların başında, adli bilişim uzmanlarının eğitimlerinde "her bir bireysel dosya incelenmelidir" düsturu hâkimdi ve söz konusu düstur, dijital olay yeri inceleme uzmanları bakımından, fiziksel aramalardaki bir ilkenin "hepsini al, soruşturmacının çözmesini sağla" (take it all and let the investigator sort it out) uygulamaya dönüşmüş halini içermekteydi. Bununla birlikte, her bir bireysel dosyanın önemi olmasına karşın adli bilişimcinin, nereye ve ne için bakacağı noktasında tecrübesi üzerine inşa edilmiş yargılarını kullanması gerektiği ifade edilmektedir.¹⁸ Bu kapsamda, "inceleme için yeterlilik" ölçütü ile soruna çözüm bulunabileceği, bunun ise sadece soruşturma sorusunu cevaplayacak oranda incelemenin yapılması anlamına geldiğine de vurgu yapılmaktadır.¹⁹

Önceliklendirme yönteminin sadece teknik bir hızlandırma işlemi mi yoksa hukuksal süreçleri de kapsayan bir delil elde edilmesi yöntemi mi olduğu noktasında uluslararası literatürde farklı görüşler bulunmaktadır. Önceliklendirme yöntemi ile delil elde edilmesi süreci etkilendiğinden dolayı, hukuki normların da dikkate alınmasının gerekli olduğu ve söz konusu gerekliliğin yerine getirilmediği durumlarda, elde edilen delilin hukuka aykırı olacağını ifade eden görüşler vardır.²⁰ Bunun yanında süreci, teknik bir süreç olarak değerlendiren görüşler de bulunmaktadır.²¹

Adli bilişimde önceliklendirme yöntemi, sayısal delillerin elde edilmesinde kullanılan standartlardan, sayısal delillerin elde edilmesi sürecini konu edinen ISO/IEC 27037 standardı kapsamında ele alınmalıdır. Söz konusu standart sayısal delilin elde edilmesinde kullanılan yöntemlerin bilimsel olarak kabul edilebilir olması konusunda denet-

¹⁸ Mark M. Pollitt, "Triage: A Practical Solution or Admission of Failure," *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 88.

¹⁹ Pollitt, "Triage," 88.

²⁰ Jusas, Birvinskas ve Gahramanov, "Methods," 1.

²¹ David McClelland ve Fabio Marturana, "A Digital Forensics Triage Methodology based on Feature Manipulation Techniques," iç. 2014 *IEEE International Conference on Communications Workshops (ICC)* (Sydney: IEE, 2014), <https://doi.org/10.1109/ICCW.2014.6881277>.

lenebilirlik, tekrarlanabilirlik, tekrar üretilebilirlik ve savunulabilirlik ilkelerini göz önünde tutmaktadır.²² Önceliklendirme bakımından da, standart kapsamındaki ilkeler dikkate alınmalı, önceliklendirme metodunun uygulanması sonucunda elde edilen sayısal delilin, bilimsel yöntemle elde edildiği noktada şüphe bulunmamalıdır. Böyle bir şüphenin bulunması durumunda, veriyi sayısal delil haline getiren nitelikler de kaybolmuş olacaktır. Bu açıdan önceliklendirmenin genel olarak sadece teknik bir süreç olmadığını ifade etmeliyiz.

Uluslararası literatüre bakıldığında özellikle 2000'li yılların başından itibaren çeşitli önceliklendirme metodolojilerinin önerildiği, söz konusu metodolojilerin akademik dergilerde eleştirilere tabi tutulduğu görülmektedir. Önerilen söz konusu metodolojilerin çoğunlukla hızlı bir şekilde delil niteliğinde veriye ulaşılmasını sağlamayı veya büyük kapasitede veri yığını önceliklendirmek için gerekli bilgiye kısa sürede ulaşmayı amaçladığı görülmektedir. Bununla birlikte özellikle özel hayatın gizliliğinin ihlaline yönelik endişelerin göz önünde tutulmadığı anlaşılmaktadır.²³ Aşağıda tabloda en çok kabul gören adli bilişim metodolojisi safhaları ile "DTF" (Digital Triage Forensics) ve "CFFTPM" (Computer Forensics Field Triage Process Model) metodolojilerinin safhaları karşılaştırılacaktır.²⁴

Geleneksel Model	CFFTPM	DTF
Planlama (Planning)	Planlama	Planlama
Tanımlama (Identification)	<u>Triyaj</u>	Tanımlama
Toplama (Collection)	Tanımlama	Toplama
Muhafaza Etme (Preservation)	Toplama	Muhafaza Etme
İnceleme (Examination)	Muhafaza Etme	<u>Triyaj</u>
Analiz Etme (Analysis)	İnceleme	İnceleme
Raporlama (Report)	Analiz Etme	Analiz Etme
	Raporlama	Raporlama

²² Nursel Yalçın ve Berker Kılıç, "Digital Evidences According to ISO/IEC 27035-2, ISO/IEC 27037, ISO/IEC 27041, ISO/IEC 27042 and ISO/IEC 27043 Standarts," *SETSCI - Conference Proceedings* 4, no. 6 (Kasım 2019): 447.

²³ Ilyoung Hong, et al., "A New Triage Model Conforming to the Needs of Selective Search and Seizure of Electronic Evidence," *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 176.

²⁴ Pearson ve Watson, *Digital Triage Forensics*, 18.

II. SAYISAL DELİLİN ÖZELLİKLERİ

Ceza muhakemesinde, vakanın belli delillerle ispatının zorunlu olmaması şeklinde anlaşılacak olan delil serbestliği bizi doğal sonucu olan vakanın her türlü delille ispat edilebilirliğine götürmektedir.²⁵ Delil serbestisi, ceza muhakemesinde mahkemenin delilleri önceden konulmuş kayıtlara bağlı olmadan serbestçe değerlendirilmesini ifade eden delillerin değerlendirilmesi serbestisi ile de zorunlu bağlı bir ilkedir.²⁶ Ceza muhakemesindeki değeri bakımından sayısal deliller ile fiziksel deliller arasında bir ayırım yapılması mümkün değildir. Her iki delil türü bakımından ayırım çoğunlukla sayısal delillerin kendi doğasından kaynaklanmaktadır. Bundan hareketle sayısal delillerin özellikleri kapsamında önceliklendirme metodunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Sıklıkla ifade edildiği gibi, “nerede toplum varsa orada hukuk vardır” (Ubi societas ibi jus)²⁷ deyişinin, bilgi toplumuna dönüş ile beraber evrildiği ve “toplum nereye yoğunlaştıysa, hukuk da oraya yoğunlaşmalıdır” şekline dönüştüğü kanaatindeyiz. Toplumsal hayatta, bilişim sistemlerinin daha fazla kullanılır olması, toplumun oraya yoğunlaşmasına neden olmaktadır. Toplumun yarattığı bir olgu olan suç da, doğal olarak bilişim sistemlerine yoğunlaşmaktadır. Suçun ispatı için kullanılacak delillerin de, suçun yoğunlaştığı yerde aranması gerekliliğinden dolayı sayısallığa evrildiğini söyleyebiliriz. “Suç sayısallaşmaktadır”²⁸, ifadesi; suç ve delil sayısallaşmaktadır şekline kolaylıkla çevrilerek okunabilir.

Sayısal delil, sayısal ortamda tutulan, oluşturulan, depolanan, iletilen her türlü veridir. Sayısal delilin esası veri olmasıdır. Her veride olduğu gibi sayısal delil de temelinde 1 ve 0 şeklinde bitlerden

²⁵ Nur Centel ve Hamide Zafer, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017), 233.

²⁶ Veli Özer Özbek, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız, *Ceza Muhakemesi Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 78.

²⁷ Bkz. Ahmet Ulvi Türkbağ, “Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi,” *Sosyoloji Dergisi* 3, no. 16 (2008): 43 – 54.

²⁸ John E.D. Larkin, “Compelled Production of Encrypted Data,” *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 14, no. 2 (Kış 2012): 254.

oluşmaktadır.²⁹ Ancak söz konusu veriye, delil niteliği kazandıran ceza muhakemesine konu olan maddi olayla ilgisinin bulunmasıdır. Teknik açıdan sayısal delil, verinin durumu veya sayısal vaka hakkında bir hipotezi destekleyen veya çürüten her türlü veri olarak tanımlanmaktadır.³⁰

Sayısal delil; bilgisayar programları, bilgisayar ağları veya diğer elektronik cihazlarda bulunabilmektedir.³¹ Sayısal delil, bulunduğu ortamda çeşitli şekillerde varlık gösterebilir. Örneğin bir ticari işlemin belgesi olarak işlem sırasında oluşturulabilir. Bir belge olarak sayısal ortamda bulunabilir veya görsel/işitsel kayıt olarak uygun ortamda yer alabilir.³² Günümüzde toplumsal hayatın her alanındaki işlemlerin mutlaka bir sayısal yönünün olduğunu söyleyebiliriz. Bunlara; sağlık kayıtlarından, bina yapım projelerine, eczaneden aldığınız ilacın bilgilerinden, çocuğunuzun bakımını üstlenen gündüz bakımevindeki kayıtlara kadar çok geniş bir alan dâhildir.³³ Casey'in ifade ettiği gibi günümüzde hemen hemen her vaka, bir yönüyle elektronik posta bağlantılı çözülmektedir.³⁴ Sayısal delilin, sadece bilişim suçları ile ilgili olayların değil, hemen hemen her türlü olayın aydınlatılmasında kullanılır hale gelmesi

²⁹ Christina M. Schuck, "A Search for the Caselaw to Support the Computer Search 'Guidance' in United States v. Comprehensive Drug Testing," *Lewis & Clark Law Review* 16, no. 2 (2012): 749.

³⁰ Nikpi O. Ademu, Chris O. Imafidon ve David S. Preston, "A New Approach of Digital Forensic Model for Digital Forensic Investigation," *International Journal of Advanced Computer Science and Applications* 2, no. 12 (2011): 175; Benzer bir tanım için bkz. Eoghan Casey, *Digital Evidence and Computer Crime Second Edition* (ABD: Academic Press, 2004), 12.

³¹ Wayne Jekot, "Computer Forensics, Search Strategies, and the Particularity Requirement," *Pittsburgh University Journal of Technology Law and Policy* VII, (Spring 2007): 6.

³² Larry Daniel ve Lars Daniel, *Digital Forensics for Legal Professionals Understanding Digital Evidence From The Warrant To The Courtroom* (ABD: Syngress, 2012), 4.

³³ Daniel ve Daniel, *Digital Forensics*, 4.

³⁴ Yazar bu görüşü; "uğraştığımız hemen hemen her olay, dumanı tüten bir elektronik posta unsuruna sahiptir" şeklinde ifade etmektedir (Eoghan Casey, "Reconstruction Digital Evidence," iç. *Crime Reconstruction*, ed. W. Jerry Chisum ve Brent E. Turvey (Academic Press, 2006): 419-420).

de, öneminin gün geçtikçe artmasına neden olmaktadır. Sayısal delilin ceza muhakemesinde de önemi artmakta, ceza davalarının en önemli delillerinden biri olmaktadır.³⁵ Bazı davalarda, örneğin çocuk pornografisi eylemlerinde, olayı bir adım daha ileriye götürerek, sayısal delil haricinde bir delile ulaşmanın olanaksız olduğu da ifade edilmektedir.³⁶

Sayısal delil kavramı karşımıza öncelikle bilgisayar delili olarak çıkmıştır. Bu dönemlerde bilgisayar delilinden anlaşılan bilgisayarda yer alan bir dosyanın çıktısıdır. Ancak teknolojinin gelişimi ile beraber bilgisayar delili kavramının yerini sayısal delil almıştır. Kavramla ifade edilen de, artık sadece bir yazıcı çıktısı değil, insan veya sistem tarafından üretilip üretilmediğine bakılmaksızın bilişim sistemlerinde, depolama birimlerinde depolanan, işlenen, aktarılan tüm bilgiler olmuştur.³⁷

Sosyal medyanın (Twitter, Facebook ve MySpace vb.) gelişimi ile beraber, insanlar günlük faaliyetlerini, kişisel görüntülerini, düşüncelerini ve buldukları yerleri başkaları ile paylaşmaya başlamışlardır. Günlük faaliyetlerin paylaşılması ile gerçek hayat, sayısal olarak bilişim sistemlerine kaydedilmiş olmaktadır. Bunun yanı sıra "blogların" artması ile beraber insanlar bir gazeteci gibi düşüncelerini ve günlük olaylarla ilgili görüşlerini yazmakta, kendi yayın organlarını oluşturmaktadırlar.³⁸ Teknolojinin tüm bu çıktıları, toplumu ve toplumdan kaynaklanan suçu, dolayısıyla da suç delillerini fizikselden sayısal doğru hareketlendirmektedir.

Sayısal deliller birtakım özelliklere sahiptir. Öncelikle gözle görülemez ve gizli niteliktedir. Sayısal delillerin varlığının anlaşılabilmesi, analog veya fiziksel delillerden farklı olarak yardımcı alet veya teçhizat

³⁵ Susan Brenner tarafından internet günlüğünde ifade edilmiştir. Bkz. Susan Brenner, erişim tarihi Şubat 1, 2014, http://thinkexist.com/quotes/susan_brenner/.

³⁶ "Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Preparing Digital Evidence for Courtroom Presentation," The National Center for Forensic Science, erişim tarihi Eylül 10, 2011, http://www.ncfs.org/DE_courtroomdraft.pdf.

³⁷ Bradley Schatz, "Digital Evidence: Representation and Assurance" (Doktora tezi, Queensland University of Technology, 2007), 1.

³⁸ Daniel ve Daniel, *Digital Forensics*, 4.

ile mümkün olmaktadır.³⁹ Söz konusu teçhizat; donanım ve yazılımdan oluşmaktadır. Örneğin bir kelime işlemci dosyasında bulunan veriyi görebilmek, yazıcıdan çıktı almak veya ekran vasıtasıyla mümkün olabilecektir. Sayısal delillerin; bilgisayar çıktısı veya ekran çıktısı olması durumunda, söz konusu veri ile beraber saklanan verinin verisi olarak tanımlanan üst verileri (metadata)⁴⁰ görmek mümkün olmayacaktır.⁴¹ Bu bağlamda sayısal veriyi, insan için anlaşılabilir kılan her araç, söz konusu sayısal verinin ancak bir kısmı hakkında bize bilgi verebilir. Sayısal deliller hakkında oluşturulma, kopyalanma veya değiştirilme zamanları gibi birçok önemli bilgileri barındıran üst verilerin çıktılarda görülememesi⁴², delili değerlendiren makamlar bakımından büyük eksiklik olarak ortaya çıkmaktadır. Ancak belirtelim ki, sayısal delillerde, delil niteliğinde olan ekrandan veya yazıcıdan alınabilen çıktı değil, bizzat sayısal ortamdaki verinin kendisidir.⁴³ Dolayısıyla sayısal ortamdaki verinin kendisi olduğu için söz konusu veri hakkında bize bilgi veren üst veriler de sayısal delilin kapsamındadır.

³⁹ Mustafa Göksu, *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil (1086 sayılı HUMK ve 6100 sayılı HMK Çerçevesinde)* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2011), 30; Peter Sommer, "Downloads, Logs and Captures: Evidence from Cyberspace," *Journal of Financial Crime* 5, no. 2 (1997): 142.

⁴⁰ Üst veriler, bir belgenin tarihçesi gibidir. Belgeye yapılan her girdi, ilgili belgede kaydedilir (Adam K. Israel, "To Scrub or Not to Scrub: The Ethical Implications of Metadata and Electronic Data Creation, Exchange, and Discovery," *Alabama Law Review* 60, no. 2 (2009): 472-473).

⁴¹ J. Brian Beckham, "Production, Preservation, and Disclosure of Metadata," *The Columbia Science and Technology Law Review* VII, (Ocak 2006): 3; Philip J. Favro, "A New Frontier in Electronic Discovery: Preserving and Obtaining Metadata," *Boston University Journal of Science and Technology Law* 13, no. 1 (Kış 2007): 4; Melise R. Blakeslee, *Internet Crimes, Torts and Scams, Investigation and Remedies* (New York: Oxford University Press, 2010), 216.

⁴² Üst veriler; belgeyi hazırlayan kişiyi, belgenin hazırlandığı zamanı, belge üzerinde değişiklik yapan son on kişinin listesini, belgenin gözden geçirildiği zamanı, belge-deki değişiklikleri ve diğer bilgileri bize sağlayabilir (Favro, "A New Frontier," 7; Beckham, "Production," 2ff.). Bu belgelere bazı durumlarda ağ sunumcusunun ismi, belgenin sabit diskte kaydedildiği yer gibi ceza soruşturması bakımından önemli kabul edilen bilgiler de dâhildir (David Hricik, "The Transmission and Receipt of Invisible Confidential Information," Professor David Hricik, erişim tarihi Ocak 6, 2013, <http://www.hricik.com/eethics/Metadata1103.doc>).

⁴³ Göksu, *Hukuk Yargılamasında*, 30.

Sayısal deliller hassas bir yapıya sahiptirler. Delilin olay yerinden toplanmasında birtakım kurallara riayet edilmemesi delillerin kaybı ile sonuçlanabileceği gibi delillerin tahrifine de neden olabilecektir.⁴⁴

Sayısal delillerin tahrif edilebilmesi olanağı, delilin güvenilirliği sorununu da beraberinde getirmektedir. Avrupa Birliğine üye ülkelerde yapılan bir çalışma delillerin güvenilirliği konusunda yargıçlar arasında bir görüş birliği olmadığını ortaya çıkarmaktadır. Nitekim bazı yargıçlar nesnel ve kesin olduklarından dolayı elektronik delillerin daha güvenilir olduğu ve yargılamada kullanılması kanaatini taşımaktadırlar. Buna karşılık diğer bazı yargıçlar, elektronik delillerin sahihliğini doğrulamanın güçlüğünden hareketle klasik delillere göre daha fazla istismara açık ve daha az güvenilir olduğunu düşünmektedirler.⁴⁵

Sayısal delillerin anlam kazanabilmesi ancak bilişim sisteminin bir bütün olarak incelenmesi ile mümkündür. Sayısal delillerin, fiziksel delillerden farklı olarak bütünden ayrı olarak incelenmesi, sayısal delilin olayı temsil edici niteliğini ya yitirmesine neden olacak ya da büyük ölçüde kaybettirecektir. Sayısal delillerin doğrulanması, sistemin tamamen incelenmesi veya başka bir kaynaktan teyidi ile mümkündür. Örneğin bir elektronik postanın doğruluğunun, servis sağlayıcıları vasıtasıyla teyit edilmesi bu duruma örnek olarak verilebilir.⁴⁶

Sayısal deliller, bulunduğu ortamda olayla ilgili olmayan verilerle karışık bir halde bulunmaktadır. Bir disk sürücüde bulunan verilerden küçük bir kısmı ceza muhakemesine konu olayla ilgili olabilmektedir. Olayla ilgili olan sayısal verilerin bulunması, çıka-

⁴⁴ Osman Gazi Ünal, "Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma" (Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2011), 17; Ademu, Imafidon ve Preston, "New Approach," 175.

⁴⁵ Insa Fredesvinda, "The Admissibility of Electronic Evidence in Court (A.E.E.C.): Fighting Against High – Tech Crime – Results of a European Study," *Journal of Digital Forensic Practice* 1, no.4 (Haziran 2006): 29.

⁴⁶ Göksu, *Hukuk Yargılamasında*, 31.

rılması ve anlaşılabilir hale getirilmesi gereklidir.⁴⁷ Bu durum ise sayısal verileri, delil haline getirecek kişilerin, bu hususta uzmanlaşması ile mümkün olacaktır. Uzmanlaşmanın yanı sıra zaman faktörü de, sayısal verinin sayısal delil haline dönüştürülmesi sürecini etkileyen önemli faktörlerden birisidir. Sayısal delilin elde edilmesi ayrıca zaman alıcı bir faaliyet olarak karşımıza çıkmaktadır.

Fiziksel delillerin, delilin incelenmesi ile tükenme olanağı mevcuttur. Bununla birlikte sayısal deliller kolaylıkla birebir kopyalanabilmekte ve kopyası üzerinden geçmiş gibi işlem yapılabilmektedir. Uygulamada sayısal delillerin incelenme işlemi kopyaları üzerinden yapılmaktadır.⁴⁸

Sayısal deliller tahrife, fiziksel delillerden daha fazla açıktırlar.⁴⁹ Sayısal deliller, failer tarafından delillerin karartılması saikiyle tahrif edilebileceği gibi sayısal delilin toplanması sırasında sehven de tahrif edilebilirler.⁵⁰

Sayısal delillerin, fiziksel delillerden farklı olarak tamamen yok edilmesi ancak onu barındıran fiziksel ortamın geriye döndürülemez şekilde tahribi ile mümkündür.⁵¹ Bundan dolayı sayısal deliller, yok edildiği düşünülse de, adli bilişim uzmanları tarafından elde edilebilmektedir. Bir dosyanın silinmesi veya sabit disk sürücüsünün formatlanması durumunda bile sayısal delillerin kurtarılması mümkündür.⁵²

Sayısal veriler, çoğu zaman doğrudan delil niteliğine sahip değildirler. Ceza muhakemesine konu olan olay ile ilgisi olduğu halde, çoğu zaman fail, fiil veya mağdur ile aralarındaki ilişkiyi tam olarak yansıtmazlar. Örneğin elektronik posta ile işlenen hakaret suçunda, bilgisayarda bulunan kelime işlemci dosyası, hakaret içeren elektronik postanın öncelikle bilgisayarda taslak olarak hazırlandığı yö-

⁴⁷ Casey, *Computer Crime*, 15.

⁴⁸ Casey, *Computer Crime*, 15.

⁴⁹ Göksu, *Hukuk Yargılamasında*, 32.

⁵⁰ Casey, *Computer Crime*, 15; sayısal deliller, bilişim sisteminin içinde depolandığı sürece veya aktarım esnasında tahrif edilebilirler (Sommer, "Downloads," 142).

⁵¹ Göksu, *Hukuk Yargılamasında*, 32.

⁵² Casey, *Computer Crime*, 15.

nünde bir fikir verebilir. Ancak gerçekten bu dosyanın, şüpheli tarafından oluşturulduğunu göstermez. Bu durum, sayısal delillerin delil olma niteliklerini etkilemez, ancak bazen diğer delillerle de desteklenmesini gerektirebilir.⁵³

III. DELİLİN BİLİMSELLİĞİ AÇISINDAN TRİYAJ METODUNUN ELE ALINMASI

A. Genel Olarak

Yukarıda da ifade edildiği üzere delilin ve çalışma konumuz bakımından sayısal delilin, Ceza Muhakemesi Kanunu'nda açıkça yazılmayan ancak bir bilim dalı olarak hukukun doğasından çıkartılabilecek özelliklerinden birisi de bilimselliğidir. Sayısal delil, bilimsel yöntemlerle elde edilmiş olmalıdır. Bilimsel yöntemi, diğer bilgi elde etme yollarından ayıran, onu fark edilir ve kabul edilebilir kılan özelliği ise kullanmış olduğu yöntem bilim veya metodolojidir. Sayısal delilin elde edildiği metodolojinin doğru ve ilgili bilim topluluğu tarafından ortak kabul gören geçerli bir yöntem olması, delilin bilimselliği bakımından da şarttır.⁵⁴

Türk hukukunda ve özellikle mahkeme kararlarında yeterli ilgiyi bulamayan delilin bilimselliği, Yargıtay tarafından 1993 yılında verilen bir kararda dolaylı olarak yer bulmaktadır. Söz konusu kararda Yargıtay, ceza yargılamasının amacına vurgu yaptıktan sonra "akla uygun" olması özelliğine vurgu yapmak suretiyle delilin bilimselliğine işaret etmiştir.⁵⁵ Yakın tarihli bir kararında Yargıtay, her

⁵³ Yusuf Uzunay ve Mustafa Koçak, "Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller," Akademik Bilişim Konferansı Gaziantep, <https://ab.org.tr/ab05/tammetin/134.pdf>.

⁵⁴ Sait Gürbüz ve Faruk Şahin, *Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 23.

⁵⁵ "Ceza yargılamasının amacı hiçbir duraksamaya yer vermeden maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasıdır. Bu araştırmada, yani gerçeğe ulaşmada mantık yolunun izlenmesi gerekir. Gerçek; akla uygun ve realist, olayın bütünü veya bir parçasını temsil eden kanıtlardan veya kanıtların bütünü olarak değerlendirilmesinden ortaya çıkarılmalıdır. Yoksa bir takım varsayımlara dayanılarak sonuca ulaşılması, ceza yargılamasının amacına kesinlikle aykırıdır. Ceza Yargılamasında kuşkunun bulunduğu yerde, mahkûmiyet karardan söz edilemez. Bu ilke eorenseldir" (Yar. CGK, 6-79/108, 19.04.1993, Yargıtay Kararları Dergisi 19, no. 10 (Ekim 1993): 1564ff.)

ne kadar delilin elde edilmesindeki bilimsel kurallara gönderme yapmasa da, delilin takdirinde bilimsel kurallara uygunluğa işaret etmiştir.⁵⁶

Delilin bilimsel olabilmesi için bilimsel yöntemlere dayalı olarak elde edilmesi gereklidir. Bilimsel yöntem ise gözlem, nesnellik, eleştiriye açıklık, tekrarlanabilirlik ve yenileme gibi özelliklere sahip olmalıdır. Bu çalışma açısından özellikle arz eden husus olan “tekrarlanabilirlik”, bulgulara ulaşmada kullanılan yöntem ve yol haritasını ayrıntılarının raporlanması suretiyle, aynı yolu izleyen başka bir adli bilişimcinin de söz konusu delile ulaşabilmesi anlamına gelmektedir.⁵⁷

B. Delilin Bilimselliği

Delilin bilimselliği konusunda özellikle Amerikan Hukukunda yargı kararları ile çeşitli ölçütler ortaya konulmuştur.⁵⁸ Amerikan

⁵⁶ “Ceza muhakemesi hukuku açısından serbest delil ve vicdani ispat sistemi geçerlidir. Genel bir ifadeyle delillerin elde edilmesi ve değerlendirilmesi serbestliğini ifade eden bu sistem, eylemi yargılayan hakimlerin hukuka uygun şekilde elde edilen her türlü delili kullanarak ispata ulaşmasını, sanığın aleyhine olduğu gibi lehe delilleri de araştırıp değerlendirerek, kuşkudan arınmış bir sonuca ulaşması gerekir. Delil takdirindeki serbesti, keyfilik olarak algılanmamalı, akla, mantığa ve bilimsel kurallara aykırı olarak değerlendirilmemelidir” (Yar. 16. CD, E.2018/4, K.2018/1470, 16.04.2018). Karar ve değerlendirme için bkz. Doğan Gedik, “Ceza Muhakemesinde Hakim Delilleri Değerlendirme Serbestisi (CMK m. 217),” *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan’a Armağan (2019): 921.

⁵⁷ Gürbüz ve Şahin, *Araştırma Yöntemleri*, 29-30.

⁵⁸ Bilimsel delille ilgili tartışmalar birçok ülkede yapılmıştır ve yapılmaktadır. *Daubert* kararına benzer bir tartışma Büyük Britanya’da *Sally Clark* davasında yapılmıştır. Bu konuda detaylı bilgi için bkz. Erica Beecher-Monas, *Evaluating Scientific Evidence, An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process* (New York: Cambridge University Press, 2007), 2ff.; Bilimsel deliller konusunda içtihatlarının zenginliği ile Amerikan hukuku muhakkak incelemenin merkezi olmalıdır. Bununla birlikte bilimsel delil konusuna Amerikan hukukunun yaklaşımı belirlenirken, Amerikan yargılama sisteminin özellikleri de göz önünde tutulmalıdır. Amerikan yargılama sisteminde, yargıcın bilimsel deliller konusuna yaklaşımı aynı zamanda jüri üyelerinin, bilimsel testlerin sonucu olan delillerden aşırı derecede etkilenip yanlış karar vermelerini de önlemeyi amaçlamaktadır (Frank T. Read, “Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış,” iç. *Ceza Hukuku Reformu*, çev. Akademi Tercüme (İstanbul: Umut Vakfı, 2001), 171ff.

mahkemeleri, delilin bilimselliğinin tespiti noktasında 1923 yılındaki *Frye v. United States* kararına istinaden “genel kabul” (general acceptance) ölçütünü 1993 yılına kadar uygulamıştır. Söz konusu karara göre, delilin elde edilmesi için uygulanan standart, bilim topluluğu arasında **genel kabul gören** bir uygulama olmalıdır.⁵⁹ *Frye* kararında yer alan genel kabul ölçütü çok sınırlayıcı bir ölçüttü. Nitekim yargılamayı yapan yargıç, bilimsel test sonuçlarının bilimsel topluluğun kabulünü içermediği sürece bilimsel kanıtları yargılama dışında tutabiliyor ve jürinin bilimsel kanıtlara ulaşmasını engelliyebiliyordu.⁶⁰

Genel kabul ölçütü bazı Amerikan eyalet mahkemelerinde hâlihazırda kabul gören bir ölçüt olmasına karşın, Amerikan Yüksek Mahkemesinin 1993 yılındaki *William Daubert v. Merrell Dow Pharmacueticals* kararı ile genel kabul ölçütünün, Federal Delil Kurallarına göre bir delilin kabulü için gerekli şartlardan tümünü içermediği kararlaştırılmıştır. Yüksek Mahkeme, bilimsel delilin güvenilirliği hususunda belirleme yetkisinin yargıca ait olduğunu ve yargıcın adeta bir kapı denetçisi (gatekeeper)⁶¹ gibi delilin kabul edilirliliği öncesindeki denetimi yapacağını ifade etmiştir.⁶²

⁵⁹ Christopher V Marsico, “Computer Forensic v. Daubert: The Coming Conflict,” Purdue University School of Tehnology, erişim tarihi Ekim 3, 2013, https://www.cerias.purdue.edu/assets/pdf/bibtex_archive/2005-17.pdf; Ayrıca bkz. Beecher-Monas, *Evaluating Scientific, 8ff.*; George J. Annas, “Scientific Evidence in the Courtroom – The Death of the Frye Rule,” *Legal Issues in Medicine* 330, no. 14, (April 1994): 1018 – 1021; Paul A. Rodrigues, “Toward a New Standard for the Admission of Expert Evidence in Illinois: A Critique of the Frey General Acceptance Test and an Argument for the Adoption of Daubert,” *Southern Illinois University Law Journal* 34, no. 2 (Kış 2010): 289 -312; Brian W. Burke, “The Admissibility of Novel Scientific Evidence in New York State: Has New York Been Left Out to Frye?,” *Pace Law Review* 15, no. 2 (Kış 1995): 539 – 574; Garj J. Van Domelen, “The Admissibility of Novel Scientific Evidence: The Current State of the Frye Test in Wisconsin,” *Marquette Law Review* 69, no. 1 (Güz 1985): 116 – 142; Andre A. Moessens, “Admissibility of Scientific Evidence – An Alternative to the Frye Rule,” *William & Mary Law Review* 24, no. 4 (1984): 545 – 575.

⁶⁰ Read, “Bilimsel Delillerin,” 172.

⁶¹ Daubert kararında Amerikan Yüksek Mahkemesi, federal yargıçların, özellikle bilirkişi tanıkların ifadelerinin bilimsel olarak değerlendirmesini yaparak, ifadenin

Amerikan sisteminde “*Daubert Duruşması*” denilen ve yargılama öncesinde yapılan duruşmada delilin bilimsel açıdan kabul edilebilirliği kararı verilmektedir. Söz konusu duruşmada, muhakemenin tarafları, kabul edilmesini istediği delilin dayandığı bilimsel esasların geçerli olduğunu ispat etme şansına kavuşmaktadırlar. Delilin bilimselliğinin kabul edilebilmesi için dört ölçütü karşılaması gereklidir. Bu ölçütler;

- Delilin elde edilmesi için kullanılan teori veya teknik, güvenilir biçimde test edildi mi?
- Söz konusu teori veya teknik daha önceden bir ön inceleme-ye tabi tutuldu mu?
- Söz konusu teori veya tekniğin bilinen veya olası hata oranları nedir?
- Söz konusu teori veya teknik, ilgili bilimsel toplulukta genel kabul gören bir standart mıdır?⁶³

Daubert ölçütleri incelendiğinde, adli bilişimin, adli olaylarda kullanılacak bilimsel bir disiplin olması için diğer bilimsel disiplinler için geçerli olan standartları karşılaması gerektiği açık olarak ortaya çıkmaktadır. Bu standartlara ise *Daubert* ölçütleri çerçevesinde formel test edilebilir teoriler, önceden gözden geçirilmiş metodoloji ve araçlar, tekrar edilebilir ampirik çalışmalar dahildir. Bilim disiplini olarak adli bilişimin ve adli bilişimci tarafından kullanı-

altındaki mantığın ve metodolojisinin test edilmesi görevinin bulunduğunu belirtmiştir. Söz konusu karar, Amerikan öğretisinde federal yargıçların, belirtilen değerlendirmeyi yapacak kadar bilimsel alt yapılarının bulunmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Bu konuda bkz. Angelo N. Ancheta, *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law* (ABD: Rutgers University Press, 2006), 11.

⁶² Marsico, “Computer Forensic,” 7.

⁶³ Marsico, “Computer Forensic,” 7; Andrew McQuilkin, “Sleeping Gate – Keepers: Challenging The Admissibility of Cell Phone Forensic Evidence Under *Daubert*,” *Journal of High Technology Law* XI, no. 2, (2011): 365; Schatz, “Digital Evidence,” 4; Derek Bem et al., “Computer Forensics – Past, Present and Future,” *Journal of Information Science and Technology* 5, no. 3 (2008): 49; Marcus K. Rogers ve Kate Seigfried, “The Future of Computer Forensics: A Needs Analysis Survey,” *Computers & Security*, 23, no. 1 (Şubat 2004): 13.

lan tekniklerin, *Daubert* ölçütlerini sağlaması zor görüldüğü genel olarak ifade edilmektedir.⁶⁴ Günümüzde adli bilişimin, bilimsel bir disiplin olma yolculuğunda henüz yol ayrımında olduğu belirtilmektedir.⁶⁵ Bu bakımdan *Daubert* ölçütlerinin, adli bilişim disiplini açısından incelenmesinin gerekliliği ortaya çıkmaktadır.

C. Adli Bilişimde Önceliklendirme Yönteminin Delilin Bilimselliği Kapsamında Değerlendirilmesi

Adli bilişimde önceliklendirme yöntemine ilişkin olarak literatür incelendiğinde, çok sayıda metodolojinin ele alındığı görülmektedir. Bu metodolojiler, sayısal delilin bilimsel yöntemlerle elde edilmesinin kabulü halinde, geçerli bir delile ulaşabilmek için genel kabul görebilirler. Sayısal delilin elde edilmesi için kullanılan teori ve teknik daha önceden, alanında çalışan bilim insanları tarafından ön incelemeye tabi tutulmalıdır. Bu ön inceleme, söz konusu teori veya tekniğin alan uzmanları tarafından bilimsel çalışmalar ve hakemli dergilerde yayınlanan çalışmalarla teori ve tekniklerin esaslarının incelenmesi, eleştiriye tabi tutulması, teori veya tekniğin yeterliliklerinin sergilenmesi gibi hususları içermektedir.

Ön inceleme (peer review) koşulu, *Frye* kararında yer alan genel kabul ölçütünü sağlamak için gerekli bir koşuldur. Bu koşul, adli bilişimde kullanılan metot ve araçların kamu ve özel sektörde çalışan uzmanlar tarafından bilinir olmasını gerektirmektedir. Bu alanda, söz konusu metot ve araçların kullanılabilirliği ve uygulaması ile ilgili bilimsel yayınların fazlalığı, akademik kurumlar tarafından ele alınabilirliği ön inceleme koşulu için gereklidir.⁶⁶

Bilişim sistemlerinde veri arama konusunda, elde edilen delilin bilimselliği özellikle taşınabilir telefonlardan elde edilen deliller bakımından Amerikan hukukunda tartışmalıdır. Taşınabilir telefon

⁶⁴ Bem et al., "Computer Forensics," 49; Matthew Meyers ve Marc Rogers, "Computer Forensics: The Need for Standardization and Certification," *International Journal of Digital Evidence* 3, no.2 (2004).

⁶⁵ Marcus Rogers, "Computer Forensic: Science or Fad," *Security Wire Digest* 5, no. 55, (Temmuz 2005).

⁶⁶ Marsico, "Computer Forensic," 10-11.

teknolojilerinin hızla gelişmesi, taşınabilir telefonlardan veri elde edilmesi için kullanılan araçların test edilememesine neden olmaktadır. Taşınabilir telefonda elde edilen verinin, tam ve doğru olduğunu test edebilmek için bağımsız kişilerce uygulanan tekniğin doğrulanması gereklidir. Nitekim *People v. Young* kararında⁶⁷, “bilimsel gelenek, yeni usullerin bağımsız taraflarca doğrulanmasını beklemektedir. Diğer bilim insanları testleri tekrarlayıp, analiz ettiğinde, önyargılı rapor vermenin tehlikelerini bertaraf ederler.” demek suretiyle bağımsız bilim insanları tarafından uygulanan usulün testinin yapılmasının önemine işaret edilmiştir.⁶⁸

IV. TÜRK CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU BAKIMINDAN DEĞERLENDİRME

A. Yerinde Arama Bakımından Önceliklendirme (CMK m. 134/1)

Önceliklendirme metodunun, sadece teknik bir süreç olmadığını aynı zamanda hukuki gerekliliklerin de yerine getirilmesi gereken bir yapısı bulunduğunu ifade ettik. Bu bağlamda önceliklendirme metodu, delilin bilimselliği ve temsil ediciliği ile doğrudan ilgili bir süreç olarak karşımıza çıkmaktadır. Bundan dolayı özellikle 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu’nun ilgili hükümlerini de göz önünde bulundurarak önceliklendirme metodunu, özellikle delilin elde edilmesi ve değerlendirilmesi bakımından incelemeye çalışacağız.

Literatürde *live triyaj* olarak isimlendirilen süreç bir arama kararına bağlı olarak olay yerinde sayısal delilin elde edilmesindeki önceliklendirme değildir. Bu aslında olay yerinde arama (on-site) denilen ve CMK’nın 134’üncü maddesinin 1’nci fıkrası kapsamında bir durumdur. CMK 134/1 gereğince maddede gösterilen koşulların varlığı halinde önceliklendirme bakımından olay yeri inceleme, CMK m. 134 uygulaması bakımından CMK m. 119’a uygun olarak alınan arama kararı üzerine gerçekleştirilecektir. Söz konusu arama kararı, ülkemizde adli kolluk tarafından yerine getirilmektedir ve neticesi itibarıyla bir bilirkişilik işlevidir.

⁶⁷ 391 N.W.2d 370, 1986.

⁶⁸ McQuilkin, “Sleeping Gate,” 383.

Nitekim CMK m. 63/1'e göre çözümü uzmanlığı, özel veya teknik bilgiyi gerektiren hallerde bilirkişi görevlendirilmesi yapılabilmektedir. Bu kapsamda soruşturma aşamasında arama kararını talep eden Cumhuriyet savcısı, kovuşturma aşamasında ise mahkeme bazı durumlarda suçun sübutu bakımından ihtiyaç duyacağı delilleri kendi elde etme olanağına sahip olmayabilir veya bunları değerlendirme kabiliyeti bulunmayabilir. Bu durumda bilirkişiden yararlanabilir. Dolayısıyla savcılık veya mahkeme, olay yerinde sayısal delile kendi ulaşabilecek imkânı olmadığı için sayısal delilin ortaya çıkartılması için bilirkişiden yararlanır. Olay yerinden sayısal delilin elde edilmesi durumunda, bilirkişinin bu konudaki raporu delil değil, delili elde etme aracıdır.⁶⁹

Bu aşamada önceliklendirme işlemi kanaatimizce teknik alanda değil, hukuki alanda başlamaktadır. Nitekim arama kararının CMK m. 119'a göre alınması esnasında arama kararına konu olan eşyanın da gösterilmesi gereklidir. CMK m. 134'ün özel bir arama normu olduğu göz önüne alınırsa, öğretide belirlilik ilkesi olarak da isimlendirilen ilkeye riayet edilmesi gerektiği açıkça anlaşılacaktır. Bu ilke, tedbirin sınırlarının belirli olmasını, neyin aranacağını, hangi zaman süresince ve nerede aranacağını, hem aramaya maruz kalan kişiler hem de arama işlemini yerine getirecek kolluk görevlileri bakımından, herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılabilir ve uygulanabilir olmasını ifade eder.⁷⁰

Bu kapsamda mahkeme veya savcılık, hangi sayısal delilin hangi veri taşıma aracında olduğunu, soruşturma veya kovuşturmanın verdiği bilgiler ışığında tayin ederek önceliklendirmeyi kararında göstermesi gerekir. Bununla birlikte uygulamada buna çok dikkat edilmediği, arama kararlarında belirlilik ilkesi gözetilmediği ve adeta bir keşif araması haline geldiği görülmektedir. Bu durum da, adli kolluğun işini zorlaştırmaktadır.

⁶⁹ Bu konuda bkz. Ali Kemal Yıldız, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik," *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi X*, no. 3-4, (2006): 278; Handan Yokuş Sevük, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik," *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası LXIV*, no. 1 (2006); Burcu Dönmez, "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı," *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 9*, no. Özel Sayı (2007).

⁷⁰ Hakan Serdar Çöpoğlu, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi," *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2019/1 (2019).

CMK'nın 134'üncü maddesinin 1'nci fıkrasında yer alan şüphe düzeyi (somut delillere dayanan kuvvetli şüphe), kanaatimizce iki duruma işaret etmektedir. Öncelikle suçun işlendiği noktada kuvvetli şüphe bulunmalıdır ki, bu aslında arama kararı verilmesinin koşuludur. Suçun işlendiği noktadaki kuvvetli şüphenin, doğrudan önceliklendirme yönteminin uygulanması ile bağı bulunmamaktadır. Şüphe düzeyinin işaret ettiği ikinci husus ise delilin, arama kararı verilen bilişim sisteminde bulunduğuna yönelik kuvvetli şüphedir. Bu gereklilik bilişim sistemlerinde yer alan verilerin, çoğu zaman özel hayatla ilgili olmasından dolayı da, delilin bulunmadığı bilişim sisteminde arama yapılmasını önleyecek ve özel hayat alana müdahaleyi orantılı kılacaktır. Yürütülen etkin bir soruşturma ile soruşturma konusu olay ile ilgili verinin bulunduğu yer kuvvetli şüphe düzeyinde belirlenecek ve arama kararı ilgili bilişim sistemine yönelik olarak alınacaktır.

İkinci önceliklendirme ise olay yerinde aramayı gerçekleştirecek adli bilişim uzmanı tarafından yapılacaktır. Adli bilişim uzmanı olay yerinde, arama kararına uygun olarak, arama kararında yer alan sayısal delilin hangi veri taşıma aracında bulunduğunu belirleyerek, ilgili veri taşıma aracında arama yapacaktır. Kanaatimizce bu aşamada önceliklendirme yöntemi, delilin sıhhati ile ilgili şüpheler de yaratabilecektir. Bu bakımdan dikkatli uygulanması gereklidir.

B. Off-Site Arama Bakımından Önceliklendirme (CMK m. 134/2)

Post-mortem triyaj olarak da literatürde belirtilen ancak kanaatimizce bir elkoyma türü olan laboratuvar aramasında (off-site aramada), sayısal delili içermesi olasılığı bulunan veri taşıyıcıları, CMK m. 134/2'de yer alan şartların oluşması durumunda elkoyma yapılarak adli emanete alınacaktır. Elkoymaya CMK m. 134/2'de yer alan üç durumda başvurulabilir. Özellikle 7145 sayılı Kanun ile madde metnine eklenen "*işlemin uzun sürecek olması*" durumu, triyaj bakımından özel önem arz etmektedir.⁷¹ Arama kararını icra edecek kol-

⁷¹ Bu konuda bkz. Olgun Değirmenci, "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (cmk m. 134), 7145 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi," *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 146, (Kasım 2018).

luk, olay yerinde bulunan bilişim sistemlerinin kopyalanması işleminin uzun süreceği kanaatine ulaşması durumunda, arama kararında da bu hususa müsaade edilmesi koşuluyla elkoyma yapabilecektir. Aşağıda tek parça veri taşıma araçlarında, doğrulama özelliği kullanılmadan adli kopyalama işleminin ortalama ne kadar sürdüğü verilmiştir.

Disk Boyutu	Kopyalama Süresi	Disk Boyutu	Kopyalama Süresi
80 GB	15 dk.	1 TB	2 saat
160 GB	30 dk.	4 TB	8 saat
320 GB	45 dk.	8 TB	16 saat
500 GB	1 saat	12 TB	24 saat

CMK m. 134/2'ye göre, fıkrada yer alan şartların gerçekleşmesi durumunda inceleme için elkonulan veri taşıma araçları, CMK m. 123 gereğince ispat aracı olarak yararlı görülen eşya niteliğindedir. Bu eşyaya, CMK m. 134/2 uyarınca elkonulmasından sonra Suç Eşyası Yönetmeliğinin 5'nci maddesi gereğince eşya adli emanete verilecektir.

İspat bakımından yararlı görülen ancak olay yerinde incelemesi yapılamadığı için elkonulan eşyanın mühür altına alınması gereklidir. İleride mührün kaldırılması ve eşyanın incelenmesine karar verildiği takdirde, bu işlemin yapılmasında hazır bulunmak üzere eşyanın sahibi veya müdafii/vekilinin de çağrılması gereklidir.

Adli emanette bulunan eşyanın incelenmesi ve eşyadan sayısal delilin elde edilmesi gereklidir. Bu işlem de bir bilirkişi incelemesidir. İnceleme için veri taşıma araçlarının tevdi edildiği bilirkişi, adli emanetten Suç Eşyası Yönetmeliğinin 11'nci maddesi uyarınca veri taşıma araçlarını alacaktır.

Daha sonra söz konusu veri taşıma araçları üzerinde inceleme yapılacaktır. Bilirkişi öncelikle veri taşıma araçlarının adli kopyalarını alacak ve adli kopyalar üzerinde çalışacaktır. Bu aşamada önceliklendirme yöntemi kullanılabilir ve adli kopya üzerinde çalışıldığı için metodolojide bilimsel bir eksiklik olmadığı sürece delilin sahliliği sağlanmış olacaktır.

C. Elkonulan Veri Taşıma Araçlarının İadesi

Elkonulan eşyanın muhafazasına gerek kalmaması durumunda iadesi gereklidir. Bu çalışma bakımından eşyaya ihtiyaç kalmaması durumu veri taşıma aracından sayısal delilin elde edilmesi anlamına gelmektedir. Bu aşamada post-mortem önceliklendirme yöntemi eşyanın kısa sürede iade edilmesini sağlayacaktır.

Post-mortem önceliklendirme bakımından ise sayısal delili ihtiva eden araçlara elkoyma süresinin uzaması durumunda mülkiyet hakkının ihlali söz konusu olabilecektir.⁷² Benzer şekilde AİHM’de Smirnov v. Rusya kararında (Application No: 71362/01, 07.06.2007), sayısal delilin elde edilmesi için başvuruçunun bilgisayarına el konulduğu ve 6 yıllık bir süre içerisinde bilgisayarının iade edilmediği durumda, AİHS’nin 1’nci Protokolünde düzenlenen “mülkiyet hakkının” ihlal edildiğini ifade etmiştir.⁷³

CMK’nın 134/2’nci fıkrasında düzenlenen teknik anlamda “off-site arama”, hukuki anlamda ise elkoyma terimleri ile ifade edilen durumda, sayısal delili ihtiva ettiği için elkonulan veri taşıyıcısının, makul süre içerisinde iadesi gereklidir. Elkoyma koruma tedbirinde, söz konusu tedbir ile ulaşılmak istenen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmeyeceğinin anlaşılması halinde, eşyanın üzerinde hukuki hakka sahip olan kimselere iadesi gereklidir.⁷⁴ Dolayısıyla elkonulan veri taşıyıcısından delilin elde edilmesi veya veri taşıyıcısında elde edilecek bir delilin bulunmaması durumunda, veri taşıyıcısının iadesi gereklidir. Önceliklendirme yönteminin, durağan verilerde

⁷² “70. Sonuç olarak ceza soruşturması sırasında el konulan uyumsuzluk konusu eşyaların herhangi bir idari makam veya yargısal merci tarafından ‘mülkiyetin kamuya geçirilmesine’ veya ‘müsadere edilmesine’ yönelik bir karar verilmediği halde ve herhangi bir yasal dayanak da gösterilmeden iade edilmeyerek Gümrük Müdürlüğünde muhafaza edilmesi suretiyle yapılan başvuruya konu müdahalenin Anayasa’nın 13. ve 35. maddelerinde öngörülen güvence ölçütlerinden kanunilik şartını sağlamadığı anlaşılmaktadır.” AYM Özgür Güleç Bireysel Başvuru Kararı, BN.2014/1150, 31.2.2017.

⁷³ Kararın İngilizce metni için bkz. “Smirnov v. Russia,” HUDOC, erişim tarihi Ocak 27, 2020, <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-80953%22%5D%7D>.

⁷⁴ Ragıp Şahin, *Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020), 245.

arama bakımından da fayda sağlayacağı ve mülkiyet hakkının ihlalinin önleyeceği ifade edilebilir.

SONUÇ

Bu çalışmada adli bilişimde önceliklendirme yöntemi ele alınmış ve hukuki süreçte dikkat edilmesi gereken hususlara vurgu yapılmıştır. Çalışmamızı CMK m. 134 ile sınırlamış bulunmaktayız. Bu bakımdan akış halindeki verilerde önceliklendirme yöntemi çalışma kapsamında incelenmemiştir. Ayrıca çalışmayı bilişim sistemindeki durağan veriler ile sınırladık ve sosyal medya araçlarının incelenmesine değinmedik.

Makalemiz bakımından önceliklendirmeyi; olay yerinde önceliklendirme (on-site triage) ve laboratuvar ortamında önceliklendirme (off-site triage) olarak ayırdıktan sonra sistemin delilin bilimselliği ve sahilliği üzerine etkilerini tartıştık. Olay yerinde önceliklendirme, çalışmamızda vardığımız sonuç bakımından sadece teknik bir karar değildir. CMK m. 119 gereğince soruşturma evresinde, soruşturma dosyasında mevcut delillere göre bilişim sistemlerinde arama kararı talep eden Cumhuriyet savcılığı, bu evredeki önceliklendirmenin bir parçası olarak karşımıza çıkmaktadır. Nitekim CMK m. 119/2-b gereğince aranılan eşyanın (bilişim sistemlerinde arama bakımından maddi olayı temsil eden verilerin) gösterilmesi gerekir ki, bu aslında olay yerinde neyin aranacağına ilişkin bir önceliklendirme değildir. Bu karara istinaden adli bilişim uzmanının olay yerinde yaptığı önceliklendirme de, soruşturma evresinde yapılan ikinci önceliklendirme uygulamasıdır. Olay yerinin görülmesinden önce, bu önceliklendirmenin yapılması çok zor olacaktır.

Laboratuvar ortamında önceliklendirme ise CMK m. 134/2'deki şartların varlığı halinde maddi olayla ilgili veriyi içeren bilişim araçlarına elkonulması durumunda, bilirkişi incelemesi sırasında yapılacaktır. Burada, olay yerinde önceliklendirme uygulaması gibi zaman baskısı olmamasına rağmen, bilirkişi incelemesinin zamanında bitirilmesi için uygulanması gereklidir.

İster olay yerinde ister laboratuvar ortamında yapılsın önceliklendirme uygulamasının bilimsel olması gereklidir. Bilimsel-

lik, önceliklendirme yönteminin uygulanması suretiyle elde edilen delilin tekrarlanabilirliği ile ilgilidir. Başka bir anlatımla başka bir adli bilişim uzmanı da, benzer yöntemi uygulayarak aynı sonuca ulaşabiliyorsa, bilimsel anlamda tekrar edilebilir bir yöntemle karşı karşıyayızdır. Bilimsellik, adli bilişimde muhakemeye konu maddi olayı sübuta erdirmeye çalışan delilin yazılı olmayan ancak olmazsa olmaz özelliğidir.

Uygulanan önceliklendirme yönteminin bilimsel esaslara dayalı olmaması durumunda, elde edilen sayısal delilin sahilliği tartışma konusu olacaktır. Nitekim delilin bilimselliği aynı zamanda delilin elde edilmesinde kullanılan yöntemlerin bilimselliğine de işaret etmektedir. Bilimsel esaslara uygun olmadan elde edilen delilin, muhakemeye konu maddi olayı ispatlaması mümkündür ancak bu durum tesadüflerin eseri olacağı gibi içinde şüpheyi de barındıracaktır.

KAYNAKÇA

- Ademu, Nikpi O., Chris O. Imafidon ve David S. Preston. "A New Approach of Digital Forensic Model for Digital Forensic Investigation." *International Journal of Advanced Computer Science and Applications* 2, no. 12 (2011): 175-178.
- Adli Bilimciler Derneği. *Nedir Bu Adli Bilimler/Kimdir Bu Adli Bilimciler*. Ankara: Adli Bilimciler Derneği, 2019.
- Ancheta, Angelo N. *Scientific Evidence and Equal Protection of the Law*. ABD: Rutgers University Press, 2006.
- Annas, George J. "Scientific Evidence in the Courtroom – The Death of the Frye Rule." *Legal Issues in Medicine* 330, no. 14, (April 1994): 1018 – 1021.
- Aydın, Devrim. *Ceza Muhakemesinde Deliller*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2014.
- Beckham, J. Brian "Production, Preservation, and Disclosure of Metadata." *The Columbia Science and Technology Law Review* VII, (Ocak 2006).
- Beecher-Monas, Erica. *Evaluating Scientific Evidence, An Interdisciplinary Framework for Intellectual Due Process*. New York: Cambridge University Press, 2007.
- Bem, Derek, Francine Feld, Ewa Huebner ve Oscar Bem. "Computer Forensics – Past, Present and Future." *Journal of Information Science and Technology* 5, no. 3 (2008): 43-59.
- Blakeslee, Melise R. *Internet Crimes, Torts and Scams, Investigation and Remedies*. New York: Oxford University Press, 2010.
- Brenner, Susan. Erişim tarihi Şubat 1, 2014. http://thinkexist.com/quotes/susan_brenner/.
- Burke, Brian W. "The Admissibility of Novel Scientific Evidence in New York State: Has New York Been Left Out to Frye?." *Pace Law Review* 15, no. 2 (Kış 1995): 539 – 574.
- Casey, Eoghan. "Reconstruction Digital Evidence." İç. *Crime Reconstruction*, ed. W. Jerry Chisum ve Brent E. Turvey (Academic Press, 2006): 531-548.
- Casey, Eoghan. *Digital Evidence and Computer Crime Second Edition*. ABD: Academic Press, 2004.

- Centel, Nur ve Hamide Zafer. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2017.
- Chisum, W. Berry ve Brent E. Turvey. *Crime Reconstruction*. Academic Press, 2007.
- Çöpoğlu, Hakan Serdar. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Arama Koruma Tedbirinde Belirlilik İlkesi." *Ankara Barosu Dergisi*, no. 2019/1 (2019): 155 – 229.
- Daniel, Larry ve Lars Daniel. *Digital Forensics for Legal Professionals Understanding Digital Evidence From The Warrant To The Courtroom*. ABD: Syngress, 2012.
- Değirmenci, Olgun. "Bilgisayarlarda, Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama, Kopyalama ve Elkoyma Koruma Tedbirinde (cmk m. 134), 7145 sayılı Kanunla Yapılan Değişikliklerin Değerlendirilmesi." *Terazi Hukuk Dergisi* 13, no. 146, (Kasım 2018): 146 – 155.
- Doğan, Koray. *Ceza Muhakemesinde Belirsizlik Kuşkusundan Sanık Yararlanar İlkesi "in dubio pro reo"*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Dönmez, Burcu. "Yeni CMK'da Bilirkişi Kavramı." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 9, no. Özel Sayı (2007): 1145 – 1177.
- Favro, Philip J. "A New Frontier in Electronic Discovery: Preserving and Obtaining Metadata." *Boston University Journal of Science and Technology Law* 13, no. 1 (Kış 2007).
- Fredesvinda, Insa. "The Admissibility of Electronic Evidence in Court (A.E.E.C.): Fighting Against High – Tech Crime – Results of a European Study." *Journal of Digital Forensic Practice* 1, no.4 (Haziran 2006): 285-289.
- Gedik, Doğan. "Ceza Muhakemesinde Hakimin Delilleri Değerlendirme Serbestisi (CMK m. 217)." *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 21, no. Özel Sayı Prof. Dr. Durmuş Tezcan'a Armağan (2019): 913-963.
- Gedik, Doğan. *Öğreti ve Yargısal İçtihatlar Işığında Ceza Muhakemesinde Şüpheden Sanık Yararlanır İlkesi (In Dubio Pro Reo)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.
- Göksu, Mustafa. *Hukuk Yargılamasında Elektronik Delil (1086 sayılı HUMK ve 6100 sayılı HMK Çerçevesinde)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2011.
- Gürbüz, Sait ve Faruk Şahin. *Sosyal Bilimlerde Araştırma Yöntemleri*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

- Hitchcock, Ben, Nhien-An Le-Khac ve Marc Scanlon. "Tiered Forensic Methodology Model for Digital Field Triage by Non-Digital Evidence Specialists." *Digital Investigation* 16, no. 5 (Mart 2016): S75-S85.
- Hong, Ilyoung, Hyeon Yu, Sangjin Lee ve Kyungho Lee. "A New Triage Model Conforming to the Needs of Selective Search and Seizure of Electronic Evidence." *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 175-192.
- Hricik, David. "The Transmission and Receipt of Invisible Confidential Information." Professor David Hricik. Erişim tarihi Ocak 6, 2013. <http://www.hricik.com/eethics/Metadata1103.doc>.
- Israel, Adam K. "To Scrub or Not to Scrub: The Ethical Implications of Metadata and Electronic Data Creation, Exchange, and Discovery." *Alabama Law Review* 60, no. 2 (2009): 469-497.
- Jekot, Wayne. "Computer Forensics, Search Strategies, and the Particularity Requirement." *Pittsburgh University Journal of Technology Law and Policy* VII, (Spring 2007).
- Jusas, Vacius, Darius Birvinskas ve Elvar Gahramanov. "Methods and Tools of Digital Triage in Forensic Context: Survey and Future Directions." *Symmetry* 9, no. 4 (Nisan 2017). <https://doi.org/10.3390/sym9040049>.
- Kaşıkkara, Serhat. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. Maddesi Çerçevesinde Makul Süre İçerisinde Yargılanma Hakkı." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 84 (Eylül-Ekim 2009): 231-259.
- Koca, Mahmut. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Deliller." *Ceza Hukuku Dergisi* 1, no. 2 (Aralık 2016): 207-225.
- Kunter, Nurullah. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. İstanbul: Sermet Matbaası, 1970.
- Larkin, John E.D. "Compelled Production of Encrypted Data." *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 14, no. 2 (Kış 2012): 253-278.
- Marsico, Christopher V. "Computer Forensic v. Daubert: The Coming Conflict." Purdue University School of Tehnology. Erişim tarihi Ekim 3, 2013. https://www.cerias.purdue.edu/assets/pdf/bibtex_archive/2005-17.pdf.

- Marturana, Fabio ve Simone Tacconi. "A Machine Learning-based Triage Methodology for Automated Categorization of Digital Media." *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 193-204.
- McClelland, David ve Fabio Marturana. "A Digital Forensics Triage Methodology based on Feature Manipulation Techniques." İç. *2014 IEEE International Conference on Communications Workshops (ICC)*. Sydney: IEE, 2014). <https://doi.org/10.1109/ICCW.2014.6881277>.
- McQuilkin, Andrew. "Sleeping Gate – Keepers: Challenging The Admissibility of Cell Phone Forensic Evidence Under Daubert." *Journal of High Technology Law* XI, no. 2, (2011): 365-406.
- Meyers, Matthew ve Marc Rogers. "Computer Forensics: The Need for Standardization and Certification." *International Journal of Digital Evidence* 3, no.2 (2004).
- Moessens, Andre A. "Admissibility of Scientific Evidence – An Alternative to the Frye Rule." *William & Mary Law Review* 24, no. 4 (1984): 545 – 575.
- Moser, Andreas ve Michael I. Cohen. "Hunting in the Enterprise: Forensic Triage and Incident Response." *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 89-98.
- Özbek, Veli Özer, Koray Doğan ve Pınar Bacaksız. *Ceza Muhakemesi Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Pearson, Stephen ve Richard Watson. *Digital Triage Forensics: Processing the Digital Crime Scene*. Syngress, 2010.
- Pollitt, Mark M. "Triage: A Practical Solution or Admission of Failure." *Digital Investigation* 10, no. 2 (Eylül 2013): 87-88.
- Read, Frank T. "Bilimsel Delillerin Kabul Edilebilirliği Konusuna Mukayeseli Bir Bakış." İç. *Ceza Hukuku Reformu*, çev. Akademi Tercüme. İstanbul: Umut Vakfı, 2001.
- Regional Computer Forensics Laboratory. "RCFL Annual Report for Fiscal Year 2015." Erişim tarihi Ocak 27, 2020. <https://www.rcfl.gov/file-repository/rcfl-annual-2015-160817-sc.pdf/view>.
- Rodrigues, Paul A. "Toward a New Standard for the Admission of Expert Evidence in Illinois: A Critique of the Frey General Acceptance Test and an Argument for the Adoption of Daubert." *Southern Illinois University Law Journal* 34, no. 2 (Kış 2010): 289 -312.

- Rogers, Marcus K. ve Kate Seigfried. "The Future of Computer Forensics: A Needs Analysis Survey." *Computers & Security*, 23, no. 1 (Şubat 2004): 12-16.
- Rogers, Marcus. "Computer Forensic: Science or Fad." *Security Wire Digest* 5, no. 55, (Temmuz 2005).
- Roussev, Vassil ve Candice Quates. "Content Triage with Similarity Digests: The M57 Case Study." *Digital Investigation* 9, no. 5 (Ağustos 2012): S60-S68.
- Schatz, Bradley. "Digital Evidence: Representation and Assurance." Doktora tezi, Queensland University of Technology, 2007.
- Schuck, Christina M. "A Search for the Caselaw to Support the Computer Search 'Guidance' in United States v. Comprehensive Drug Testing." *Lewis & Clark Law Review* 16, no. 2 (2012): 741-781.
- Selçuk, Sami. "Temyiz Denetiminin Sınırları ve Bu Sınırlara Uymamanın Kaçınılmaz Sancılı Sonuçları/Açmazları/Tehlikeleri." *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 19, no. 2 (Ağustos 2013): 319-361.
- Sommer, Peter. "Downloads, Logs and Captures: Evidence from Cyberspace." *Journal of Financial Crime* 5, no. 2 (1997): 138-151.
- Şahin, Cumhur. *Ceza Muhakemesinde İspat (Delillerin Doğrudan Doğrulanlığı İlkesi)*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2001.
- Şahin, İsmail. "Anayasa Mahkemesi Kararlarında Makul Sürede Yargılanma Hakkının İhlali." *Yıldırım Beyazıt Hukuk Dergisi* 4, no. 2019/1 (Ocak 2019): 223-255.
- Şahin, Ragıp. *Teori ve Uygulamalı Koruma Tedbirleri Nedeniyle Tazminat Davaları*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2020.
- The National Center for Forensic Science. "Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Preparing Digital Evidence for Courtroom Presentation." Erişim tarihi Eylül 10, 2011. http://www.ncfs.org/DE_courtroomdraft.pdf.
- Türkbağ, Ahmet Ulvi. "Hukuka Gerçekçi Eleştirel Bakış: Hukuk Sosyolojisi." *Sosyoloji Dergisi* 3, no. 16 (2008): 43 – 54.
- Uzunay, Yusuf ve Mustafa Koçak. "Bilişim Suçları Kapsamında Dijital Deliller." Akademik Bilişim Konferansı Gaziantep. <https://ab.org.tr/ab05/tammetin/134.pdf>.

- Ünal, Osman Gazi. "Bilgisayarlarda Bilgisayar Programlarında ve Kütüklerinde Arama Kopyalama ve Elkoyma." Yüksek lisans tezi, Gazi Üniversitesi, 2011.
- Van Domelen, Garj J. "The Admissibility of Novel Scientific Evidence: The Current State of the Frye Test in Wisconsin." *Marquette Law Review* 69, no. 1 (Güz 1985): 116 – 142.
- Yalçın, Nursel ve Berker Kılıç. "Digital Evidences According to ISO/IEC 27035-2, ISO/IEC 27037, ISO/IEC 27041, ISO/IEC 27042 and ISO/IEC 27043 Standarts." *SETSCI - Conference Proceedings* 4, no. 6 (Kasım 2019): 444-449.
- Yayla, Mehmet. *Ceza Muhakemesi Hukukunda İspat ve Şüphe*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.
- Yıldız, Ali Kemal. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik." *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* X, no. 3-4, (2006): 273-345.
- Yokuş Sevük, Handan. "Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik." *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası* LXIV, no. 1 (2006): 49 – 107.

AKILLI MESAFELİ SÖZLEŞMELERDE BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Information Obligations in Smart Distance Contracts

Betül ÖZLÜK*

Öz

Kullanımları her geçen gün artan akıllı yardımcıların (Amazon Alexa", "Google Assistant" veya "Apple Siri" gibi) kurduğu sözleşmeler, tüketici ve satıcı veya sağlayıcı arasında kurulan bir mesafeli sözleşmedir. Mesafeli sözleşmelerde tüketiciyi koruma amacıyla getirilen bilgilendirme yükümlülüğü akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde de mevcuttur. Ancak bu sözleşmelerde sınırlı bilgilendirme yeterli görülmeli, bilgilendirmenin şekli de bu tip sözleşmeler bakımından yeniden düzenlenmelidir.

Anahtar Kelimeler: Akıllı Yardımcılar, Mesafeli Sözleşme, Bilgilendirme Yükümlülüğü, Elektronik Ticaret, E-Ticaret.

Abstract

The contracts set by smart assistants (such as Amazon Alexa, Google Assistant, Apple Siri), whose utilizations expand each day, are distance contracts set between the consumer and the seller or servers. The Information Obligation, which is imposed in order to protect the consumers in distance contracts, are available in contracts concluded via smart assistants. However, in such contracts, limited information

* Doçent Doktor, TOBB Ekonomi ve Teknoloji Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, btiryaki@etu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-8241-4535.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 21.06.2020.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 26.06.2020.

should be considered sufficient, and the way of informing should be rearranged with regard to such contracts.

Keywords: Smart Assistants, Distance Contracts, Information Obligations, Electronic Commerce, E-Commerce.

GİRİŞ

Son yıllarda “Yapay Zeka”, “Akıllı Sözleşmeler” ve “Robotlar” her alanda olduğu gibi hukuk alanında da heyecan uyandırmış, bu yeni kavramların hukuki niteliği, doğurabileceği hukuki sorunlar ele alınmaya başlanmıştır. Bu çalışma da günümüzde kullanımları giderek yaygınlaşan “akıllı yardımcılar” (smart asistants) olarak adlandırılan “Amazon Alexa”, “Google Assistant” veya “Apple Siri” gibi yazılımlar vasıtasıyla kurulan sözleşmelerin mesafeli sözleşmeler alanında yaratabileceği sorunlar ve özellikle bu tip sözleşmelerde satıcı veya sağlayıcının tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğünü nasıl yerine getirebileceği ve hatta böyle bir yükümlülüğün bulunup bulunmadığı üzerinedir.

“Amazon Alexa”, “Google Assistant” veya “Apple Siri” gibi yazılımlar, ses tanıma uygulamalarının¹ geliştirilmesiyle tüketicilerin hayatına girmiştir. 2012 Yılında “Akıllı Otomatik Yardımcı” patenti alan Apple Siri, daha çok kitap, DVD, müzik ve benzer şeylerin fazla zaman ve emek harcanmadan edinilmesine hizmet ederken, Amazon Alexa’nın kullanıcıları Amazondan belirli malların ve hizmetlerin siparişini verebilmekte ve Amazon restoranlarından² yemek teslimi isteyebilmektedir. Google Assistant ise, Birleşik Devletler tüketicisinin 2017 yılından bu yana internet üzerinden yapılan alışverişlerde tercih ettiği bir araç haline gelen ve 2020 yılında %31 oranında

¹ Ses tanıma uygulamaları (voice recognition/speaker recognition), bir makinenin veya bir programın sesleri algılama ve yorumlama veya gelen komutları anlayarak gerçekleştirebilme yeteneğidir. Bkz. “Ses Tanıma Teknolojisi,” YouTube, Ocak 19, 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=CH01-xBh5NQ>.

² Restoranlardan yemek siparişinde bulunabilmek için önkoşul, Amazon’da hesabın bulunması ve daha önce en az bir kez verilen adrese yemeğin teslim edilmiş bulunmasıdır. Diğer bir ifadeyle, en az bir kez yemek satışına ilişkin bir sözleşme kurulmuş olmalıdır ve Alexa programı ile kurulacak sözleşme, daha önce kurulmuş olan sözleşmenin yeniden kurulmasından ibarettir.

kullanılacağı tahmin edilen bir yazılımdır.³ Google Assistant, son dönemde oldukça yeni bir ses teknolojisi olan ve bir insandan ayırt edilmesi son derece zor bir konuşma tarzı ve sesle⁴ online rezervasyon ve kiralama işlemlerini gerçekleştirebilen Google Duplex⁵ ile kullanılmaktadır.

Ses tanıma uygulamaları kullanan akıllı yardımcılardan kurdukları tüketici sözleşmelerinde bilgilendirme sorununa çözüm bulabilmek için şüphesiz öncelikle akıllı yardımcılardan hukuki niteliği ve akıllı yardımcılarla kurulan sözleşmelerin mesafeli sözleşme niteliği taşıyıp taşımadığı ele alınmalıdır. Daha sonra, tüketicinin korunması için getirilen mesafeli sözleşmelere özgü koruyucu hükümlerin bu sözleşmelerde ne derece uygulanabileceği, Avrupa Tüketici Hakları Yönergesi,⁶ Elektronik Ticaret Yönergesi⁷ düzenlemeleri ve Huku-

³ Karin Sein, "Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants: Mission Impossible Under European Consumer Law?," *Journal of European Consumer and Market Law (EuCM)*7, no. 5 (Ekim 2018): 179.

⁴ Bu durum, sanal yardımcılardan kullanıcılarla ikili görüşme yapabilecek durumda olduğunu göstermektedir. Şimdilik sadece belli tür mal ve hizmetlerle ilgili başvurulabilecek bir uygulama olsa da yakın bir gelecekte, işlemlerin akıllı yardımcılardan tarafından gerçekleştirilmesi olağan bir durum haline gelecektir. Bununla birlikte, akıllı yardımcılardan görüşme yaptıkları kişiye sanal bir kişi olduklarını söylemelerinin gerekip gerekmediğine ilişkin etik problem, hukuka uygunluk bakımından da tartışma konusudur. Bkz. Sein, "Concluding Consumer Contracts," 179.

⁵ Uygulama örneği için bkz. "Google Duplex: A.I. Assistant Calls Local Businesses To Make Appointments," YouTube, Mayıs 8, 2018, <https://www.youtube.com/watch?v=D5VN56jQMWM>.

⁶ Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2011 on consumer rights, amending Council Directive 93/13/EEC and Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council and repealing Council Directive 85/577/EEC and Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council, OJ No L 304, 22.11.2011, s. 0064-0088; "93/13/EEC, 1999/44/EC Yönergelerini değiştiren ve 85/577/EEC ve 97/7/EC Yönergelerini kaldıran Tüketici Haklarına İlişkin Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi, (Bundan böyle, Tüketici Hakları Yönergesi olarak anılacaktır.) (2011/83/EU), OJ No L 304, 22.11.2011, s. 0064-0088.

⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, (Directive on electronic

kumuzda bu düzenlemelerin kaynaklık ettiği Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun (TKHK), Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği (MSY), Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun (ETDHK) ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik (E-Ticaret Yönetmeliği) hükümleri dikkate alınarak değerlendirilmelidir.

I. AKILLI YARDIMCI UYGULAMASI İLE KURULAN SÖZLEŞMELERİN MESAFELİ SÖZLEŞME NİTELİĞİ

Akıllı yardımcılar ile kurulan sözleşmelerin niteliği açıklanmadan önce cevaplanması gereken soru, hukuki bakış açısıyla Amazon Alexa'nın veya Google Assistant'ın "ne" olduğudur.

A. Akıllı Yardımcıların Hukuki Niteliği

Amazon Alexa veya Google Assistant yazılımlarının, gerçek birer kişi ismi olan Alexa ve Siri olarak adlandırılması, bu tip yazılımların "kişi" olarak görülebileceğine ilişkin görüşlerin⁸ ileri sürülmesine neden olmuşsa da, yürürlükteki hukuk (lege lata) bakımından kişi olarak görülebilmelerine imkân bulunmadığı ortadadır.⁹ Avrupa kanun koyucusunun da aynı fikirde olduğu, Avrupa Parlamentosu'nun 2017 yılında hazırladığı "Robotlara İlişkin Medeni Hukuk Kuralları Tavsiye Raporu"¹⁰ndan anlaşılmaktadır. Akıllı otonom robot ve akıllı uygulamalar ve yapay zeka gibi diğer otonom sistemlerini esas alan

commerce)" OJ L 178/1, 17.7.2000; İç Pazarda Bilgi Toplumu Hizmetleri, özellikle elektronik ticarete ilişkin belli hukuki konular hakkında Avrupa Parlamentosu ve Konseyi Yönergesi (Bundan böyle, Elektronik Ticaret Yönergesi olarak anılacaktır.) (2000/31/EC), OJ No L 178, 17.7.2000.

⁸ Jens Kersten, "Menschen und Maschinen," *JuristenZeitung (JZ)* 70, no. 1 (2015): 6-8; Horst Eidenmüller, "The Rise of Robots and the Law of Humans," *ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht)* 25, (2017): 766; ayrıca bkz. Argun Karamanlıoğlu, "Concept of Smart Contracts-A Legal Perspective," *KOSBED (Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi)*, no. 35 (2018): 29-42.

⁹ Sein, "Concluding," 180; Kersten, "Menschen," 6-8.

¹⁰ Civil Law Rules on Robotics, European Parliament resolution of 16 February 2017 with recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics, 2015/2103 (INL), OJ, 18.7.2018, C 252, 239-257 (<https://www.europarl.europa.eu>) (Bundan böyle Tavsiye Raporu olarak anılacaktır).

ve bu yapıların “sensörler veya çevresindeki veri alışverişi yoluyla otonom işlem yapabilme ve bilgileri analiz edebilme”, “deneyimleme veya etkileşimle kendi kendine öğrenme ve karar verebilme”, “fiziksel destekli”, “çevreye uyumlu hareket edebilme” ve “biyolojik anlamda yaşam belirtisi göstermeme” şeklinde temel ve ortak özelliklerini sıralamakla yetinen Tavsiye Raporu’nda, robotların fiillerinden doğan sorumluluğun nihayetinde bir *insana* ait olması gerektiği (Tavsiye Raporu 56 numaralı gerekçe) belirtilmiştir.

Tavsiye Raporu’nda robot tanımı yapılmamış, bir tanım yapılmasının da oldukça zor olduğu belirtilmiştir. Şu an için belli özelliklere sahip fiziksel varlığı bulunan, çevresindekilerin farkında olan ve buna göre hareket edebilen ve kendi kendine karar verebilen yapılar robot olarak nitelendirilebilir.¹¹ Raporda her ne kadar, akıllı otonom robot vurgulanmış olsa da, verilen talimatları otonom olarak yerine getirebilen¹² yazılımların da Raporun kapsamında görülmesi gerekir. Tavsiye raporunda aslında iki kavram arasındaki tek fark robotun dış dünyada fiziksel bir varlığı bulunmasıdır.¹³ Alexa ve Siri olarak adlandırılan akıllı yardımcılardan dış dünyada fiziksel varlıkları da bulunduğundan böyle bir farktan da bahsedilemeyecektir. Nihayetinde, bu tür uygulamalar yapay zekaya sahip otonom sistemlerden olsalar da yürürlükteki düzenlemeler bakımından “kişi” olarak görülmecektir.

Nitekim Alman hukukunda, Alexa ve Siri uygulamalarının hukuki işlem ehliyetine sahip olmadığı ve bu nedenle “temsilci” gibi otonom irade açıklamasında bulunamayacakları kabul edilmektedir. Bununla birlikte, bu tür yazılımların “haberci” olarak nitelendirilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü, haberci, temsilciden farklı olarak

¹¹ Tavsiye Raporu, 6, dph. 7; Eidenmüller, “Rise of Robots,” 769.

¹² Otonom hareket, sistemin çevreyi kendi kendine algılayıp buna uygun hareket etmesi ve karar verebilmesi olarak tanımlanmaktadır. Bkz. Luc Steels, “When are robots intelligent autonomous agents?,” *Robotics and Autonomous Systems* 15, no. 1-2 (Temmuz 1995): 4-5.

¹³ Cannur Ercan, “Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri,” *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 40 (Ekim 2019): 25.

bir iradeyi olduğu gibi başkasına ulaştıran, bunu değiştirmeyen, kendi iradesini kullanmayan kişidir.¹⁴ Akıllı yardımcıları da benzer şekilde tüketicinin irade açıklamasını ses tanıma yazılımlarının yardımıyla, satıcı ve sağlayıcıların bilgi işlem sistemine iletmektedir. Akıllı bir yardımcıının yaptığı, tüketicinin irade açıklamasını (sesli komutunu), insan dilinden bilgisayar diline çevirmekten ibarettir.¹⁵ Sesli bir komut verme de bir kişinin maus'a tıklaması veya klavyeye bir şeyler yazmasında olduğu gibi iradenin açıklanmasına yönelik bir fiildir.

Dolayısıyla, akıllı yardımcıının kurduğu bir sözleşmenin tüketici ve satıcı veya sağlayıcı arasında kurulmuş bir sözleşme olduğu ve böylece mesafeli sözleşmeler için aranan ilk şartın gerçekleştiği kabul edilebilir. Bununla beraber, bir akıllı yazılımın, örneğin buzdolabını kontrol ederek, bitmiş olan malzemeleri satın almak için, kendiliğinden sözleşme ilişkisine girmesi halinde yine tüketici ile girişimci arasında kurulan bir sözleşmeden bahsedilip bahsedilemeyeceği ayrı bir tartışma konusudur.¹⁶

B. Akıllı Yardımcıların Kurdukları Sözleşmelerin Mesafeli Sözleşme Niteliği

Mesafeli sözleşmeler, satıcı veya sağlayıcı ile tüketicinin karşı karşıya gelmeksizin yazılı, görsel, telefon ve elektronik ortamda veya diğer uzaktan iletişim araçlarının kullanılması ile kurulan sözleşmelerdir.¹⁷

¹⁴ Fikret Eren, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2019), 481; M. Kemal Oğuzman ve M. Turgut Öz, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt I*, (İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013), 218; Selahattin Sulhi Tekinay et al., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 170ff.; M. Ahmet Kılıçoğlu, *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2017), 299-300.

¹⁵ Oliver Keßler, "Intelligente Roboter-neue Technologien im Einsatz, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Handelns informationstechnischer Systeme," *MultiMedia und Recht (MMR)*, (2017): 592. 589-594

¹⁶ Sein, "Concluding," 180, dpn. 22.

¹⁷ Şebnem Akipek Öcal, "E-Sözleşmelerin Hukuki Niteliği," iç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (İstanbul: Aristo, 2017), 43; Mesafeli sözleşmelerle ilgili tanım ve açıklamalar için bkz.

Tüketici Hakları Yönergesi'nin 2(7) maddesi gereğince, mesafeli sözleşme, girişimci ile tüketicinin eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere sadece bir veya daha fazla uzaktan iletişim aracının kullanılması suretiyle kurulan sözleşmedir. TKHK m. 48 ve MSY m. 4 (e)'de aynı tanım yapılmıştır.

Sözleşmenin temel özelliği, sözleşmenin müzakere ve kuruluş aşamalarında uzaktan iletişim araçlarının (mektup, katalog, telefon, faks, radyo, televizyon, e-posta, internet, otomatik kaydedilmiş ses kayıtları) kullanılmış olmasıdır. Dolayısıyla, satıcının işyerinde müzakere edildikten sonra uzaktan iletişim aracıyla sözleşme kurulduğunda bir mesafeli sözleşmeden bahsedilemez. Benzer şekilde, müzakere sırasında uzaktan iletişim aracı kullanılmasına rağmen satıcı veya sağlayıcının işyerinde kurulan bir sözleşme de mesafeli sözleşme sayılamaz.¹⁸

Mesafeli sözleşmenin önemli bir başka özelliği ise, satıcı ve sağlayıcının mal ve hizmetlerini uzaktan pazarlamaya yönelik bir "sistem" oluşturmuş olmasıdır.¹⁹

Mehmet Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 38-39; Betül Tiryaki, "E-Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması," iç. *inet-tr'08-XIII. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri*, 22-23 Aralık 2008, ODTÜ, Ankara, 94; Savaş Bozbel, "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler," *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VII, no. 3-4 (Aralık 2003): 783-804; Abdülkerim Yıldırım, "Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme," *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* IX, no. 1-2 (2005): 127-152.

¹⁸ Murat Aydoğdu, *Tüketici Hukuku Dersleri* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 287; Gülşah Vardar Hamamcıoğlu, "Elektronik Sözleşme Mesafeli Sözleşme Ayrımı," iç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (İstanbul: Aristo, 2017), 56 49-70.

¹⁹ Aydın Zevkliler ve Çağlar Özel, *Tüketicinin Korunması Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 322; Aydoğdu, *Tüketici Hukuku*, 287; Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin*, 25; Ümit Gezder, *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (İstanbul: Beta Yayınları, 2004), 58-59.

Sözleşmenin hangi türde olduğunun önemi yoktur. Aslında bir tüketici sözleşmesinden ibaret olan bu sözleşmelere mesafeli sözleşme niteliği veren sözleşmenin kurulma yöntemidir ve mesafeli sözleşmelerde tüketicinin özel olarak korunması gereği de bu yöntem dolayısıyla ortaya çıkmaktadır.²⁰ Tüketici, uzaktan iletişim araçlarını kullanarak sözleşme kurduğundan ne satıcı veya sağlayıcıyı ne de mal ve hizmeti görmektedir. Yüz yüze kurulan bir sözleşmede olduğundan daha fazla bilgilendirmeye muhtaç tüketici ancak gereken bilgileri elde ettiğinde yeterince korunmuş sayılabilecektir.

Akıllı yardımcılarının dahil olduğu sözleşmeler, şüphesiz “mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde” kurulmaktadır. Tüketici Hakları Yönergesi’nin 20 numaralı gerekçesinde, mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik sistemin, girişimcinin kullanabileceği online platformlar gibi girişimci dışında bir üçüncü kişi tarafından oluşturulmasının da mümkün olduğunun belirtilmesi de bu görüşü destekler niteliktedir.

Ayrıca, tüketici ile girişimcinin eş zamanlı fiziksel varlığının bulunmaması şartını da sağlamaktadır. Zira, tüketici sadece otomobilden, telefonundan veya odasında Siri, Alexa veya Google Assistant’ın sesini duymakta, dolayısıyla satıcı veya sağlayıcının “fiziksel varlığı” bulunmamaktadır. Nihayetinde, bir mesafeli sözleşmenin “sadece bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracılığıyla kurulması” şartı da gerçekleşmektedir. Tüketici Hakları Yönergesi’nin 20. gerekçesinde mail, internet, telefon veya faks gibi araçlar örnek olarak verilmektedir. Akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan

²⁰ Norbert Reich, “Die Neue Richtlinie 97/7/ EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz,” *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht EuZW*, (1997): 582; Akipek Öcal, “E-Sözleşmelerin,” 44; Yeşim Müride Atamer, “Tüketici Hukukunun Gelişimi, Dünü, Bugünü ve Yarını,” iç. *Tüketicinin Korunması Semineri*, ed. Ebru Ceylan (Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2007), 26; Aydoğdu, *Tüketici Hukuku*, 287-288; Ece Baş Süzel, “Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü,” *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2018): 340; Demir, *Mesafeli Sözleşmelerin*, 39; Seda Kara Kılıçarslan, “Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü,” *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2015): 193.

sözleşmelerde gerek müzakere gerekse kuruluş aşamasında taraflar bir araya gelmemekte, akıllı yardımcılar internet üzerinden sözleşme kurarak her iki aşamada da rol almaktadır. Bu noktada, akıllı yardımcının kendisi uzaktan iletişim aracı olarak kabul edilebilir. Uzaktan iletişim aracının tanımını yapan MSY m. 4 (h)'de de, iletişim araçlarının örnek olarak sayıldığından şüphe edilemez. Nitekim, maddede “fiziksel olarak karşı karşıya gelinmeksizin sözleşme kurulmasına imkân veren her türlü araç ve ortamın” uzaktan iletişim aracı olabileceği hükme bağlanmıştır.

Sonuç itibariyle, akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler bakımından, mesafeli sözleşmeler için aranan tüm şartların gerçekleştiği rahatlıkla kabul edilebilir.

II. AKILLI YARDIMCILARIN KURDUKLARI SÖZLEŞMELERDE BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

A. Genel Olarak Mesafeli Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü

1. Tüketici Hakları Yönergesi, Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun ve Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğü

Mesafeli sözleşmelerde, tüketiciyi koruma amacıyla, satıcı veya sağlayıcı için bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir. TKHK m. 48'e göre, tüketici siparişini onayladığı takdirde satıcı veya sağlayıcı tarafından ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda açık ve anlaşılır şekilde bilgilendirilmelidir. Bu yükümlülüğün ispatı da satıcı veya sağlayıcıdadır.

Bilgilendirmenin açık ve anlaşılır şekilde yapılması, karışık ifadeler kullanılmaması önem taşır. Bununla birlikte, neredeyse her konuda bilgi vermek yerine, tüketici için gerekli ve yeterli açıklama yapılması tercih edilmelidir. Aksi halde, bilgilendirme tüketicinin korunması amacına hizmet etmeyecektir.²¹

²¹ Peter Rott, “Information obligations and withdrawal rights,” iç. *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, ed. Chridtian Twigg-Flesner (Cambridge: Cambridge University Press, 2010): 187; Ümit Gezder, “Mesafeli

Tüketici Hakları Yönergesinin 6. maddesi dikkate alınarak hazırlanan Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 5. maddesinde tüketicinin bilgilendirilmesi konusunda ayrıntılı düzenleme yapılmıştır. Buna göre, satıcı veya sağlayıcı her şeyden önce sözleşme konusu mal ve hizmetin nitelikleri konusunda bilgi vermelidir. Sözü edilen nitelikler ile, malın işlevi, başka mallarla birlikte çalışıp çalışmadığı, tehlike arz edip etmediği gibi hususlar kastedilmektedir.²² Satıcı veya sağlayıcı özellikle adı ve ünvanı, iletişim bilgileri, mal ve hizmetin vergilerin de dahil edildiği toplam fiyatı, uzaktan iletişim aracının getirdiği ek maliyet, nakliye, teslim ve ek masraflar ve ifa sürecine ilişkin bilgileri tüketiciye sağlamakla yükümlüdür. Ayrıca, cayma hakkının olduğu hallerde, cayma hakkına ilişkin bilgiler (kullanılma süresi, şartları, satıcının iade için belirlediği taşıyıcıya ilişkin bilgiler, cayma bildirimini yapacağı adres, e-posta bilgileri, cayma hakkının bulunmadığı hallerde bu hakkın olmadığı ya da hangi koşullarda bu hakkı kaybedeceği), varsa sayısal içeriklerin işlevselliğini etkileyebilecek teknik koruma önlemleri ve sayısal içeriklerin birlikte çalışabileceği donanım ve yazılım hakkında bilgiler, uyumsuzluk halinde Tüketici Mahkemesi veya Tüketici Hakem Heyetine başvurulabileceği bilgisi tüketiciye sağlanmalıdır.

Bilgilendirmenin nasıl yapılacağı ise Yönergenin 8 (1) maddesine paralel olarak MSY m. 6'da düzenlenmiştir. Hükme göre, "kullanılan uzaktan iletişim aracına uygun olarak en az on iki punto büyüklüğünde, anlaşılabilir bir dilde, açık, sade ve okunabilir bir şekilde satıcı ve sağlayıcı tarafından yazılı olarak veya kalıcı veri saklayıcısı ile" yapılması gerektiği düzenlenmiştir.

Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü," iç. 2. *Tüketici Hukuku Sempozyumu*, ed. Hakan Tokbaş ve Fehim Üçışık (Ankara: Bilge Yayınevi, 2013), 619; Baş Süznel, "Ön Bilgilendirme," 343; Abdülkerim Yıldırım, *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 165; Kara Kılıçaslan, "Tüketici Sözleşmelerinde," 199.

²² Cüneyt Bellican, "Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi," iç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun (İstanbul: Aristo, 2017), 113.

Mesafeli sözleşmenin uzaktan iletişim araçlarından “internet” yoluyla kurulması halinde satıcı veya sağlayıcı için ek bir yükümlülük getirilmiş; satıcı veya sağlayıcı sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, mal veya hizmetin vergilerin de dahil edildiği toplam fiyatı, uzaktan iletişim aracının getirdiği ek maliyet, nakliye, teslim ve ek masraflar, cayma hakkının olduğu hallerde, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü, satıcının iade için belirlediği taşıyıcıya ilişkin bilgiler, cayma hakkının bulunmadığı hallerde bu hakkın olmadığı ya da hangi koşullarda bu hakkı kaybedeceği konusundaki bilgilerin bütün halinde *tüketicinin ödeme yükümlülüğü altına girmesinden hemen önce açıkça ve ayrıca göstermekle*²³ yükümlü tutulmuştur (MSY m. 6/II). Hükme kaynaklık eden Tüketici Hakları Yönergesi’nin 8 (2) maddesinde “elektronik iletişim araçlarıyla kurulacak mesafeli sözleşme (distance contract to be concluded by electronic means)” olarak ifade edilen bu sözleşmelerde²⁴ bilgilendirme yükümlülüğü benzer şekilde düzenlenmiş, girişimcinin tüketiciyi *açık ve anlaşılır şekilde* bilgilendirmesi gerektiği belirtilmiştir. Yönergenin 39 numaralı gerekçesinde de vurgulanan bu yükümlülük, tüketicinin sipariş vermesi sonucunda ödeme yükümlülüğü altına gireceği konusunda “dikkatinin çekilmesi” olarak ifade edilmiştir. Ayrıca, Yönergenin 8 (2) hükmünün 2. cümlesi gereğince girişimci tüketicinin *siparişte bulunduğu sırada* siparişinin borç altına girmesi sonucunu doğuracağı konusunda bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur. Böylece, sadece bir tuşa tıklayarak siparişin verildiği hallerde, tuşa basıldığı anda “ödeme yükümlülüğü bulunduğu” uyarısının çıkması veya aynı anlama gelebilecek başka bir açıklamanın yapılması gerekmektedir (Yönerge m. 8 (2)’nin 3. cümlesi).²⁵

²³ Hükme kaynaklık eden Tüketici Hakları Yönergesi’nin 8 (2) maddesinde “elektronik iletişim araçlarıyla kurulacak mesafeli sözleşme (distance contract to be concluded by electronic means)” ifadesi, Yönergenin 39 numaralı gerekçesi dikkate alındığında, internet üzerinden kurulan sözleşme olarak anlaşılır. İpek Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler* (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007), 89; Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 348.

²⁴ Yönergenin 39 numaralı gerekçesi dikkate alındığında, elektronik iletişim araçları ile kastedilenin esas itibarıyla internet olduğu anlaşılmaktadır. Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, 89; Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 348.

²⁵ Ayrıca bkz. Baş Süzel, “Ön Bilgilendirme,” 348; Zeynep Dönmez, “2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında

Yönergenin oluşumu aşamasında Alman temsilci tarafından son dakikada Yönergeye eklenen bu hüküm, sipariş verilmesi için tuşların kullanıldığı hallerde girişimciler için, tüketicilere okunabilir şekilde ödeme yükümlülüğünün bulunduğu dair bilgi verme yükümlülüğü getirmektedir. Doktrinde “Tuş Çözümü” (Button Solution/Button Lösung) olarak da adlandırılan²⁶ bu yükümlülük Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nin 8. maddesinde, “Satıcı veya sağlayıcı, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmek zorundadır.” hükmüyle düzenlenmiştir.

Benzer ek yükümlülükler mesafeli sözleşmenin sesli iletişim yoluyla kurulması halinde de öngörülmüştür. Ancak burada “göstermek” mümkün olmayacağından söz konusu bilgilerin *tüketicie sipariş vermeden hemen önce açıkça ve anlaşılır bir şekilde söz konusu ortamda bildirilmesi ve 5. maddede belirtilen tüm bilgilerin de en geç malın teslim veya hizmetin ifası anında yazılı olarak tüketiciye gönderilmesi* gerekmektedir (MSY m. 6/III).

Sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmelere Tüketici Hakları Yönergesi’nin 8. maddesinin 5. bendinde işaret edilmiş, telefon yoluyla kurulan sözleşmelerde görüşmenin başında arayan kişinin kimliği ve aramanın ticari amacı hakkında bilgilendirme yükümlülüğü bulunduğu belirtilmiştir. Bu son yükümlülük MSY m. 8 (2)’de ayrıca düzenlenmiştir. Telefon yoluyla kurulan sözleşmelerde ayrıca siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ve zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla mesafeli sözleşmenin kurulması halini düzenleyen Yönergenin 8 (4) hükmünün de uygulanacağı belirtilmiştir. Sözleşmenin genellikle televizyondan satış, sms, akıllı telefon uygulaması yoluyla kurulduğu hallerde uygulanan 8 (4) hükmüne göre, sözleşme konusu mal veya hizmetin temel nitelikleri, girişimcinin adı ve ünvanı, mal veya hizmetin vergilerin de dahil edildiği toplam fiyatı, uzaktan

Türk Hukukuna Yansımaları,” *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2016): 366 s. 351-380.

²⁶ Eugen Ehmann, ed., *Lexikon für das IT-Recht, 2013/2014* (Jehle, 2013), 13; LG Hagen, 17.06.2019, 6 O 150/18.

iletişim aracının getirdiği ek maliyet, nakliye, teslim ve ek masraflar, cayma hakkının olduğu hallerde, bu hakkın kullanılma şartları, süresi, usulü, sözleşmenin süresi ve belirsiz süreli bir sözleşme ise nasıl sonlandırılacağına ilişkin bilgilerin tüketiciye *aynı ortamda* verilmesi gerekir. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 4. fıkrasında da benzer şekilde bilgilendirmenin yapılması gereken konular bazı farklarla²⁷ sıralanmış ve bu konularda *tüketiciyi siparişi vermeden hemen önce açık ve anlaşılır şekilde söz konusu ortamda bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiştir.*

Böylece, sesli iletişim veya siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ve zamanda sunulduğu bir *ortam* yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler bakımından ön bilgilendirmenin tümünün (MSY m. 5'teki 14 paragraflık, Yönergenin 6. maddesindeki 19 paragraflık bilgilendirmenin) sipariştten önce verilmesinin son derece güç olacağı dikkate alınarak, bilgi verilmesi gereken konular arasından seçim yapılmış, tüketici için önem arzeden temel bilgilerin sipariştten önce verilmesi yeterli bulunmuştur. Bununla birlikte tüm bilgilendirmenin sonradan en geç mal teslimine veya hizmetin ifasına kadar yazılı olarak iletilmesi gerekmektedir (MSY m. 6/IV). Tüketici Hakları Yönergesinde ise, tüm bilgilendirmenin daha sonra açık ve anlaşılabilir bir dilde, uygun bir uzaktan iletişim aracıyla yapılabileceği belirtilmiştir (Yönerge m. 8 (4)). Yönergenin 36 numaralı gerekçesine göre, tamamen ücretsiz bir telefon hattının tahsisi veya doğrudan ve kolayca erişilebilir bir web sayfası linki ile bilgilendirmenin yapılması mümkündür.

²⁷ Tüketici Hakları Yönergesinin 8 (4) hükmünde sözleşmenin süresine ve belirsiz süreli bir sözleşme ise nasıl sonlandırılacağına ilişkin bilginin verilmesi de gereklidir. Bu tür bilgilendirmeye gerek görülmeyen MSY m. 6/IV'te cayma hakkının bulunduğu hallerde satıcının iade için öngördüğü taşıyıcıya ait bilgileri ve cayma hakkının 15. madde gereği kullanılmadığı hallerde tüketicinin cayma hakkından faydalanamayacağı ya da hangi hallerde bu hakkı kaybedeceği bilgisinin verilmesi öngörülmüştür.

2. E-Ticaret Yönergesi, Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun ve Elektronik Ticarete Hizmet Sağlayıcı ve Aracı Hizmet Sağlayıcılar Hakkında Yönetmelik Kapsamında Bilgilendirme Yükümlülüğü

Bilgilendirme yükümlülüğü elektronik sözleşmeler bakımından da büyük öneme sahiptir. elektronik sözleşme “internet yoluyla ve internet araçları kullanılarak yapılan sözleşme” olarak tanımlanmaktadır.²⁸ Elektronik sözleşmenin özelliği mesafeli sözleşmenin kurulmasını sağlayan uzaktan iletişim araçlarından sadece “internet”in kullanılmasıdır. Bu yönüyle aslında bir mesafeli sözleşmedir. Ancak, mesafeli sözleşmelerden çok daha geniş bir kapsama sahiptir. Çünkü, bir tüketici sözleşmesi niteliğindeki mesafeli sözleşmeden farklı olarak taraflarını iki tüketicinin veya iki satıcı ya da sağlayıcının oluşturduğu sözleşmeler de elektronik sözleşmedir.²⁹

Elektronik Ticaret Yönergesinde (10. ve 11. maddeler) ve kaynaklık ettiği hukukumuzda ETHDK’da (3. madde) elektronik sözleşmeler bakımından getirilen bilgilendirme yükümlülükleri internet yoluyla kurulan mesafeli sözleşmeler için de geçerlidir.

Elektronik Ticaret Yönergesi’nin 10. maddesinde, tüketici olmayan taraflar arasında aksine anlaşma bulunmadıkça, Topluluk hukukunda öngörülen diğer bilgilendirme yükümlülüklerine ek olarak, hizmet alıcısı tarafından siparişte bulunulmadan önce hizmet sağlayıcısının açık, anlaşılabilir ve makul bir şekilde belirtilen bilgileri iletme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Ek bilgilendirme yükümlülükleri, “sözleşmenin kurulması için izlenecek farklı teknik adımlar”, “kurulan sözleşmenin hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağı ve erişiminin

²⁸ Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, 71; Gamze Turan, “Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti,” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 77 (2008): 92; Bülent Sözer, *Elektronik Sözleşmeler* (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2002), 89; Vardar Hamamcıoğlu, “Elektronik Sözleşme,” 61.

²⁹ Necip Kocayusufpaşaoğlu et al., *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008), 216; Akipek Öcal, “E-Sözleşmelerin,” 45; Zevkliler ve Özel, *Tüketicinin Korunması*, 325; Ulvi Altınışik, *Elektronik Sözleşmeler* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 25; Turan, “Hukukun Tespiti,” 88; Sağlam, *Elektronik Sözleşmeler*, 71.

muhtemelen olup olmayacağı”, “siparişin verilmesinden önce girdi hatalarının belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlar” ve “sözleşmenin kurulması için önerilen diller” olarak sıralanmıştır.³⁰ Madde- nin 2. fıkrasında, hizmet sağlayıcının mensubu olduğu herhangi bir ilgili davranış kuralını ve bu kurallara elektronik olarak ne şekilde ulaşılabileceği konusunda bilgilendirmekle yükümlü olduğu da hükme bağlanmıştır. Ancak, yine aynı hükme göre, bu yükümlülükler muhtemelen karşılıklı e-mail yoluyla veya eşdeğer bireysel iletişim yollarıyla kurulan sözleşmelere uygulanmaz.

Benzer bir düzenleme olan ETHDK m. 3 uyarınca, elektronik ticari faaliyette bulunan kişilerin, özellikle karşı tarafa kendileri ile ilgili tanıtıcı bilgileri, sözleşmenin kurulabilmesi için ve veri girişindeki hataların belirlenmesine veya düzeltilmesine ilişkin izlenecek teknik adımlara ilişkin bilgileri, sözleşme metninin sözleşmenin kuruluşunu takiben hizmet sağlayıcı tarafından saklanıp saklanmayacağına, sözleşme metnine alıcının sonradan erişim imkanı olup olmayacağına ve erişimin sağlanabileceği süreye ilişkin bilgileri ve uygulanan gizlilik kuralları ve varsa alternatif çözüm yöntemleri hakkında bilgileri sunması gerekir. Ayrıca, ETHDK m. 3 (5)'de, sözü edilen bilgilendirmenin sadece elektronik posta yoluyla veya benzeri bireysel iletişim araçları yoluyla kurulan sözleşmelerde uygulanmayacağı belirtilmiştir. Benzer bir hüküm E-Ticaret Yönetmeliğinde de yer alır. Yönetmeliğin 2. maddesinde düzenlemenin “sadece elektronik posta, telefon görüşmesi, kısa mesaj veya elektronik ortamda doğrudan iletişime imkan veren benzeri bireysel iletişim araçlarıyla yapılan sözleşmeler” için geçerli olmadığı belirtilmiştir.

Elektronik Ticaret Yönergesi'nin 11. maddesinde ise (ETHDK m. 4) siparişin elektronik iletişim araçlarının kullanılması yoluyla verilmesi halinde geçerli olan bilgilendirme yükümlülüğü düzenlenmiştir. Hizmet sunucunun bu halde siparişin alındığını vakit geçirmeksizin elektronik bir iletişim aracıyla tüketiciye bildirmesi, diğer bir deyişle siparişin ulaştığını teyid etmesi gerekir. Tarafların siparişe ve siparişin ulaştığı bilgisine erişme imkanları bulunduğu anda teyid gerçek-

³⁰ Ayrıca bkz. Ehmman, *Lexikon*, 14.

leşmiş sayılır. Ayrıca, maddenin 2. fıkrasına göre, hizmet sağlayıcının hizmet alıcısına siparişte bulunmadan önce hataların tespitini ve düzeltilmesi sağlayacak uygun, aktif ve ulaşılabilir teknik araçları da sunması gerekmektedir. Ancak 11. maddenin de kısmen münhasıran karşılıklı e-mail yoluyla veya eşdeğer bireysel iletişim yollarıyla kurulan sözleşmelere uygulanmayacağı belirtilmiştir.

Ek bilgilendirme yükümlülüklerinin bulunmadığı “eşdeğer/benzer bireysel iletişim araçları” ile kurulan sözleşmeler, özel bir teknikle kurulan veya belli bir içeriğe sahip sözleşmeler değildir. Burada “online chat” gibi tüketici ile doğrudan iletişime geçilen herhangi bir yöntemin kullanılması yeterli görülmektedir.³¹

B. Akıllı Yardımcıların Kurdukları Sözleşmelerde Bilgilendirme Yükümlülüğü

Akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde bilgilendirmenin kapsamını belirleyebilmek için, öncelikle bu sözleşmelerin, bilgilendirme yükümlülüğü bakımından oluşturulan kategorilerden hangisine dahil olduğunu tespit etmek gerekir.

Akıllı yardımcılar yoluyla kurulan sözleşmeler özellikle görme engelli veya bilgisayar kullanamayacak şekilde engelli tüketiciler tarafından tercih edilmektedir. Ayrıca teknolojik bilgisi az olan kişiler için de önemli bir sözleşme kurma yöntemidir. “Sadece konuş ve işlem gerçekleşsin” şeklinde özetlenebilecek süreç, yazılar, düğme ve ekstra internet işlemleriyle uğraştırmamakta, teknolojinin öğrenilmesini de gerektirmemektedir. Artık klavyede bir şeylerin yazılmasına gerek kalmadan, telefonla veya bir satış temsilcisi ile konuşarak online alışverişler ve rezervasyonlar yapılmaktadır.³²

³¹ Christiane Wendehorst, “§ 312i Allgemeine Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr,” iç. *Münchener Kommentar zum BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg (München: Verlag C.H.BECK, 2019); Philipp Maume, “§ 312j Besondere Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern,” iç. *Beck'sche Online-Kommentare (BeckOK)*, ed. Wolfgang Hau ve Roman Poseck (München: Verlag C.H.BECK, 2020), Rn. 26.

³² Daniel Rüscher. “Alexa, Siri und Google als digitale Spione im Auftrag der Ermittlungsbehörden?,” *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NSZ)* 38, no. 12 (2018): 687.

Oldukça pratik işleyen bu süreçte, uzun uzun bilgi verilmesi, üstelik bunların yazılı olarak iletilmesi bir zorunluluk olmaktan çıkmış, sözleşme muhatabı olan tüketicinin az ve öz bilgiyi sözlü şekilde elde ederek korunabileceği yeterli görülmeğe başlanmıştır. Sesli ticaretin gelişmesi ile, mevcut bilgilendirme yükümlülüklerinin yerini zamanla sınırlı bilgilendirme yükümlülüklerinin alacağı savunulmaktadır. Üstelik bu görüş taraftarlarına göre, tüketiciye aşırı bilgi yüklemesi yapılmayacağı için sınırlı bilgilendirme onun da yararına bir gelişme olarak değerlendirilebilir. Böylece, tüketiciyi şaşırtan ve dikkatini dağıtan online reklamlar da azalacaktır.

Akıllı yardımcılar vasıtasıyla kurulan bir sözleşme, Yönergenin 8 (5) hükmü anlamında teknik açıdan telefonla kurulan sözleşme niteliğine sahip değildir. Gerçi, telefonla kurulan mesafeli sözleşme tanımını yapmak hızlı gelişen teknoloji karşısında oldukça zordur. İlk bakışta, tüketicinin siparişini akıllı telefonla ve dijital yardımcının devreye girmesiyle vermesi, daha sonra da sözleşmenin telefonla kurulması halinde mesafeli sözleşme olduğu açıktır. Tespit edilmesi zor olan ise, genel olarak Amazon Echo³³ veya Google Home'un³⁴ telefon kavramı içinde görülüp görülemeyeceğidir.³⁵ Telefonla kurulan sözleşmenin gerçekten ne anlama geldiği Avrupa Birliği düzenlemelerinden de anlaşılammaktadır. Burada en azından sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmelerin, telefon ile kurulan klasik sözleşmelerden farklı olduğu kabul edilmelidir. Her şeyden önce sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmede telefonla görüşmede olduğu gibi sözleşen tarafların eş zamanlı karşılıklı irade açıklamasında bulunmadıkları, normal bir online sözleşmede olduğu gibi

³³ Amazon Echo'nun en bilinen özelliği müzik çalmak olsa da, söz konusu cihaz bunun dışında günlük haberleri takip etmek, hava durumu ve trafik sorgulamak, yemek tarifi bilgileri almak, Amazon üzerinden sipariş vermek gibi işlemlere sahip bir yazılıma sahiptir, "Alexa User Guide: Learn What Alexa Can Do," Amazon, <https://www.amazon.com/b?node=17934671011>.

³⁴ Sesli komutla çalışan hava durumunu takip etmek, ev içi cihazları (televizyon, ışıklar, kamera) yönetmek gibi işlemlere sahip yazılım, "Meet the Google Home app," Google, <https://support.google.com/chromecast/answer/7071794?co=GENIE.Platform%3DAndroid&hl=en>.

³⁵ Sein, "Concluding," 186.

tüketicinin irade açıklamasının sesli bir emir olarak satıcıya iletildiği anlaşılmaktadır. Bir telefon görüşmesine benzer şekilde taraflar arasında karşılıklı iletişim yoktur.³⁶ Yani, akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler, 8 (5) anlamında telefonla kurulan sözleşme sayılamayacaktır. Bununla birlikte, şüphesiz “elektronik iletişim araçları” ile kurulan sözleşmelerdendir. Ayrıca, böyle bir sözleşmenin sesli iletişim veya siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ve zamanda sunulduğu bir *ortam* yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerden olduğu da rahatlıkla kabul edilebilir.

Tüketici Hakları Yönergesi'nin 8 (2) maddesinde “elektronik iletişim araçları” ile kurulan sözleşmelerde temel bilgilendirme yeterli görülmektedir. Aynı tür sözleşme, Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nde ilk olarak “internet” yoluyla kurulan sözleşmeler olarak ifadesini bulmuştur (MSY m. 6/II).

Akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler de bu halde, sözü edilen sözleşmelerde olduğu gibi sınırlı bilgilendirme yeterli görülecektir. Ancak, bu tip sözleşmeler Alman hukukunda bir görüşe göre, Yönergenin 8 (2) hükmünün aktarımından ibaret olan § 312 j (2) BGB'de düzenlenen koşulları hiç bir zaman sağlayamayacaktır. Zira, sözü edilen sözleşmelerde ve sesli iletişim yoluyla kurulan diğer pek çok sözleşmede basit bir mobil uygulama ile bilgilendirme yapılmakta, bu ise Avrupa Birliği Komisyon tavsiyelerindeki 8 (2)'nin koşullarının karşılanabilmesi için gereken bilgilendirmenin tüketici tarafından fiilen görülebilecek şekilde yapılması ve siparişi vermeden okunabilmesi şartını gerçekleştirilmemektedir.³⁷ Tüketici Hakları Yönergesi'nin 39. gerekçesinde de bu koşul “tüketicinin siparişi öncesinde sözleşmenin esaslı unsurlarını tamamen okumalı ve anlamış olmalı” ifadesiyle vurgulanmaktadır. Burada 39. gerekçenin başka bir ön şarta daha yer verdiğiğine işaret etmek gerekir: “Bilginin Okunabilirliği”.

³⁶ Ancak, insan sesine oldukça benzeyen, karşı tarafın sözlerine eş zamanlı ve vurgulu cevap verebilen akıllı yardımcılardan yeni versiyonları için bu durum tartışmalıdır. Bkz. Sein, “Concluding,” 186.

³⁷ Christoph Bush, “BGB § 312 j,” iç. *Beck-online, Grosskommentar zum Zivilrecht (BeckOGK)*, ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reyman (München: Verlag C.H.BECK), Rn. 24.

Yönergenin bilgilendirme yükümlülüğünün yerine getirilmesi için tüketici tarafından bu bilginin okunması şartına 8 (2)'nin ana metninde neden yer vermediğinin sorgulanması gerekir. Sein'a göre, Avrupa kanun koyucusu bu tercihi bilinçli yapmış, teknolojik açıdan nötür kelimeleri özellikle kullanmış ve nihayetinde sesli ticaretin dışlanmasına izin vermemiştir. Yönergenin ilgili hükmüne göre, tüketiciye *açık ve anlaşılır* şekilde temel bilgilerin verilmesi yeterlidir. Düzenlemenin bu haliyle sesli iletişimi de kapsadığından şüphe edilemez. Dolayısıyla, tüketici, 8 (2)'nin 2. cümlesinin öngördüğü şekilde ödeme yükümlülüğü altında olduğu bilgisini sözlü olarak elde edebilir.³⁸ Bu nedenle, 39. gerekçede sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmeler bakımından değişiklik yapılması önerilmektedir.³⁹

Bununla birlikte, temel bilgiler bile olsa tüm bu bilgilerin her sözleşme öncesinde ve aynı ürün veya hizmete ilişkin tüm siparişlerde sözlü olarak sunumu tüketiciyi rahatsız edebilir. Hatta, bir tüketici söz konusu bilgileri yaklaşık 10 kez duyduktan sonra "Alexa kes sesini" diyerek tepki gösterebilir. Tüketiciler, kapsamlı bilgilerin ciddi bir zaman kaybı anlamına gelen sözle anlatılması yerine büyük bir olasılıkla bir görüntü ya da bir kağıtta bu bilgilerin iletilmesini tercih edecektir. Ayrıca, "Alexa kes sesini" komutunu aldıktan sonra, tüketicinin siparişte bulunmasına izin verilmesini ve bilgilendirilmeden kurulan bir sözleşmeye Yönergenin müsaade edip etmeyeceği de ayrıca tartışılabilir. Bu halde, tüketici kendi isteği ile, sipariş öncesi bilgilendirilmemiş olacaktır ve bu durum Yönergenin 25. maddesine göre sözleşmenin tüketiciyi bağlamaması sonucunu doğuracaktır (MSY m. 8) Oysa, bilgi almak veya almamak konusundaki tercihi de tüketicinin yapması gerekir.⁴⁰

Başka bir bilgilendirme yükümlülüğü Yönergenin 8 (3) hükmünde düzenlenmiştir. Hükmüne göre, girişimci en geç sipariş işlemlerinin başında web sitesinde *açıkça ve okunabilir* şekilde bir teslim kısıtlaması olup olmadığını veya hangi ödeme araçlarının kabul

³⁸ Sein, "Concluding," 183.

³⁹ Tüketici Hakları Yönergesi 39 numaralı gerekçe.

⁴⁰ Gerald Spindler ve Fabian Schuster, *Recht der elektronischen Medien (München: Verlag C.H.BECK, 2019)*, Rn. 22.

edileceğini belirtmelidir. Yönergenin bu hükmü de sesli iletişim yollarıyla kurulan sözleşmeler bakımından problemlidir. Bu hükümde de Avrupa kanun koyucusu açıkça, “okunabilirlik şartı”nı aramıştır.⁴¹ Dolayısıyla, teslim kısıtlamalarına ve ödeme araçlarına ilişkin sözlü bilgilendirmenin kabul edilmeyecektir. Tüketicinin ürünün fiyatı konusunda sözlü olarak bilgilendirilebilmesine karşın, ödeme araçları konusunda neden yazılı şekilde bilgilendirmesi gerektiği anlaşılabilir değildir.

Bununla beraber, hukukumuzda Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği’nde de, satıcı veya sağlayıcının “herhangi bir gönderim kısıtlamasının uygulanıp uygulanmadığını ve hangi ödeme araçlarının kabul edildiğini, en geç tüketici siparişini vermeden önce, açık ve anlaşılır şekilde *belirtmek*” zorunda olduğu düzenlendiğinden (MSY m. 6 (2) (b)) bilgilendirmenin sözlü şekilde yapılabilmesi mümkün olacaktır. Ancak bu sefer de, tüketiciye alelacele verilecek bilgilere bir yenisi daha eklenecektir.

Gerçi burada, akıllı yardımcılar vasıtasıyla verilen bir siparişin web sitesinden yapılan alışveriş kapsamına girip girmediği de şüphelidir. Yönergenin gerekçesinde, web sitesinin anlamı ya da 8 (3) hükmünün amacı konusunda bir açıklık yoktur.⁴² Doktrinde, bu hükmün uygulanma önkoşulu olarak bir siparişin web sitesinden yapılması veya herhangi bir başka şekilde siparişin verilmesi için tüketici ile iletişimin kurulması aranmaktadır. Ancak, bu kabul bile halen Amozan Echo veya Google Siri tarafından kurulan sözleşmelerin web sitesi alışverişi olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunu aydınlatmamaktadır. Busch, “web sitesi” nosyonundan hareket eden gerekçenin 39. paragrafını eleştirmekte, bu terimin teknolojik açıdan yeterince nötr olmadığını belirtmektedir.⁴³ Avrupa kanun koyucusu, bu terimi kullanırken sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmeleri dikkate almamıştır. Bununla birlikte, Tüketici Hak-

⁴¹ Spindler ve Schuster, *Recht der elektronischen*, Rn. 40.

⁴² Tüketici Hakları Yönergesi’nin 38 numaralı gerekçesinde de bir açıklık bulunmamaktadır.

⁴³ Bush, “BGB § 312 j,” Rn.50.

ları Yönergesi'nde değişiklik yapılmasına ilişkin Öneri⁴⁴'nin 18. gerekçesinde web sitesi teriminin kullanımı ile ilgili teknolojik açıdan daha nötr bir yaklaşımın gerekliliğini fark etmiş ve "online satış alanları"nın yeni teknolojileri kapsayacak şekilde tanımlanması gerektiğini belirtmiştir. Gerçekten de, yeni Yönergenin kaleme alınması sırasında 8 (3)'ün teknolojik açıdan daha nötr bir düzenleme yapılması, "web sitesi" kavramından ve "okunaklı" olma şartından vazgeçilmesi gerekmektedir.⁴⁵

Son soru, akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulacak bir sözleşmenin, sözü edilen tuş çözümünü kabul eden 8 (2)'nin üçüncü cümlesi ile engellenip engellemeyeceğidir. Eğer bu çözümün, akıllı mesafeli sözleşmeler için de uygulanması gerekli görülürse, hükmün ihlali tüketicinin sözleşme ile bağlı olmaması sonucunu doğuracaktır. Yani, sesli iletişim veya siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ve zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulan bir mesafeli sözleşmede girişimci tüketiciden ödeme talebinde bulunamayacaktır. Bu halde şekli şartların yerine getirilmemesinin yaptırımının sözleşmenin geçersizliği olup olmadığı hükmün lafzından anlaşılmamaktadır. Sözü edilen yükümlülüğün ihlalinin sözleşmenin geçerliliğini etkileyip etkilemeyeceği veya girişimcinin bu halde dahi sözleşmeyi ifa etmesinin gerekip gerekmediği ve tüketicinin malı tutmaya devam edip etmeyeceği belirsizdir.

Sözü edilen problemler akıllı yardımcılar aracılığıyla geçerli sözleşmelerin kurulmasını engellemeyecektir. Girişimciler, uygulamada tüketici haklarının hayata geçirilmesi problemini çözecek bir yol bulacaklardır. Ancak burada en büyük tehlike sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmelerde ön bilgilendirme yükümlülüklerinin

⁴⁴ Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council amending Council Directive 93/13/EEC of 5 April 1993, Directive 98/6/EC of the European Parliament and of the Council, Directive 2005/29/EC of the European Parliament and of the Council and Directive 2011/83/EU of the European Parliament and of the Council as regards better enforcement and modernisation of EU consumer protection rules, Brussels, 11.4.2018 COM (2018) 185 final 2018/0090 (COD) (Bundan böyle Tüketici Hakları Yönergesi Değişiklik Önerisi olarak anılacaktır).

⁴⁵ Spindler ve Schuster, *Recht der elektronischen*, Rn. 48.

ihlal ediliyor olmasıdır. Almanya’da bu mesele Amazon Dash Button⁴⁶ gibi yeni sipariş metodlarının yasaklanması suretiyle çözülebilmektedir.⁴⁷

Tüketicinin belirli malları sadece bir tuşa basarak sipariş edebileceği Amazon Dash Tuş uygulaması Alman hukukunda büyük ilgi uyandırmıştır. Bu uygulamanın Yönergenin 8 (2) hükmünün iç hukuka aktarımı sonucu kabul edilen § 312 j (3) BGB’ye aykırı olduğu gerekçesiyle Münih Bölge Mahkemesi’nin 2018’de verdiği Amazon Dash Tuş uygulamasının yasaklanmasına ilişkin karar⁴⁸ dikkat çekicidir. Alman Medeni Kanunu’nun ilgili hükmüne göre, elektronik iletişim araçlarıyla kurulan mesafeli sözleşmelerde girişimci tüketicinin siparişi ile ödeme yükümlülüğü altına girdiğinin farkına varmasını sağlamak zorundadır. Eğer sipariş bir tuşa basarak veriliyorsa girişimci bu yükümlülüğünü tuşa basıldığında rahatlıkla okunacak şekilde “sipariş ver ve öde” veya benzer bir ifadeye yer vermek suretiyle sağlayabilir.

Bununla birlikte Alman hukukunda konuya ilişkin farklı görüşler de bulunmaktadır. Bush’a göre, Dash Tuş uygulamalarında tüketici zaten ödeme yükümlülüğünün farkındadır, dolayısıyla tüketicinin ödeme yükümlülüğü konusu açıktır ve Dash Tuş uygulamaları “tuş çözümü” nün kapsamında görülmemelidir.⁴⁹ Dash Tuşu gibi yeni sipariş modellerini hukuki açıdan değerlendiren Bush, söz konusu hükmün sözleşmelerin elektronik araçlarla kurulmasının istis-

⁴⁶ Amazon’un tek tuşla alışverişi mümkün kılan bir tuş ve etiketten oluşan aparatıdır. Bir ürüne ihtiyacı olan tüketici kredi kartı, adres gibi bilgiler vermesine bilgisayar veya mobil cihazlar kullanılmasına gerek kalmadan sadece aparata dokunarak bir sipariş verebilmektedir. Bunun için öncelikle mobil cihaz ile aparat arasında eşleştirme yapılması gerekmektedir. Ödeme, Amazon’a kayıtlı kredi kartından çekilirken, gönderim sistemde kayıtlı adrese yapılmaktadır, “Tek tuşla sipariş nasıl bir deneyim. Amazon Dash Button incelemesi,“ Retailer, <http://www.retailer.net/categorilenmemis/tek-tusla-siparis-nasil-bir-deneyim-amazon-dash-button-incelemesi/>.

⁴⁷ Sein, “Concluding,” 184.

⁴⁸ Landgericht Munich, 12 O 730, 1.03.2018; Bush, “BGB § 312 j,” Rn. 14.

⁴⁹ Tüketici zaten Dash Tuş uygulamasını kurarken kredi kartı bilgilerini vermektedir. Bush, “BGB § 312 j,” Rn. 14.

na olduğu zamanlardan kalma olduğuna işaret etmekte, Münih Bölge Mahkemesi'nin gerekçesini zayıf bulmaktadır. Yönergenin 8 (2) hükmünün 3. cümlesi tuşa basarak sipariş verilen sözleşmeleri kapsam dışında tutma amacıyla kaleme alınmamış, sadece 2010'larda da bir problem olarak ortaya çıkan internette yapılan alışverişlerdeki ödeme tuzaklarını engellemek hedeflenmiştir.⁵⁰

Hergenröder ise, bu halde "tuş çözümü"nin uygulanmayacağını düşünmekle beraber, § 312 j (3) BGB'nin 2. cümlesi anlamında tuş kavramının, Dash Tuşunu kapsamadığı gerekçesinden hareket etmektedir ve bir kıyas yapılması mümkün değildir.⁵¹ Buna karşın Leeb, tuş çözümünün Dash Tuşu için de uygulanabilir olduğu savunmakta ve bu nedenle söz konusu uygulama yoluyla tüketici ile geçerli bir sözleşme kurulmasının mümkün olmadığını belirtmektedir.⁵²

Bu halde Bush'un görüşünün benimsenmesi makul görünmektedir.⁵³ Gerçekten de, Dash Tuş uygulamasını devreye sokan tüketici zaten sipariş verdiği anda bir ödeme yapacağını farkındadır. Artık, girişimciden ayrıca tuşa basılması anında ödeme yapma yükümlülüğünün doğduğuna ilişkin bir uyarıda bulunması gerekmemelidir.

Akıllı yardımcılar vasıtasıyla bir siparişte bulunulduğunda da, bir tuşun aktive edilmesi veya benzer bir fiilde bulunulması gerekmemektedir. Bu nedenle tuş çözümü uygulanabilir değildir. Diğer bir ifadeyle, tuş çözümü, akıllı yardımcılar vasıtasıyla geçerli bir sözleşmenin kurulmasını engellemez. Yine de, akıllı yardımcılar kullanıldığında, girişimcinin tüketiciyi siparişi yaptığı sırada siparişin bir ödeme yükümü getirdiği konusunda açıkça bilgilendirmesi gerekir. Girişimci bunu gerçekleştirmediğinde, tüketici sözleşme

⁵⁰ Bush, "BGB § 312 j," Rn. 50; Maume, "§ 312j Besondere Pflichten," Rn. 23.

⁵¹ Cyril Hergenröder, "Die Vereinbarkeit sogenannter „Dash Buttons“ mit den zivilrechtlichen Regelungen zum E-Commerce," *Verbraucher und Recht (VuR)* 32, no. 5 (2017): 174; Maume, "§ 312j Besondere Pflichten," Rn. 23.

⁵² Christina-Maria Leeb, "Rechtskonformer Vertragsabschluss mittels Dash Button? Innovativer Wocheneinkauf 4.0 auf dem Prüfstand," *MultiMedia und Recht (MMR)*, (2017): 89 (Sein, "Concluding," 185); Maume, "§ 312j Besondere Pflichten," Rn. 23.

⁵³ Maume, "§ 312j Besondere Pflichten," Rn. 23.

veya siparişi ile bağlı olmayacaktır. Yönergenin 8 (2) hükmünün 2. cümlesi gereğince girişimci tüketicinin *siparişte bulunduğu sırada siparişinin borç altına girmesi sonucunu doğuracağı* konusunda bilgilendirmekle yükümlü tutulmuştur. Mesafeli Sözleşmeler Yönetmeliği'nin 8. maddesinde de benzer şekilde satıcı veya sağlayıcının, tüketici siparişi onaylamadan hemen önce, verilen siparişin ödeme yükümlülüğü anlamına geldiği hususunda tüketiciyi açık ve anlaşılır bir şekilde bilgilendirmekle yükümlü olduğu belirtilmiştir. Bilgilendirmenin mutlaka yazılı, kalıcı veri saklayıcısı ile gerçekleştirilmesini gerektirmez. Sözlü olarak da yapılması da mümkündür.

Tüketici Hakları Yönergesi Değişiklik Önerisi'nin 2 (4) hükmü ile getirilecek olan online satış yerleri için ek bilgilendirme yükümlülüklerinin akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde de uygulanıp uygulanmayacağı ayrıca incelenmelidir. Düzenlemeye göre, Tüketici Hakları Yönergesi'ne 6a hükmü olarak eklenmesi planlanan ve 4 bentten oluşan ek sözleşmesi öncesi bilgilendirme yükümlülükleri tüm online satış yerleri için geçerlidir. Öneri'de, "online satış yerleri" tüketicilerin girişimcilerle online satış yerlerinin arayüzlerinde sözleşme kurulmasına imkan veren hizmet sunucusu olarak ayrıca tanımlanmış bulunmaktadır (Öneri'nin 2 (1) d bendi). Online arayüzün anlamı ise, 2018/302 Avrupa Birliği Tüzüğü'nün⁵⁴ 2. maddesinin 16. bendinde tanımlanmaktadır. Buna göre, online arayüz ile kastedilen, tüketicinin girişimcinin mal ve hizmetlerine erişme ve bunlarla ilgili işlemlerde bulunabilmeyi sağlayan bir web sitesini ya da onun bir parçasını ve uygulamalarını içeren, mobil uygulamaların da bulunduğu girişimci tarafından veya onu temsilen başkası tarafından yürütülen herhangi bir yazılımdır. Tüketicie girişimciden mal veya hizmet sipariş etme imkanı veren bir yazılımdan ibaret gören bu tanım, akıllı yardımcılar aracılığıyla sipariş verişmesini de kapsayacak niteliktedir. Avrupa Kanun koyucusunun bu tanımı yaparken, tüketicilerin Amazon satış yerinden

⁵⁴ Regulation (EU) 2018/302 of the European Parliament and of the Council of 28 February 2018 on addressing unjustified geo-blocking and other forms of discrimination based on customers' nationality, place of residence or place of establishment within the internal market and amending Regulations (EC) No 2006/2004 and (EU) 2017/2394 and Directive 2009/22/EC, OJ 2.3.2018, L1 60/ 1.

Amazon Alexa kullanarak siparişte bulunması gibi durumları kapsamayı hedeflediği ve dijital yardımcılar aracılığıyla bilet satış yerlerinden tiyatro bileti satın alma gibi olasılıkları dikkate aldığı açıktır. Bu halde, Tüketici Hakları Yönergesi Değişiklik Önerisi ile online satış yerleri için getirilen ek bilgilendirme yükümlülüklerinin akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler bakımından da uygulanacağı düşünülebilir. Ancak, akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerin aynı zamanda siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ve zamanda sunulduğu bir *ortam* yoluyla kurulan mesafeli sözleşmelerden olduğu da unutulmamalıdır. Bu tip sözleşmelerde ek bilgilendirmeye izin verilmemiştir.⁵⁵ Dolayısıyla akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler online satış yeri olarak görülse de temel bilgilerin verilmesi yeterli görülmelidir.

Akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler, 8 (5) anlamında telefonla kurulan sözleşme sayılamayacağından, Yönergenin 8 (6) hükmü de uygulanmayacaktır. Söz konusu hüküm, telefon aracılığıyla kurulan sözleşmeler bakımından üye devletlerin tüketicinin irade açıklaması için ek şekli şartlar kararlaştırabileceğini, tüketicinin yaptığı siparişi imzası ile onaylama veya yazılı şekilde iletme ya da kalıcı veri saklayıcısı ile gönderme gibi yükümlülükler altına sokulabileceğini düzenlemektedir. Böylece bir üye devletin, bu tür bir irade açıklamasının yazılı şekilde veya kalıcı veri saklayıcısı ile yapılabileceğine ve tüketicinin irade açıklamasını ancak bu şekilde yapması halinde açıklaması ile bağlı olacağına ilişkin düzenleme getirmesi mümkündür. Yönergenin 8 (6) hükmünde öngörülen opsiyon Polonya, İspanya, Malta ve Litvanya tarafından kullanılmıştır. Bununla birlikte, Yönergenin 8 (6) hükmünün tüketiciyi sözlü iletişimin risklerine karşı koruma amacıyla düzenlendiği ve korunma ihtiyacının akıllı yardımcıların devreye girmesi halinde de bulunduğu savunulabilir. Bu halde, akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerin bağlayıcılığı ulusal hukukun tanınan opsiyonu kullanıp kullanmamasına bağlı olacaktır. Konunun çözümü, tüketicinin sesli komutunu satıcıya göndereceği bir mail yoluyla onaylaması gibi bir teknolojik yöntemle de sağlanabilir. Sesli komutun ve-

⁵⁵ Tüketici Hakları Yönergesi Değişiklik Önerisi 2 (6) hükmü.

rilmesini takiben sesin yazıya dönüştürülmesi, 8 (6)'nın 2. cümlesindeki kalıcı veri saklayıcısı ile onaylama şartını yerine getirmek için yeterli görülecek ve böylece sesli ticaretin telefonla kurulan sözleşmelerden sayıldığı üye ülkelerde, akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde tüketicinin irade açıklaması bakımından aranan yazılı şekil şartı gerçekleşmiş olacaktır. Üstelik, tüketicinin sesli komutu tarafından üretilen bir e-mailin, tüketici tarafından klavyede yazılan bir mailden ayırt edilmesi satıcı bakımından mümkün de değildir.

Akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler için geçerli olup olmadığı tartışılabilir son bilgilendirme yükümlülüğü grubu Elektronik Ticaret Yönergesinde (10. ve 11. maddeler) ve kaynağını teşkil ettiği ETHDK'da (3. madde) düzenlenmiştir. Burada öncelikle, akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerin, sözü edilen hükümlerin kapsamı dışında bırakılan "karşılıklı e-mail yoluyla veya eşdeğer bireysel iletişim yollarıyla kurulan sözleşmeler"den sayılıp sayılmayacağı sorusu cevaplanmalıdır. Soruya cevap vermek için de ilk olarak "bireysel iletişim" kavramını açıklamak gerekir. Ancak, kavramı tanımlamak oldukça güçtür ve maddi veya şekli ya da teknolojik bakış açısından farklı anlaşılmaya müsaittir.⁵⁶ Akla ilk gelen anlamıyla bireysel iletişim, kişiler arasında karşılıklı bir diyalog olarak gerçekleşmesi, duygu ve düşüncelerin karşı tarafa yansıtılmasıdır.⁵⁷ Akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde bireysel iletişimden bahsedilmesi zor görünmektedir. Zira, Elektronik Ticaret Yönergesi ve ETHDK uyarınca ek bilgilendirme yükümlülüklerinin yerine getirilme zorunluluğu bulunmayan "eşdeğer/benzer bireysel iletişim", kullanılan teknikten ziyade taraflar arasında doğrudan iletişimin olup olmadığına odaklanmıştır. Taraflar arasındaki iletişimi maskelenmiş bir yazılımın bölmesi tüketici için risklidir.⁵⁸ Alexa ve Siri gibi yazılımlar, önceden programlandığı şekilde sorular sormakta ve cevaplamaktadır. Dolayısıyla burada

⁵⁶ Wendehorst, "§ 312i Allgemeine Pflichten," Rn. 18-20.

⁵⁷ Bkz. E. Özgür Gönenç, "İletişimin Tarihsel Süreci," *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, no. 28 (2007): 88.

⁵⁸ Wendehorst, "§ 312i Allgemeine Pflichten," Rn. 49-50.

kişiler arasında gerçekleşen bireysel iletişimden bahsedilemez.⁵⁹ Ayrıca, tüketicinin iletişim partnerinin insan olmadığı otomatik cevap sistemlerinin kullanıldığı hallerde E-Ticaret Yönergesi anlamında bireysel iletişimden bahsedilemeyeceği de belirtilmektedir.⁶⁰ Bu nedenle, girişimci E-Ticaret Yönergesi'nin 11. maddesindeki tüm koşulları yerine getirmekle yükümlüdür.

Sözü edilen yükümlülüklerin yerine getirilemediği akıllı yardımcıları yoluyla kurulan sözleşmeler bakımından konu Avrupa Adalet Divanı'nın tarafından aydınlatılmaya muhtaçtır.

E-Ticaret Yönergesi'nin verilmesini gerekli gördüğü sözleşmenin kurulması için izlenecek farklı teknik adımlar, siparişin verilmesinden önce girdi hatalarının belirlenmesine ve düzeltilmesine ilişkin teknik araçlara ilişkin ve sözleşmenin kurulması için önerilen diller gibi diğer ek bilgilendirme yükümlülüklerinin girişimci tarafından web sayfasına veya genel işlem şartlarına konulması suretiyle yerine getirilmesi mümkündür.⁶¹

SONUÇ

Teknolojisinin son ürünlerinden biri olarak gösterilen akıllı yardımcıların (Amazon Alexa", "Google Assistant" veya "Apple Siri" gibi) kullanımı günden güne artmaktadır. Yüz yüze iletişim yerine sesli komutlarla harekete geçen otonom yazılımların kurduğu sözleşmelerin temel özelliği, akıllı yardımcı tarafından tüketicinin irade açıklamasının (sesli komutunun), insan dilinden bilgisayar diline çevrilerek satıcı veya sağlayıcıya iletilmesidir. Sesli komutun verilmesi, tüketicinin maus'a tıklaması veya klavyeye bir şeyler yazmasında olduğu gibi iradenin açıklanmasına yönelik bir fiil olarak nitelendirilebilir. Dolayısıyla, akıllı yardımcının kurduğu sözleşme aslında tüketici ve satıcı veya sağlayıcı arasında kurulan bir tüketici sözleşmesidir. Ayrıca, bu sözleşmenin, genel olarak " tarafların eş zamanlı fiziksel varlığı olmaksızın, mal veya hizmetlerin uzaktan

⁵⁹ Wendehorst, "§ 312i Allgemeine Pflichten," Rn. 50.

⁶⁰ Marina Tamm und Klaus Tonner, *Verbraucherrecht* (Baden-Baden: Nomos, 2016), Rn. 39.

⁶¹ Wendehorst, "§ 312i Allgemeine Pflichten," Rn.20.

pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde taraflar arasında sözleşmenin kurulduğu ana kadar ve kurulduğu an da dahil olmak üzere sadece bir veya daha fazla uzaktan iletişim aracının kullanılması suretiyle kurulan sözleşme” olarak tanımlanan mesafeli sözleşmelerden olduğunu da kabul etmek gerekir. Zira, tüketici sadece otomobilinden, telefonundan veya odasında Siri, Alexa veya Google Assistant’ın sesini duymakta, dolayısıyla satıcı veya sağlayıcının “fiziksel varlığı” bulunmamaktadır. Akıllı yardımcılarının dahil olduğu sözleşmelerin “mal veya hizmetlerin uzaktan pazarlanmasına yönelik olarak oluşturulmuş bir sistem çerçevesinde” kurulduğundan da şüphe edilemez. Son olarak, mesafeli sözleşmelere ilişkin “sadece bir veya birden fazla uzaktan iletişim aracılığıyla kurulması” şartının da gerçekleştiği ve akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerin mesafeli sözleşmeler için aranan tüm şartları taşıdığı kabul edilmektedir.

Mesafeli sözleşmelerde, tüketiciyi koruyan düzenlemelerin başında satıcı veya sağlayıcı için getirilen bilgilendirme yükümlülükleri yer almaktadır. Tüketicinin hangi konuda, hangi kapsamda ve nasıl bilgilendirileceği, mesafeli sözleşmenin kurulması için kullanılan uzaktan iletişim aracının türüne göre ayrıntılı düzenlenmiş, bilgilendirme yükümlülüğü bakımından kategoriler oluşturulmuştur. Akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmeler, “sesli iletişim veya siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ve zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulan mesafeli sözleşme” kategorisi içindedir ve bu tür mesafeli sözleşmelerde olduğu gibi akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde de sınırlı bilgilendirme yeterli görülmelidir. Ancak, sınırlı da olsa gereken bilgilerin tüketiciye iletilebilmesi için gereken “bilgilendirmenin tüketici tarafından fiilen görülebilecek şekilde yapılması ve siparişi vermeden okunabilmesi şartı”nın bu tip sözleşmelerde gerçekleşmesi zordur. Özellikle, Tüketici Hakları Yönergesi’nin 39. gerekçesinde yer alan “tüketicinin siparişi öncesinde sözleşmenin esaslı unsurlarını tamamen okunmalı ve anlamış olmalı” ifadesi sorunludur. Bu nedenle, 39. gerekçede, sesli iletişim yoluyla kurulan sözleşmeler bakımından değişiklik yapılarak, bilgilerin sesli şekilde tüketiciye iletilmesinin yeterli olacağına ilişkin bir düzenleme yapılması önerilmektedir.

Bununla birlikte, temel bilgiler bile olsa tüm bu bilgilerin her sözleşme öncesinde ve aynı ürün veya hizmete ilişkin tüm siparişlerde sözlü olarak sunumunun tüketiciyi rahatsız edebileceği de dikkate alınmalıdır. Pratik bir şekilde sözleşme kurmak istediği için akıllı yardımcıyı tercih eden bir tüketiciye bilgilerin bir görüntü ya da bir kağıtta sonradan iletilmesini isteyebilme seçeneği de sunulmalıdır. Dolayısıyla, kendi isteği ile, sipariş öncesi bilgilendirilmemiş olan tüketici bakımından, “sözleşme ile bağlı olmama” sonucu doğmamalıdır.

Yine, sipariş verilmesi için tuşların kullanıldığı hallerde girişimciler için, tüketicilere okunabilir şekilde ödeme yükümlülüğünün bulunduğu dair bilgi verme yükümlülüğü getiren “tuş çözümü”nün akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulacak bir sözleşmede nasıl uygulanacağı da sorunludur. Bu çözümün, akıllı mesafeli sözleşmeler için de uygulanması gerekli görülürse, hükmün ihlali tüketicinin sözleşme ile bağlı olmaması sonucunu doğuracaktır. Yani, sesli iletişim veya siparişe ilişkin bilgilerin sınırlı alanda ve zamanda sunulduğu bir ortam yoluyla kurulan bir mesafeli sözleşmede girişimci tüketiciden ödeme talebinde bulunamayacaktır. Akıllı yardımcılar vasıtasıyla bir siparişte bulunulduğunda da, bir tuşun aktive edilmesi veya benzer bir fiilde bulunulması gerekmemekle birlikte, girişimcinin tüketiciyi siparişi yaptığı sırada siparişin bir ödeme yükümü getirdiği konusunda açıkça bilgilendirmesi gerekir. Girişimci bunu gerçekleştirmediğinde, tüketici sözleşme veya siparişi ile bağlı olmayacaktır.

Son olarak, elektronik sözleşmeler için aranan bilgilendirme yükümlülüklerinin de akıllı yardımcılar aracılığıyla kurulan sözleşmelerde yerine getirilmesi gerektiğine de işaret etmek gerekir.

Bilgilendirme yükümlülüklerine dair yapılan tüm bu açıklamalar, sesli iletişime dayanan akıllı yardımcılarla kurulan sözleşmeler bakımından bilgilendirme yükümlülüklerinin kapsamı ve şeklinin önemli bir sorun teşkil ettiğini; yakın bir gelecekte daha fazla karşılaşacağımız bu sözleşmeye ilişkin mevcut düzenlemelerde değişiklik yapma vaktinin geldiğini göstermektedir.

KAYNAKÇA

- Akipek Öcal, Şebnem. "E-Sözleşmelerin Hukuki Niteliği." İç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, 35-46. İstanbul: Aristo, 2017.
- Altınışık, Ulvi. *Elektronik Sözleşmeler*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.
- Amazon. "Alexa User Guide: Learn What Alexa Can Do." <https://www.amazon.com/b?node=17934671011>.
- Atamer, Yeşim Müride. "Tüketici Hukukunun Gelişimi, Dünü, Bugünü ve Yarını." İç. *Tüketicinin Korunması Semineri*, ed. Ebru Ceylan. Ankara: Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, 2007.
- Aydoğdu, Murat. *Tüketici Hukuku Dersleri*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.
- Baş Süzel, Ece. "Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Sözleşmenin Kurulmasından Önce Korunması: Ön Bilgilendirme Yükümlülüğü." *Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, no. 2 (2018): 339-369.
- Bellican, Cüneyt. "Elektronik Sözleşmelerde Tüketicinin Bilgilendirilmesi." İç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, 91-127. İstanbul: Aristo, 2017.
- Bozbel, Savaş. "Türk Hukukunda Mesafeli Sözleşmeler." *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi* VII, no. 3-4 (Aralık 2003): 783-804.
- Bush, Christoph. "BGB § 312 j," İç. *Beck-online, Grosskommentar zum Zivilrecht (BeckOGK)*, ed. Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz ve Christoph Reymann. München: Verlag C.H.BECK.
- Demir, Mehmet. *Mesafeli Sözleşmelerin İnternet Üzerinden Kurulması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.
- Dönmez, Zeynep. "2011/83/EU Sayılı Tüketici Hakları Direktifi ve Bu Direktifin Mesafeli Sözleşmeler Alanında Türk Hukukuna Yansımaları." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 7, no. 1 (2016): 351-380.
- Eidenmüller, Horst. "The Rise of Robots and the Law of Humans." *ZEuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht)* 25, (2017): 765-778.
- Ercan, Cannur. "Robotların Fiillerinden Doğan Hukuki Sorumluluk Sözleşme Dışı Sorumluluk Hallerinde Çözüm Önerileri." *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* 11, no. 40 (Ekim 2019):19-53.

- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2019.
- Eugen Ehmann, ed. *Lexikon für das IT-Recht, 2013/2014*. Jehle, 2013.
- Gezder, Ümit. "Mesafeli Sözleşmelerde Bilgi Verme Yükümlülüğü." İç. 2. *Tüketici Hukuku Sempozyumu*, ed. Hakan Tokbaş ve Fehim Uçışık, 614-622. Ankara: Bilge Yayınevi, 2013.
- Gezder, Ümit. *Mukayeseli Hukuk Açısından İnternette Akdedilen Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: Beta Yayınları, 2004.
- Google. "Meet the Google Home app," <https://support.google.com/chromecast/answer/7071794?co=GENIE.Platform%3DAndroid&hl=en>.
- Gönenç, E. Özgür. "İletişimin Tarihsel Süreci." *İstanbul Üniversitesi İletişim Fakültesi Dergisi*, no. 28 (2007): 87-102.
- Hergenröder, Cyril. "Die Vereinbarkeit sogenannter „Dash Buttons“ mit den zivilrechtlichen Regelungen zum E-Commerce." *Verbraucher und Recht (VuR)* 32, no. 5 (2017): 174-179.
- Kara Kılıçarslan, Seda. "Tüketici Sözleşmelerinde Bilgilendirme Yükümlülüğü." *Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no. 2 (2015): 183-222.
- Karamanlioğlu, Argun. "Concept of Smart Contracts-A Legal Perspective." *KOSBED (Kocaeli Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi)*, no. 35 (2018): 29-42.
- Kersten, Jens. "Menschen und Maschinen." *JuristenZeitung (JZ)* 70, no. 1 (2015): 1-8.
- Keßler, Oliver. "Intelligente Roboter-neue Technologien im Einsatz, Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Handelns informationstechnischer Systeme." *MultiMedia und Recht (MMR)*, (2017): 589-594.
- Kılıçoğlu, M. Ahmet. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2017.
- Kocayusufpaşaoğlu, Necip, Hüseyin Hatemi, Rona Serozan ve Abdülkadir Arpacı. *Borçlar Hukuku Genel Bölüm, Borçlar Hukukuna Giriş, Hukuki İşlem, Sözleşme*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2008.
- Leeb, Christina-Maria. "Rechtskonformer Vertragsabschluss mittels Dash Button? Innovativer Wocheneinkauf 4.0 auf dem Prüfstand." *MultiMedia und Recht (MMR)*, (2017): 89-92.
- Maume, Philipp. "§ 312j Besondere Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern." İç. *Beck'sche Online-Kommentare (BeckOK)*, ed. Wolfgang Hau ve Roman Poseck. München: Verlag C.H.BECK, 2020.

- Oğuzman, M. Kemal ve M. Turgut Öz. *Borçlar Hukuku, Genel Hükümler Cilt I*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, 2013.
- Reich, Norbert. "Die Neue Richtlinie 97/7/ EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz." *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht EuZW*, (1997): 581-589.
- Retailer. "Tek tuşla sipariş nasıl bir deneyim. Amazon Dash Button incelemesi.." <http://www.retailer.net/categorilenmemis/tek-tusla-siparis-nasil-bir-deneyim-amazon-dash-button-incelemesi/>.
- Rott, Peter. "Information obligations and withdrawal rights." İç. *The Cambridge Companion to European Union Private Law*, ed. Chridtian Twigg-Flesner, 187-200. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Rüscher. Daniel. "Alexa, Siri und Google als digitale Spione im Auftrag der Ermittlungsbehörden?." *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)* 38, no. 12 (2018): 687-692.
- Sağlam, İpek. *Elektronik Sözleşmeler*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2007.
- Sein, Karin "Concluding Consumer Contracts via Smart Assistants: Mission Impossible Under European Consumer Law?." *Journal of European Consumer and Market Law (EuCM)*7, no. 5 (Ekim 2018): 179-188.
- Sözer, Bülent. *Elektronik Sözleşmeler*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2002.
- Spindler, Gerald ve Fabian Schuster. *Recht der elektronischen Medien. München: Verlag C.H.BECK, 2019.*
- Steels, Luc. "When are robots intelligent autonomous agents?." *Robotics and Autonomous Systems* 15, no. 1-2 (Temmuz 1995): 3-9.
- Tekinay, Selahattin Sulhi. Sermet Akman, Haluk Burcuoğlu ve Atilla Altop. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.
- Tiryaki, Betül. "E-Tüketici ve Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması." İç. *inet-tr'08-XIII. Türkiye'de İnternet Konferansı Bildirileri*, 22-23 Aralık 2008, ODTÜ, Ankara, 91-96. Ankara.
- Turan, Gamze. "Elektronik Sözleşmeler ve Elektronik Sözleşmelere Uygulanacak Hukukun Tespiti." *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, no. 77 (2008): 87-119.

- Vardar Hamamcıoğlu, Gülşah. "Elektronik Sözleşme Mesafeli Sözleşme Ayrımı." İç. *E-Ticaret Sektöründe Tüketici Hukuku Uygulamaları*, ed. Ali Tokbaş ve Ali Suphi Kurşun, 49-70. İstanbul: Aristo, 2017.
- Wendehorst, Christiane. "§ 312i Allgemeine Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr." İç. *Münchener Kommentar zum BGB*, ed. Franz Jürgen Säcker, Roland Rixecker, Hartmut Oetker ve Bettina Limperg. München: Verlag C.H.BECK, 2019.
- Yıldırım, Abdülkerim. "Mesafe Satımı ile Mesafeli Satım Kavramları Üzerine Karşılaştırmalı Bir İnceleme." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi IX*, no. 1-2 (2005): 127-152.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Mesafeli Sözleşmelerde Tüketicinin Korunması*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.
- YouTube. "Ses Tanıma Teknolojisi." Ocak 19, 2018. <https://www.youtube.com/watch?v=CH01-xBh5NQ>.
- YouTube. "Google Duplex: A.I. Assistant Calls Local Businesses To Make Appointments." Mayıs 8, 2018. <https://www.youtube.com/watch?v=D5VN56jQMWM>.
- Zevkliler, Aydın ve Çağlar Özel. *Tüketicinin Korunması Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.

ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN YAPISI VE GÖREVLERİ

Structure and Duties of The Union Of Access Providers

Hüseyin ÖZTÜRK*

Öz

İnternet alanında ortaya çıkan hukuka aykırılıklar dolayısıyla verilen erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla 06.02.2014 tarihinde Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur. Erişim Sağlayıcıları Birliği, 5651 sayılı Kanun'un 6/A-f.5 gereğince 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşmaktadır. Erişim Sağlayıcıları Birliği, bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuştur. Öte yandan Birlik zorunlu üyelik ve zorunlu aidat gibi kimi bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmıştır. ESB'nin esas görevi 5651 sayılı Kanunun 8. Maddesi dışında kalan erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır. Aynı şekilde 5651 sayılı Kanunun içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi başlıklı 9. maddesinin 5. ve 8. fıkraları gereğince verilen kararların uygulanmasını da ESB sağlamaktır. Kanun ile bir özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlenen ESB'nin idarenin haiz olduğu bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması, hukuki niteliğinin ne olduğu noktasında tartışmalara sebebiyet vermiştir. Çalışmada ESB'nin kuruluş süreci, yapısı, görevleri ve bu alandaki tartışmalar ele alınmıştır.

* Araştırma Görevlisi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Anayasa Hukuku Anabilim Dalı, huseyin.ozturk@asbu.edu.tr, ORCID: 0000-0003-3892-2003.

Makale Gönderim Tarihi/Received: 17.09.2019.

Makale Kabul Tarihi/Accepted: 05.06.2020.

Ahahtar Kelimeler: Erişim Sağlayıcıları Birliği, Erişim Engelleme Kararı, Kamu Tüzel Kişisi, Özel Hukuk Tüzel Kişisi, Kamu Gücü Ve Ayrıcalıkları.

Abstract

The Union of Access Providers was established on 06.02.2014 in order to ensure the implementation of access blocking decisions made due to violations of the law arising in the field of internet. The Access Providers Union consists of the participation of all internet service providers and other operators providing internet access service under the Electronic Communication Law No. 5809 pursuant to Law No. 5651, 6 / A-f.5. Access Providers Association was established as a private legal entity. On the other hand, the Union is equipped with some public power and privileges such as mandatory membership and mandatory dues. The main duty of the ESB is to ensure the implementation of access blocking decisions other than Article 8 of Law No. 5651. Likewise, ESB is to ensure the implementation of the decisions made pursuant to paragraphs 5 and 8 of Article 9 of the Law No. 5651 entitled to take down the content and to prevent access. The fact that the ESB, which is organized as a private legal entity by the law, is equipped with some public power and privileges that the administration has caused caused controversy regarding the legal nature of it. In the study, the establishment process, structure, duties of the ESB and the discussions in this area were discussed.

Keywords: The Union of Access Providers, Access Blocking Decision, Public Legal Entity, Private Legal Entity, Public Power And Privileges.

GİRİŞ

Bilişim alanında ve özellikle internet dünyasındaki hak ihlallerinin etkin bir şekilde giderilmesini sağlamak üzere 06.02.2014 tarihli 6518 sayılı Kanun'un 90.maddesi ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun' a 6/A maddesi eklenecek Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur. Erişim Sağlayıcıları Birli-

ğ'i'nin esas işlevi hem üyelerin kendi içinde hem de adli ve idari makamlar ile koordinasyonu sağlamaktır. Kurumun bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması ve kanun ile özel hukuk tüzel kişisi olarak örgütlenmesi kaçınılmaz olarak birtakım tartışmaları beraberinde getirmiştir. Bu çalışmamızda Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hangi saikler ile hukuk dünyasına dâhil olduğunu, ne tür faaliyetlerde bulunduğunu ve bu alandaki birtakım tartışmaları ele alacağız.

I. ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN KURULUŞ SÜRECİ

Erişim Sağlayıcıları Birliği, 06.02.2014 tarihinde 6518 sayılı kanun ile 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'a eklenen 6/A maddesi ile kurulmuştur. Birliğin kuruluş gerekçesi¹ adli ve idari makamlarca verilen içeriğin yayından çıkartılması ve erişimin engellenmesi kararlarının uygulanmasında karşılaşılan muhatap belirsizliğinin giderilmesi ve sektörde sivil inisiyatifin etkin kılınmasıdır.² Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcılar ile internet erişimi hizmeti veren diğer işletmecilerin iştirakleri neticesinde oluşan ve sektörde faaliyet gösterenlerin hem birbiri ile hem de idari ve adli makamlar arasındaki irtibatı sağlayan bir kuruluştur.

¹ "İçeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının mevcut uygulamalar yönüyle ortaya koyduğu sorunlar, infaz edilememelik ve muhatap belirsizliği gibi engellerin ortadan kaldırılması amacıyla sivil bir inisiyatif olan Erişim Sağlayıcıları Birliğinin oluşturulması; internet yayınlarına ilişkin tedbir kararların uygulanması süreçlerinde kamusal aktörler yerine sektör temsilcilerinin oluşturduğu sivil inisiyatifin etkin kılınması ve gelişmiş ülke uygulamalarına paralellik sağlanması; tüm servis sağlayıcıların faaliyetlerine devam edebilmek için Birliğe üye olmasının zorunlu kılınması; oluşturulan Birliğe ilişkin esas ve usullerin belirlenmesi amacıyla, 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanuna 6/A maddesi eklenmesini öngören bir hüküm Tasarıya çerçeve 97 nci madde olarak eklenmiştir." "6518 sayılı Kanun Gerekçesi," TBMM Mevzuat Bilgi Sistemi, erişim tarihi Haziran 15, 2020, <https://mevzuat.tbmm.gov.tr/mevzuat/faces/kanunmaddeleri?pkanunlarno=133166&pkanunnumarasi=6518>.

² Bülent Kent, *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 139.

5651 sayılı Kanun'un 6/A maddesi gereğince Birliğin çalışma usul ve esasları, Bilgi Teknolojileri Ve İletişim Kurumu tarafından onaylanmış tüzükle belirlenir. Aynı maddede Birliğin, tüzüğün BTK tarafından uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlayacağı öngörülmüştür. Bu çerçevede BTK tarafından 30.04.2014 tarihinde 6518 sayılı kanunla 5651 sayılı Kanun'a eklenen³ geçici madde 3 uyarınca hazırlanan tüzük onaylanmış ve ardından 19.05.2014 tarihinde Erişim Sağlayıcıları Birliği faaliyete başlamıştır. BTK'nun söz konusu tüzüğü uygun bulup onaylama işlemi Serbest Telekomünikasyon İşletmeciler Derneği tarafından yürütmenin durdurulması talebiyle yargıya taşınmış ve bu süreçte Danıştay 13. Dairesi yürütmenin durdurulması kararı vermiştir.⁴ Danıştay 13. Dairesinin verdiği bu

³ Kanununun 6639 sayılı kanun ile değiştirilmeden evvelki hali şu şekildedir: "(1) Birliğin kuruluşu bu Kanunun yayımı tarihinden itibaren üç ay içinde tamamlanır.(2) Birlik, **mevcut internet servis sağlayıcıları** ile erişim hizmeti veren işletmecilerin en az dörtte birinin katılımıyla imzalanan Birlik Tüzüğü'nün Kurum tarafından incelenerek uygun bulunmasını müteakip faaliyete başlar. Birliğin kurulmasını müteakip en geç bir ay içinde hâlen üye olmayan internet servis sağlayıcıları ve erişim hizmeti veren işletmeciler üyeliklerini tamamlamak zorundadır. (3) Belirtilen sürede Birliğin kuruluşunu tamamlayamaması hâlinde, Kurum tarafından internet servis sağlayıcılarına ve internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır. (4) Birliğin kurulmasını müteakip bir ay içinde üye olmayan internet servis sağlayıcılarına veya internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilere, Kurum tarafından bir önceki takvim yılındaki net satışlarının yüzde biri oranında idari para cezası uygulanır."

⁴ BTK'nun tüzüğü uygun bulma işlemine karşı hangi gerekçelerle Serbest Telekomünikasyon İşletmeciler Derneği tarafından dava açıldığı ve bunun üzerine Danıştay 13. Dairesince yürütmeyi durdurma kararı verildiği, Dan. İDDK İtiraz No:2015/301, 04.05.2015 tarihli kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "Anılan hükümlere istinaden, dava konusu edilen 30/04/2014 günlü, 2014/DK-TIB/236 sayılı Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurulu karar ile fîilen erişim hizmeti veren ve imtiyaz sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 4 işletmeci, görev sözleşmesi kapsamında faaliyet gösteren 1 işletmeci ile 7 internet servis sağlayıcılığı hizmeti veren işletmeci olmak üzere toplam 12 işletmeci tarafından imzalanan Erişim Sağlayıcıları Birliği tüzüğü onaylandıktan sonra, internet servis sağlayıcısı işletmecilerden biri tarafından hazırlanan ve toplam 116 işletmecinin katılımıyla hazırlanan tüzük tasarısı davalı idareye sunulmuş; ancak 15/05/2014 günlü, 233466 sayılı işlemle, dava konusu Kurul kararı ile tüzük onaylandığı için başvuru hakkında işlem tesis edilemeyeceğinin bildirilmesi üzerine davacı tarafından bakılan dava açılmıştır. Danıştay On Üçüncü Dairesi'nin 20/01/2015 günlü, E:2014/2037 sayılı kararıyla, Tüzüğün, 5651 sayılı Kanun'un Geçici 3.

karara karşı BTK, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu'na itiraz başvurusunda bulunmuştur. Yargı süreci bu şekilde devam ederken 5651 sayılı kanuna 6518 sayılı Kanun'la eklenen geçici 3. maddenin ikinci fıkrasındaki “*mevcut internet servis sağlayıcıları*” ibaresi 27/3/2015 tarihli ve 6639 sayılı Kanunun 30. maddesiyle “*bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla abonesi bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları*” şeklinde değiştirilmiştir. Aynı zamanda söz konusu kısmi değişiklik, 6639 sayılı kanunun yayım tarihi olan 15.04.2015 tarihinden itibaren değil, 6518 sayılı Kanun'un yayım tarihi olan 19.02.2014 tarihinden itibaren geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe girmiştir.

Devam eden zaman diliminde, Danıştay İdari Dava Daireleri Kurulu, önüne gelen söz konusu itiraz başvurusunu incelerken mevzubahis kanun değişikliğini, Anayasa'ya aykırılık gerekçesi ile Anayasa Mahkemesi'ne taşımıştır.⁵ DİDDK Anayasa Mahkemesi'ne itiraz gerekçesinde, bahsi geçen kanun değişikliğinin Danıştay 13.Dairesinin vermiş olduğu yürütmenin durdurulması kararını bertaraf etmek için yapıldığını ve haliyle kanun değişikliğinin kamu

maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm uyarınca, yetkilendirilmiş yani mevcut 282 internet servis sağlayıcısı ile fiilen erişim hizmeti veren 4 işletmecinin toplamının en az dörtte biri tarafından imzalanması gerektiği halde; fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmeciler ile diğer 4 işletmecinin toplamının dörtte biri dikkate alınarak toplam 12 işletmeci tarafından imzalandığı; bu durumda, Kanun'da öngörülen yeter sayıda imzalanmayan Tüzüğün onaylanmasına ilişkin dava konusu işlemde hukuka uygunluk bulunmadığı, öte yandan, anılan Kanun'un geçici 3. maddesinin ikinci fıkrasındaki 'mevcut' ibaresinden fiilen internet servis sağlayıcılığı hizmeti sunan işletmecilerin anlaşılması gerektiğine ilişkin davalı idare yorumunun, yetkilendirilmiş tüm işletmecilerin üye olma zorunluluğu bulunan Birliğin oluşumundaki çoğulculuğa aykırı olacağı gerekçesiyle, dava konusu işlemin yürütmesinin durdurulmasına karar verilmiştir.” Erişim Sağlayıcıları Birliği, erişim tarihi Mart 29, 2019, <https://www.esb.org.tr/sites/default/files/Danistay08112016.pdf>.

⁵ “Bu nedenle Kurulumuzun 04.05.2015 günlü, YD İtiraz No:2015/301 sayılı kararıyla, ESB tüzüğünün kimler tarafından hazırlanacağını düzenleyen kuralda yapılan değişikliğin, kamu yararından ziyade, yargı kararını bertaraf etme amacını taşıdığı belirtilerek, 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 40. maddesinin birinci fıkrası gereğince 6639 sayılı Kanun'un 30. ve 40/a maddelerinin, Anayasa'nın Başlangıç kısmının dördüncü fıkrası ile 2., 6., 7., 9., 11., 125. ve 138. maddelerin aykırı olduğu kanısına ulaşılması nedeniyle Anayasa Mahkemesine başvurulmasına karar verilmiştir.” Erişim Sağlayıcıları Birliği, erişim tarihi Mart 29, 2019, <https://www.esb.org.tr/sites/default/files/Danistay08112016.pdf>.

yararı için değil de belli bir özel çıkar için yapıldığını, bu durumun Anayasanın 2. maddesindeki hukuk devleti ilkesi ile uyarlığı bulunmadığını, ayrıca kanun değişikliğinin yargı kararını saf dışı bırakmak maksadıyla yapıldığını ve bu durumun Anayasa'nın 138. maddesine aykırılık oluşturacağını ifade etmiştir.

İtiraz başvurusunu değerlendiren Anayasa Mahkemesi, ilk olarak kamu yararı çerçevesinde yaptığı incelemede kamu yararının tanımını yapıp kanunların kamu yararı amacıyla yapılması gerektiğini ifade etmiştir. Öte yandan kanunların açık ve kesin olarak özel çıkar için yapıldığının saptanması halinde Anayasa madde 2' de düzenlenen hukuk devleti ilkesine aykırı olacağına değinmiş, bunun dışındaki ayrıksı durumlarda nelerin kamu yararı olduğunun değerlendirilmesinin bir siyasi tercih olduğunu belirterek bu durumun Anayasa yargısı dışında kaldığını hükme bağlamıştır. Bu açıklamadan sonra söz konusu kanun değişikliğinin belli bir özel menfaat için değil 'mevcut internet servis sağlayıcılar' ibaresinin farklı yorumlanması sonucu ortaya çıkan belirsizliği gidermek maksadıyla yapıldığı ve dolayısıyla burada kamu yararının varlığı söz konusu olduğu gerekçesiyle Anayasaya aykırılığın olmadığını belirtmiştir.⁶ Anayasa Mahkemesinin gerekçesi kanaatimizce yerindedir. Zira

⁶ "Yapılan değişikliğin mahiyeti göz önünde bulundurulduğunda, kanun koyucunun, kuralda değişiklik yapılmadan önce de Birlik Tüzüğü'nün sektörde fiilen faaliyette bulunan işletmelerin en az dörtte biri tarafından hazırlanmasını öngördüğü anlaşılmaktadır. Bu çerçevede, kuralın ilk halinde yer alan "mevcut internet servis sağlayıcıları" ibaresiyle aboneli bulunan ve fiilen bu hizmeti veren internet servis sağlayıcılarının ifade edilmek istendiği, ancak bu ibarenin uygulamada farklı şekilde yorumlanması üzerine kurala açıklık getirmek ve oluşan belirsizliği gidermek amacıyla "bu maddenin yürürlük tarihi itibarıyla aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları" şeklinde değiştirildiği sonucuna varılmaktadır. Yasamanın genelliği ilkesi gereğince, ESB Tüzüğü'nün kimler tarafından hazırlanabileceğini belirleme yetkisi kanun koyucuya aittir. Bu kapsamda, ESB Tüzüğü'nün aboneli bulunan mevcut internet servis sağlayıcıları ile internet erişimi hizmeti veren işletmeler tarafından hazırlanmasını öngören kuralın kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olduğu açıktır. İtiraz konusu kuralın ESB Tüzüğü'nü hazırlayacak asgari işletme sayısına açıklık getirmek ve bu konuda uygulamada ortaya çıkan belirsizliği gidermek amacıyla ihdas edildiği dikkate alındığında, kamu yararına aykırı bir yönü bulunmadığı gibi yargı kararını etkisizleştirmeye yönelik bir düzenleme olarak da değerlendirilemez." AYM, E.2015/88, K.2016/156, 07.09.2016.

kamu yararı kavramı içeriği önceden belli olmayan ve tanımlanamayan bir niteliğe haizdir.⁷ Bir konunun kamu yararı niteliğine sahip olup olmadığını takdir yetkisi yasama organına aittir. Zaten yasaların kamu yararına haiz olduğu varsayılır.⁸ Yüksek Mahkeme yerinde olarak mezkûr kararda yasama organın açık ve kesin bir şekilde kamu yararından saptığı vakit Anayasaya aykırılığın söz konusu olacağını, bunun dışında kalan hususlarda yasama organın takdir yetkisin var olduğunu ifade etmiştir. Kaldı ki hukuka aykırı bir durumun giderilmesi amacıyla verilen erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlayan Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin faaliyete geçebilmesi için asgari işletmecisi sayısının tespitindeki belirsizliği ortadan kaldırmayı maksat edinen kanun değişikliğinin kamu yararına olduğu da açıktır.

Anayasa Mahkemesi söz konusu kanun değişikliğini, kamu yararı çerçevesinde değerlendirmesinin ardından kanunların geriye yürümezliği ilkesi bağlamında da ele almıştır. Mahkeme, kanunların yürürlüğe girdikten sonraki olay ve durumlara uygulanması gerektiğini ifade ettikten sonra; bu durumun kamu yararı ve kamu düzeninin gerekleri gibi istisnai hâllerde göz ardı edilebileceğini ve bahsi geçen kanun değişikliğinin de kamu yararı gereğince geriye yürütüldüğünü belirtmiş ve anılan kanun hükmünün de Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir.⁹ Mahkemenin vermiş olduğu bu

⁷ Tekin Akıllıoğlu, "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler," *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi* 9, no. 1-3 (1988): 11; Kemal Gözler, *Türk Anayasa Hukuku* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019), 1125.

⁸ Ergun Özbudun, *Türk Anayasa Hukuku* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2018), 388.

⁹ "ESB'nin faaliyetlerine başlayabilmesi ESB Tüzüğü'nün BTK tarafından onaylanmasıyla mümkündür. Dolayısıyla, Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin 30.4.2014 tarihli BTK kararının yargı kararıyla yürürlüğünün durdurulması ESB'nin faaliyetlerinin sona ermesine neden olacağı gibi faaliyetlerine başladığı tarihten itibaren verdiği kararların da hukukten geçersiz sayılmasına sebebiyet verebilecektir. İtiraz konusu kuralla, ESB Tüzüğü'nün onaylanmasına ilişkin işlemin yürürlüğünün durdurulması üzerine erişimin engellenmesine yönelik kararların uygulanması noktasında ortaya çıkacak sorunların giderilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Bu kapsamda, ESB Tüzüğü'nü hazırlayacak asgari işletme sayısını düzenleyen 5651 sayılı Kanun'un geçici 3. maddesinin (2) numaralı fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişikliğin geçmişe yürütülerek 19.2.2014 tarihinden geçerli olmak üzere yayımı tarihinde yürürlüğe girmesi öngörülmüştür. Dolayısıyla, erişimin engellen-

karar elbette ki tartışmaya açıktır. Zira mevzubahis kanun değişikliği kanunun yayım tarihi olan 15.04.2015 değil 19.02.2014 tarihinden itibaren geçmişe etkili olacak şekilde yürürlüğe girmiştir. Burada kanunların geriye yürümezliği ilkesinin ihlal edildiği açıktır. Ancak diğer tarafta da 19.05.2014 tarihinde faaliyete başlamış olan Birliğin işlemleri vardır. Şayet kanun değişikliği iptal edilirse Birlik işlemleri hukuki sebepten yoksun kalacak ve işlemlerin geçersiz sayılmasına sebebiyet verilecektir. Yüksek mahkeme bu ikilem de Birliğin faaliyetine devam edebilmesi ve yapmış olduğu işlemlerin geçerliliğine halel gelmemesi için ikinci şıkkı tercih etmiş ve kanun değişikliğini Anayasa aykırı bulmamıştır.

Anayasa Mahkemesi yukarıda bahsi geçen gerekçelerden ötürü DİDDK' nın yapmış olduğu başvuruyu reddetmiştir. Bunun üzerine DİDDK, Danıştay 13.Dairesinin vermiş olduğu yürütmeyi durdurma kararının kaldırılmasına ve BTK' nın söz konusu tüzüğü onaylama işlemine karşı açılan davanın reddine karar vermiştir.¹⁰ Böylelikle Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin faaliyete başlamasındaki belirsizlik ortadan kalkmıştır.

II. ERIŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN GÖREVLERİ

Adli ve idari merciler tarafından verilen içeriğin yayından çıkartılması ve erişimin engellenmesi kararlarının uygulanması noktasında karşılaşılan infaz edilemezlik¹¹ haline çözüm amacıyla kuru-

mesi kararlarının uygulanmasını koordine etmekle görevli olan ESB'nin, verdiği kararların geçerliliği konusunda oluşabilecek hukuki sorunların önüne geçilmesi ve faaliyetlerine kesintisiz bir şekilde devam etmesi amacıyla yapılan düzenlemede kamu yararına aykırı bir yön bulunmamaktadır.", AYM, E.2015/88, K.2016/156, 07.09.2016.

¹⁰ Dan. İDDK, E.2015/301, 08.11.2016, (https://www.esb.org.tr/sites/default/files/Danistay_08112016.pdf.)

¹¹ Nitekim 5651 sayılı Kanun'a eklenen 6/A maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesine açılan davada mahkeme şu sonuca varmıştır: "Kanun koyucunun ESB'yi, içeriğin yayından çıkartılması ve içeriğe erişimin engellenmesi kararlarının infaz edilemezlik ve muhatap belirsizliği gibi sorunların ortadan kaldırılması ve işin teknik özelliğinden dolayı bu görevi yapabilecek başka bir kurumun bulunmamasını da gözetecek, erişimin engellenmesi kararlarının bir an önce yerine getirilmesini sağlamak amacıyla kurduğunu anlaşılmaktadır", AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

lan Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin en temel görevi, 5651 sayılı Kanun'un 6/A-f.1.'de belirtildiği üzere erişim engellenmesi kararlarının uygulanmasını sağlamaktır.¹²

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin kurulmasındaki temel etken, ifade edilen ses, görüntü vb. şeylerin müthiş derecede bir hızla yayılma imkânına sahip olan internet ortamında işlenen bir suçun, özel hayatın gizliliğini ve kişilik haklarını ihlal eden bir vaziyetin etkin bir şekilde sonlandırılmasının ve gereğinin yapılmasının sağlanmasıdır.¹³ Nitekim Kent, uygulamaya yönelik şu tespitlerde bulunmuştur: 'ESB kurulmadan önce idari ve adli makamlar erişim engelleme kararları verdikten sonra bu kararları bir kısım erişim sağlayıcı işletmelere gönderiyorlar, diğerlerine ise iletişim bilgileri eksiklerinden dolayı gönderemiyorlardı. Ayrıca bu kararlar işletmelere aynı zamanda da gönderilemiyordu. Dolayısıyla erişim engelleme kararlarının aynı anda uygulanması da söz konusu değildi.'¹⁴

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin görevleri Birlik Tüzüğü'nün Birliğin faaliyetleri başlıklı 5.maddesinde sayılmıştır. Buna göre, amacına ulaşmak için Birlik aşağıda sayılan faaliyetlerde bulunur:

"Sadece 5651 sayılı kanun kapsamındaki (madde 8 dışında) erişim engelleme kararlarını değil diğer özel kanunlardaki erişim engelleme kararlarının uygulanması sağlamak,

Birlik üyeleri arasındaki koordinasyonu sağlamak,

Erişimin engellenmesi ve erişimin engellenmesinin kaldırılması kararlarının üyelere zamanında gönderilmesine yönelik gerekli her türlü donanım ve yazılımı sağlamak ve işletmek,

Erişimin engellemesi ve erişimin engellenmesinin kaldırılması kararlarının merkezi olarak tutulacağı bir veri tabanı altyapısını işletmek,

Mezzuata uygun olmadığını düşündüğü kararlara itiraz etmek,

¹² Bülent Kent, "Devletin Özel Sektör Eliyle Sansür Yapması Ne Kadar Mümkün?," *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 70.

¹³ Ersan Şen, "Erişim Sağlayıcıları Birliği Ne İşe Yarar?," *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 78.

¹⁴ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 139.

Birliğin kamuoyu tarafından tanınmasını sağlamak ve bu konuda kamuoyunu bilinçlendirmek,

Üyelerden alınacak ücretleri belirlemek ve tahsil etmek,

Üyeler arasında iletişim ve dayanışmayı sağlamak,

Üyelerinin ve sektörde faaliyet gösteren kişilerin bilgi ve yeterliliklerini geliştirmek üzere konferans, panel, kurs, seminer ve benzeri eğitim faaliyetlerinde bulunmak, kitap ve süreli yayınlar hazırlamak veya hazırlatmak,

Birliğin amaçları doğrultusunda ilgili diğer faaliyetlerde bulunmak,”

ESB'nin esas görevi 5651 sayılı Kanununun 8. Maddesi dışında kalan erişim engelleme kararlarının uygulanmasını sağlamaktır.¹⁵ Aynı şekilde 5651 sayılı Kanunun 'içeriğin yayından çıkarılması ve erişimin engellenmesi başlıklı 9. Maddesinin 5. ve 8. fıkraları gereğince verilen kararların uygulanmasını da ESB sağlamaktır.¹⁶

Görüldüğü üzere Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin esas işlevi hem üyelerin kendi içinde hem de adli ve idari makamlar ile koordinasyonu sağlamaktır. Bu bağlamda Erişim Sağlayıcıları Birliği, adli veya idari makamlar tarafından verilen erişim engelleme kararlarını bizatihi kendisi yerine getirmemekte; kararın uygulanmasını sağlamak üzere erişim sağlayıcılara göndermektedir.¹⁷ Başka bir deyişle erişimin engellenmesi kararlarını Erişim Sağlayıcıları Birliği, doğrudan kendisi uygulamamakta; sadece gereğinin yerine getirilmesi için adli veya idari kurumlar ile erişim sağlayıcılar arasında aracılık yapmaktadır.¹⁸ Nitekim Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin koordinasyon işlevinin yerine getirilmesi amacıyla 5651 sayılı Kanun'un 6/A-

¹⁵ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 139.

¹⁶ Melikşah Çırakoğlu, *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişimin Engellenmesi Ve Erişim Sağlayıcıları Birliği* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2018), 139.

¹⁷ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 155.

¹⁸ ESB'nin koordinasyon görevini yerine getirebilmesi amacıyla zorunlu üyeliğin olması gerektiğini ifade eden Anayasa Mahkemesi bu duruma ilişkin şu sonuca ulaşmıştır: “ESB söz konusu erişimin engellenmesi kararlarını doğrudan yerine getirmemekte, yalnızca erişim sağlayıcılar ile söz konusu kararın muhatapları arasında aracılık görevi yapmaktadır.” AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

f.7'de¹⁹, Birliğe yapılan tebligatın erişim sağlayıcılara yapılmış sayılacağı ifade edilmiştir. Aynı yönde kanunun 6A maddesinin 10. Fıkra gereğince öngörülen Birliğe üye olma zorunluluğunun sebebi de söz konusu aracılık faaliyetidir.²⁰ Anayasa Mahkemesi kararında “Birliğe üye olunmasının zorunlu olması ise Birliğe verilen görevin bir gereği olup, zorunluluk getirilmemesi halinde erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinin mümkün olmamasından kaynaklanmaktadır” diyerek zorunlu üyeliğin sebebini açıklamıştır.²¹

III. ERİŞİM SAĞLAYICILARI BİRLİĞİ'NİN YAPISI

A. Genel Olarak

Erişim Sağlayıcıları Birliği, 5651 sayılı Kanun'un 6/A-f.5 gereğince 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcıları ile internet erişim hizmeti veren diğer işletmecilerin katılımıyla oluşmaktadır. Birliğe katılım zorunlu olup katılmayan internet servis sağlayıcıları faaliyette bulunamaz (Madde: 6/A-f.10). Birlik özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş, organları tüzüğünde belirtilmiştir.

B. Organik Yapısı

Birlik Tüzüğü'nün 8. maddesine göre Birliğin genel kurul, yönetim kurulu, denetim kurulu ve genel sekreterlik olmak üzere dört tane zorunlu organı vardır. Birliğin amaç ve ihtiyaçları doğrultu-

¹⁹ Söz konusu kanun maddesi Anayasa Mahkemesi önüne iptali için geldiğinde Mahkeme şu gerekçelerle iptal istemini reddetmiştir: “Kişi hak ve özgürlüklerinin zarar görmesinin engellenmesi amacıyla erişimin engellenmesi kararlarının yerine getirilmesinde ortaya çıkacak gecikme, telafisi imkânsız sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle, erişimin engellenmesi kararlarının en kısa sürede yerine getirilmesi...,Yapılan işin özelliği gereği en kısa sürede yerine getirilmesinin gerekmesi, teknolojik alanda meydana gelen hızlı değişim, ESB'nin ve erişim sağlayıcıların söz konusu tebligattan haberdar olduklarının tespit edilebilmesi hususları göz önüne alındığında iptali istenilen düzenlemeler kanun koyucunun takdir yetkisi kapsamında olup, kuralların hukuki güvenlik ilkesine ve hak arama özgürlüğüne aykırı olduğu söylenemez” AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

²⁰ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 155.

²¹ AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

sunda gerekli iş ve işlemleri yerine getirmek, altyapı ve sistemleri kurmak ve işletmek üzere genel kurul kararıyla ihtiyari organlar oluşturulabilir, teknik, idari, hukuki alt birimler ve uzmanlık grupları kurulabilir.

1. Zorunlu Organlar

a. Genel Kurul

Genel kurul, üyelerin toplandığı, ESB'nin yönetimi ve denetimine ilişkin konuların istişare edilip karara varıldığı üst organdır.²² Genel kurul, üyelik aidatı ödeyen tüm üyelerden teşekkül eder. Her bir üye genel kurulda bir asıl ve bir yedek olmak üzere yetkili mümessil vasıtası ile temsil edilir. Genel kurul olağan ve olağanüstü olmak üzere iki şekilde toplanır. Olağan genel kurul toplantıları yılda en az bir defa ve hesap döneminin bitiminden itibaren üç (3) ay içinde, yönetim kurulunun karar ve çağrısı üzerine yapılır. Olağanüstü genel kurul, yönetim kurulunun çağrısı veya üyelerin Tüzüğü'nün 6/2. maddesine²³ göre hesaplanan oy hakkı kapsamında dörtte bir oy hakkına sahip üyelerin yazılı başvurusu üzerine yapılır. Genel kurulun toplantı yeter sayısı; Tüzüğü'nün 6/2. maddesine göre hesaplanan oy hakkının en az yarısından fazlasına sahip olan üyelerin sayısı kadardır. Üyelerin oy hakkı, Tüzüğü'nün 6/2. maddesi uyarınca hesaplanır. Genel kurulda kararlar, hazır bulunan üyelerin oy hakkına göre hesaplanacak oy çokluğu ile alınır ve tüm üyeler için bağlayıcıdır. Genel kurulda oylar açık olup sadece seçimlerde ve aksine genel kurulca karar verilen hususlarda gizli oya başvurulabilir.

Genel kurulun görev ve yetkilerini şu şekilde sıralayabiliriz:

²² Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 147.

²³ ESB Tüzüğü madde 6/2: "Üyelerin tamamının bir önceki yıl net satış tutarı toplamının %90'lık kısmını oluşturan Birlik üyeleri, genel kuruldaki toplam oy hakkı içinde %50'lik paya sahiptir. Üyelerin tamamının bir önceki yıl net satış tutarı toplamı içinde geriye kalan %10'luk kısmını oluşturan Birlik üyeleri ise, genel kuruldaki toplam oy hakkının diğer %50'lik payına sahiptir. Her bir grup içindeki üyelerin oy hakkı dağılımı ise, her bir üyenin bir önceki yıl net satış tutarının, söz konusu grup içerisindeki üyelerin tamamının bir önceki yıl toplam net satış tutarı toplamına oranlanarak belirlenir."

- Yönetim kurulu ve denetim kurulu üyelerini tüzükte öngörüldüğü üzere seğmek,
- Birliğin btce tasarısını görüşmek ve karara bağlamak,
- Yönetim kurulunca öngörülen raporları incelemek, Birliğin hesabını incelemek ve yönetim kurulunu ibra etmek,
- Taşınmaz mal alınması ve satılması, bunlar üzerinde aynı haklar tesis edilmesi için yönetim kuruluna yetki vermek,
- Birlik Tzğindeki değişiklik önerilerini karara bağlamak ve Kurumun onayına sunmak üzere yönetim kuruluna yetki vermek,
- Yönetim Kurulu yelerinin huzur hakkı ve ücretlerini belirlemek,
- Mevzuat ve Tüzük ile verilmiş diğer görevleri yapmak.

b. Yönetim Kurulu

Yönetim kurulu, Birliği temsil eden organdır ve kurul on bir üyeden oluşmaktadır. Yönetim kurulunun dokuz yesi; Birlik yeleri arasından bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz Birlik yesi tarafından, geriye kalan iki yesi ise bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz Birlik yesinin dışında kalan diğer Birlik yelerinin olduğu grup tarafından seçilir. Bu seçimde, bir önceki yıl en fazla net satış tutarına sahip ilk dokuz ye oy kullanamaz. Seçilen yeler, seçimi izleyen üç gün içinde aralarında görev dağılımı yaparak, yönetim kurulu yeleri arasından yönetim kurulu başkanı ile bir başkan yardımcısı ve bir de st düzey finansal işlerin koordinasyonundan sorumlu sayman üyeyi seçer. Başkanın herhangi bir nedenle görevden ayrılması durumunda yönetim kurulu başkan yardımcısı başkan olarak atanır ve ilk yönetim kurulu toplantısında yeni bir başkan yardımcısı seçilir. (tüzük madde 17). Yönetim kurulunun görev süresi, seçildikleri olağan genel kurul ile bundan sonra yapılacak olan ikinci olağan genel kurul arasındaki iki dönemi kapsar. (madde 18).

Yönetim kurulu ayda en az bir kez olmak üzere yönetim kurulunun belirleyeceği yer ve zamanda salt çoğunluk ile toplanır. Kararlar üye tam sayısının salt çoğunluğuyla alınır. Oylarda eşitlik olması halinde, başkanın bulunduğu taraf üstün tutulur. Yönetim kurulu toplantılarında her üye bir oy hakkına sahiptir. Yönetim Kurulu toplantılarına yönetim kurulu başkanı başkanlık eder. Başkanın bulunmadığı yönetim kurulu toplantılarına, yönetim kurulu başkan yardımcısı başkanlık eder. Başkan yardımcısının da bulunmadığı durumda, hazır bulunan üyeler, kendi aralarından birini, başkanlığı yürütmesi için belirleyebilirler. (madde 20).

Yönetim kurulunun görev ve yetkilerini şunlardır (tüzük madde 21):

- Genel sekreteri, Kurumun da görüşünü alarak atamak, genel sekreter yardımcılarını atamak,
- Genel sekreter ve genel sekreter yardımcılara ödenecek ücretleri belirlemek,
- Bütçeyi genel kurul onayına sunmak,
- Taşınmaz mal alınması, satılması ve kiralanması ile bunlar üzerinde aynı haklar tesis edilmesi için gerekli onayları vermek,
- Birlik faaliyetleri kapsamında görevlendirilecek personelin özlük, ücret ve sosyal haklarını belirlemek,
- Denetim kurulu üyelerinin kanun ve diğer yasal mevzuat çerçevesinde, Birliğin denetimiyle ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri, resmi yazışmalara ilişkin gizlilik ve bilgi güvenliği koşulları ihlal edilmeden vermek,
- Birliği sorumluluk altına sokacak evraklarda ikiden az olmayacak müşterek imzaya yetkili imza sahiplerini karara bağlamak,
- Birliğin Tüzük değişikliklerini, genel kurulun ve genel kurul tarafından onaylanmasını takiben Kurumun onayına sunmak,
- Olağan ve olağanüstü genel kurul toplantılarının gündemini hazırlamak ve üyeleri toplantıya çağırarak,

- Birliğin gelir ve gider belgelerinin saklanma usulünü belirlemek,
- Birliğin mali denetim raporunu genel kurula sunmak,
- Kanun, ilgili mevzuat ve Tüzükle verilen diğer işleri yapmak.

c. Denetim Kurulu

Birliğin faaliyetlerini ve hesaplarını denetlemek amacıyla genel kurul tarafından seçilen organdır. Denetim Kurulu, iştirak hakkını haiz birlik üyeleri arasından iki yıllık süre için üç asıl üç yedek üye şeklinde belirlenir. Denetim kurulunun görevi; ilgili mevzuat ve genel kurul kararları çerçevesinde, Birliğin hesap, işlem ve faaliyetlerini denetleyip raporlar hazırlamak veya bağımsız denetim şirketi aracılığı ile denetim sürecini takip etmektir. (tüzük madde 22). Birlik mali açıdan yönetim kurulu kararı ile bağımsız denetim şirketlerine denettirilebilir. Ancak bu halde de denetim kurulunun sorumluluğu devam eder.²⁴

d. Genel Sekreterlik

Genel sekreterlik Birlik işlerinin sevk ve idaresiyle yetkili ve görevli organdır. Birliğin faaliyetleri kapsamında gerçekleştirilecek olan idari, teknik ve hukuki işler; genel sekreterlik bünyesinde oluşturulacak olan birimler vasıtasıyla yürütülür. Birliğin faaliyetleri kapsamında tüm önlem ve tedbirler genel sekreterlikçe alınır.

Genel Sekreterlik, bir genel sekreter, üçten fazla olmamak üzere genel sekreter yardımcısı ile yeteri kadar Birlik personelinden oluşur. Genel sekreter, BTK'nın görüşü alınarak yönetim kurulu tarafından atanır. Genel sekreter yardımcıları da yönetim kurulu tarafından atanır. Burada genel sekreterin atanma usulünü irdelemek yerinde olacaktır. Şöyle ki sektörün temsilcilerinden oluşan ve özel hukuk tüzel kişiliğine sahip olarak kurulan ESB her ne kadar sektörde sivil inisiyatifin etkin kılınmasına hizmet etmekteyse de genel sekreterin BTK'nın görüşü alınarak yönetim kurulu tarafından

²⁴ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 152.

atanması, devletin erişim engelleme kararlarının yerine getirilmesi sürecini sınırlı da olsa gözetim ve denetim altında tutmayı amaçladığını göstermektedir. Ayrıca böyle bir usulün benimsenerek ESB’de “*güçlü genel sekreter*” sisteminin hedeflendiği ifade edilmiştir.²⁵ Genel sekreter işlerin yürütülmesini sevk ve idare eden amirdir.

Genel sekreterin görev ve yetkileri şunlardır (tüzük madde 24):

- Birlik işlerinin yürütülmesini sağlamak ve birliğin faaliyetleri için gerekli yapıyı, çalışma usul, yöntem ve esaslarını belirlemek,
- Yönetim Kurulu kararı doğrultusunda, Birlik faaliyetleri için gerekli bina, arsa, teknik yazılım ve donanımlar da dâhil olmak üzere her türlü taşınır ve taşınmaz mal/ürün/hizmet alınması, satılması, kiralanmasına yönelik iş ve işlemleri gerçekleştirmek,
- Birlik faaliyetleri için gerekli kadro tespiti çalışmalarını yapmak, yönetim kurulu kararı doğrultusunda Birlikte çalışacak personeli istihdam etmek ve görevlendirmek, görevlerine son vermek, çalışma usul ve esasları ile diğer hususları belirlemek,
- Kanun ve ilgili mevzuat çerçevesinde verilecek talimatların ve alınan kararların uygulanmasını sağlamak,
- Denetim kurulu üyelerinin kanun ve ilgili diğer yasal mevzuat çerçevesinde Birliğin denetimine ilişkin işlemlerle ilgili ihtiyaç duydukları bilgi ve belgeleri, resmi yazışmalara ilişkin gizlilik ve bilgi güvenliği koşulları ihlal edilmeden sağlamak,
- Genel kurulun zamanında toplanabilmesi için her türlü hazırlıkları yapmak, genel kurul gündeminin yönetim kurulu tarafından düzenlenebilmesi için gerekli hazırlık ve çalışmalarını yaparak, duyurunun Tüzüğün ilgili maddelerinde belirtilen şekilde Birlik üyelerine usulüne uygun olarak yapılmasını sağlamak, genel kurul ile yönetim kurulu kararlarının üyelere duyurulmasını ve uygulanmasını sağlamak,

²⁵ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 160.

- Yönetim Kurulu toplantılarına katılmak, alınan kararları takip etmek, sonuçlandırmak ve kararların gereğinin zamanında yerine getirilmesini sağlamak,
- Genel kurula sunulmak üzere Birliğin bir yıllık faaliyeti hakkında yönetim kurulunca hazırlanacak raporun zamanında tanzimi için gerekli her türlü tedbiri almak,
- Kamu kurum ve kuruluşlarınca bilgi istenilen konularda gerekli çalışmaları yapmak ve gereğini yerine getirmek, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile gerekli koordinasyonu sağlamak,
- Birliğin yıllık gelir ve gider btcesine ilişkin çalışmalar yaparak yönetim kuruluna sunmak,
- Birliğin her kademedeki personelinin çalışmalarına nezaret etmek; her türlü evrak ve belgelerinin, gerekli sreler boyunca muhafaza edilmesini sağlamak,
- Genel kurul ve yönetim kurulu tarafından verilen diğer görevleri yerine getirmek.

2. İhtiyari Organlar

Erişim Sağlayıcıları Birliği Tüzüğünün madde 8. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca Birlik amaç ve ihtiyaçları doğrultusunda gerekli iş ve işlemleri yerine getirmek üzere genel kurul kararıyla ihtiyari organlar oluşturabilir. Bu bağlamda Birliğin hukuk birimi, teknik birim ve idari ve mali işler birimi olmak üzere üç tane birimi vardır.²⁶

Hukuk biriminin görevi; adli ve idari makamlarca verilen erişim engelleme kararlarını ilgili mevzuat çerçevesinde inceleyerek erişim sağlayıcılara göndermek, Birliğin kurumlar ile yazışmasını yapmak, evrak arşivini tutmak ve genel sekreterin verdiği diğer işleri yapmaktır.

²⁶ "Hakkımızda," Erişim Sağlayıcıları Birliği, erişim tarihi Mart 31, 2019, <https://www.esb.org.tr/biz-kimiz>.

İdari ve mali işler biriminin görevi; muhasebe ve finansman işlemleri yürütmek, personel takibi yapmak, konferans, kurs, panel organizasyonlarını düzenlemek, kitap ve süreli yayınları çıkartmak ve genel sekreterin verdiği diğer işleri yürütmektir.

Teknik birimin görevi; erişim engelleme kararlarının erişim sağlayıcılara hızlı ve güvenli bir biçimde ulaştırılması için gerekli teknik desteği sağlamaktır.

C. Hukuki Yapısı

Erişim Sağlayıcıları Birliği, bir özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuştur. (6/A f.2). Öte yandan Birlik zorunlu üyelik ve zorunlu aidat gibi kimi bazı kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmıştır. Başka bir deyişle özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan ESB, idarenin kullanmaya haiz olduğu kamu gücü ve ayrıcalıklar ile donatılmıştır.²⁷ Hal böyle olunca ESB'nin hukuki niteliğinin ne olduğu ve yaptığı işlemlerin ne tür bir işlem olduğu sorunu ortaya çıkmakta ve bu işlemlerin hukuka aykırı olması halinde hangi yargı yoluna başvurulacağı meselesi ile karşı karşıya gelinmektedir.²⁸

Haklara ve borçlara ehil olabilen varlıklara kişi denir.²⁹ Hukukta gerçek ve tüzel olmak üzere iki tür kişi vardır. Gerçek kişi insanlardır.³⁰ Tüzel kişi ise sürekli bir amacı gerçekleştirmeye özgülenmiş ve bu amacı gerçekleştirmek üzere örgütlenmiş; hukuk düzeninin kendisine haklara ve borçlara ehil olabilme vasfını tanıdığı kişi veya mal topluluklarıdır. Tüzel kişiler de kendi içerisinde kamu ve özel hukuk tüzel kişisi olmak üzere ikiye ayrılır.

²⁷ Kamu gücü ve ayrıcalıkları, özel hukukta karşılaşılmayan, özel hukuku aşan bir takım yetki ve durumlardır. Tek yanlı işlem yapma yetkisi, vergi muafiyeti, zorunlu üyelik, zorunlu aidat gibi yetki ve haller örnek olarak verilebilir. Kemal Gözler, *İdare Hukukuna Giriş* (Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2018), 20; Bahtiyar Akyılmaz, Cemil Kaya ve Murat Sezginer, *Türk İdare Hukuku* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019), 2.

²⁸ Şaban Cankat Taşkın, *İnternet Erişim Yasakları* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016), 156.

²⁹ Mustafa Dural ve Tufan Öğüz, *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013), 5.

³⁰ TMK 8/1'de "her insanın hak ehliyeti vardır" denilerek bu durum teyit edilmiştir.

Kamu hukuku tüzel kişisi, kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi³¹ ile kurulan ve birtakım kamu gücü ve ayrıcalıklarına sahip olan tüzel kişilerdir.³² Bir tüzel kişiliğin kamu tüzel kişiliğine sahip olabilmesi için tanımdaki iki şartı kümülatif olarak kendi bünyesinde barındırması gerekmektedir.³³

Özel hukuk tüzel kişileri, hususi hukuk sahasında faaliyet göstermek amacıyla hukuki işlem ile kurulan tüzel kişilerdir.³⁴ Hukukumuzda dernekler, vakıflar, ticaret şirketleri, sendikalar ve siyasi partiler olmak üzere beş çeşit özel hukuk tüzel kişisi vardır. Tüzel kişilerde sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğundan ancak kanunun öngördüğü türden tüzel kişi oluşturulabilir ve söz konusu beş özel hukuk tüzel kişisi dışında özel hukuk tüzel kişisi oluşturmak mümkün değildir.³⁵

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hukuki niteliği, yani Birliğin bir özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu tüzel kişisi mi olduğu hususu tartışmaya açık bir alandır. Şöyle ki, hem kanunla açık bir biçimde özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan hem de kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmış kamu yararına faaliyet yürüten bir yapı söz konusudur.

ESB'yi özel hukuk tüzel kişileri bağlamında değerlendirdiğimiz takdirde yürüttüğü faaliyetten ötürü ticari şirket, sendika ve siyasi parti içinde ele alınamayacağı gibi bir kişi topluluğu olmasından mütevellit, mal topluluğu olan vakıf statüsüne dâhil etmek de mümkün değildir. Birlik, dernekler bağlamında değerlendirildiğinde ise yapısal anlamda dernek ile uyuşmadığını görmekteyiz.³⁶ Ger-

³¹ 21 Ocak 2017 tarih ve 6771 sayılı Kanun ile Anayasanın 123. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan kamu tüzel kişiliğinin kurulmasına ilişkin, "ancak kanunla veya kanunun açıkça verdiği yetkiye dayanılarak" ibaresi "kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesiyle" kurulur şeklinde değiştirilmiştir.

³² Kemal Gözler, "Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir'in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri," İDARE.GEN.TR, erişim tarihi Nisan 1, 2019, <http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>.

³³ Ramazan Çağlayan, "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kısıtları," *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 15.

³⁴ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 227.

³⁵ Dural ve Öğüz, *Türk Özel Hukuku*, 212.

³⁶ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 143.

çekten de Türk Medeni Kanununun 72. maddesinde derneğin zorunlu organları genel kurul, yönetim kurulu ve denetim kurulu olarak öngörülmüşken, ESB Tüzüğünde birliğin zorunlu organları arasında derneklerden farklı olarak genel sekreterlik sayılmıştır. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi de ESB'nin vakıf veya dernek statüsünde olmadığı sonucuna ulaşmıştır.³⁷ Buna karşılık Kamu Denetçiliği Kurumu bir tavsiye kararında Birliğin dernek statüsünde olduğu kanaatine varmıştır.³⁸

Öte yandan özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan bir yapının kamu gücü ve ayrıcalıklar ile donatılmasının söz konusu yapıyı kamu tüzel kişiliği statüsüne sokup sokmadığı hususuna da değinilmelidir. Öncelikle ifade edilmelidir ki kamu tüzel kişisi olmak için kanunla veya Cumhurbaşkanlığı kararnamesi ile tüzel kişiliğin kurulmuş olması yeterli olup açıkça kamu tüzel kişiliğine değinilmesine gerek yoktur.³⁹ Bu bağlamda Birliğin zorunlu aidat ve üyelik gibi bir takım kamu gücü ve ayrıcalıklar ile donatılması ve özel hukuk tüzel kişisi şeklinde de olsa en nihayetinde kanunla tüzel kişiliği haiz olması, ESB'nin kamu tüzel kişisi olduğu sonucunu doğurabilir.⁴⁰

Diğer taraftan hem doktrinde hem de yargı kararlarında Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olması ve personelinin iş kanuna tabi olmasıyla birlikte kamu yararına bir faaliyet yürütmesi ve bir takım kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması karşısında Birlik kamusal yönü ağır basan "*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan müessese*"⁴¹ya da "*kendine özgü bir yapı*"⁴²olarak da değerlendirilmektedir.

³⁷ AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

³⁸ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, Şikâyet No: 2014/3076, 12.08.2015.

³⁹ Akyılmaz, Kaya ve Sezginer, *Türk İdare Hukuku*, 194.

⁴⁰ Uyuşmazlık Mahkemesi, Dernekler Kanununa göre kurulan Türkiye Jokey kulübü bünyesinde yer alan Komiserler Kurulu'nun kararını idarî nitelikte saymıştır: "*Jokey kulübünün sözü edilen faaliyetlerini Bakanlığın emir ve direktifleri doğrultusunda ve denetimi altında sürdürdüğü sonucuna varılmakta ve adı geçen komiserler heyetinin idarî bir kurul olduğu, kararlarının da idarî nitelik taşıdığıın kabulü gerekmektedir.*" UM, E.1995/2, K.1995/1, 13.02.1995.

⁴¹ Mehmet Artuk Ardıçoğlu, "Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği," *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1 (2014): 136.

Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin yerine getirdiği faaliyetin hukuki niteliğinin ne olduğu hususuna değinmekte fayda vardır. Zira bu tespit Birliğin hukuki yapısını belirlemede bizlere yol gösterici olacaktır. ESB'nin faaliyetleri şüphesiz kamu yararına bir faaliyettir.⁴³ Bu çıkarım hem birliğin kanunla düzenlenmiş olmasından – zira Devletin temel amacı kamu yararını yerine getirmek olup bu bağlamda yasama organı da ancak kamu yararına ilişkin olarak düzenleme yapabilir⁴⁴– hem de internetin niteliğinden⁴⁵ ötürü yapılabilir. Bununla birlikte Birliğin faaliyetlerini özel idari kolluk kapsamında değerlendiren bir görüş de vardır.⁴⁶ Bu çerçevede birliğin faaliyetlerini “*internet kolluğu*” olarak adlandırılabilceği söylenmektedir. Dolayısıyla Birlik her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olsa da birliğin faaliyetlerinin organik anlamda olmasa da fonksiyonel anlamda idari faaliyet olarak değerlendirilip yargı denetiminin idari yargı organlarınca yapılması gerektiği ifade edilmektedir.⁴⁷ Özellikle 5651 sayılı Kanunun 9/9 maddesi kapsamında⁴⁸

⁴² Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 144. Aynı yönde Anayasa Mahkemesi şu karara varmıştır: “ESB'nin, Kanun'da özel hukuk tüzel kişiliğini haiz olduğunun belirtilmesi ve özel hukuk tüzel kişilerinden oluşması, kuruluşunun kanunla yapılmış olması, faaliyete başlayabilmesi için Tüzüğü'nün BTK tarafından onaylanmasının gerekmesi ve Tüzük değişikliklerinin BTK'nın onayına tabi tutulması, kurulmasının ve üyeliğinin zorunlu tutularak idari yaptırım öngörülmesi, yapacağı görevlerin kamusal yanının ağır basması gibi hususlar gözetildiğinde, idari teşkilat yapısı içinde yer almayan, kanunla kurulmuş kendine özgü bir kurum olduğu söylenebilir.” AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

⁴³ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 146.

⁴⁴ Ender Ethem Atay, *İdare Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2018), 13.

⁴⁵ Bülent Kent, “Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı,” *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (Nisan 2012): 190. Gerçekten de 5369 sayılı Evrensel Hizmet Kanununun 2. maddesinde internet erişim hizmeti, evrensel hizmet kapsamında değerlendirilmiştir. Evrensel hizmet kamu hizmeti kavramının çekirdeği olarak kabul edilmektedir. Kamu hizmeti ise kuşkusuz kamu yararının bir parçasıdır.

⁴⁶ Ardiçoğlu, “Yeni Bir Katkı,” 135.

⁴⁷ Ardiçoğlu, “Yeni Bir Katkı,” 137; Mehmet İnanç, *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018), 14.

⁴⁸ Söz konusu madde fıkrası şu şekildedir: “Bu madde kapsamında hâkimin verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması durumunda ilgili kişi tarafından Birliğe müracaat edilmesi hâlinde mevcut karar bu adresler için de uygulanır.”

kişilik hakkının ihlali nedeniyle erişimin engellenmesi kararı verilen yayının başka internet adreslerinde de yayınlanması halinde, başka- ca bir merci kararına gerek kalmaksızın başvurulması üzerine ESB tarafından mevcut kararın söz konusu internet adreslerine de uygulanması tek yanlı bir idari işlem olarak değerlendirilmektedir.⁴⁹

Birlik her ne kadar kamu yararına bir faaliyet yürütse de Birliğin işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğunu hele ki idari yargıda dava açılacak nitelikte kesin ve yürütülebilir nitelikte işlemler olduğunu kabul etmek mümkün değildir.⁵⁰ Nitekim bu durum Kamu Denetçiliği Kurumu'nun bir tavsiye kararında şu şekilde ifade edilmiştir: *"Erişim Sağlayıcıları Birliği, mahkemelerin erişimin engellenmesi kararlarını Birlik üyesi erişim sağlayıcılarına göndermekle yükümlü olup; bu kararların erişim sağlayıcı işletmeler tarafından yerine getirilip getirilmediğini tespit etmek noktasında yasal bir yetkisi olmadığı gibi teknik alt yapıya da sahip değildir. Zira Mayıs 2014 tarihi itibari ile çalışmalarını yürütmeye başlayan Erişim Sağlayıcıları Birliği özel hukuk tüzel kişisi olup, erişim sağlayıcıları nezdinde yasal bir yaptırıma haiz bulunmamaktadır. Birliğin, mahkeme kararlarını ilgili erişim sağlayıcılarına iletmekten öteye bir yetki ve teknik imkânı bulunmamaktadır."*⁵¹ Gerçekten de erişim sağlayıcıları ESB tarafından iletilen erişim engelleme kararlarını yerine getirmedikleri takdirde 5651 sayılı Kanun çerçevesinde idari yaptırım uygulamakla yetkili birim Bilgi Teknolojileri ve İletişim Kurumu'dur. Aynı şekilde 5651 sayılı Kanunun 9/9 maddesi kapsamında ESB'nin yapmış olduğu faaliyeti idari işlem olarak nitelendirmek mümkün değildir. Nitekim söz konusu madde iptal istemiyle Anayasa Mahkemesinin önüne gittiğinde Mahkeme *"veya aynı mahiyetteki yayınlar"* ibaresini ESB'nin bir değerlendirme ve karar verme makamına dönüşeceği gerekçesiyle iptal etmiştir.⁵² Aynı doğ-

⁴⁹ Melikşah Çırakoğlu, *5651 Sayılı Kanun*, 173.

⁵⁰ Kent, *Erişimin Engellenmesi*, 143.

⁵¹ Kamu Denetçiliği Kurumu Tavsiye Kararı, Şikâyet No: 2014/3076, 12.08.2015.

⁵² *"Ancak, hâkimin 9. madde kapsamında verdiği erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin 'aynı mahiyetteki yayınların' başka internet adreslerinde yayınlanması durumunda ilgili kişinin Birliğe başvurusu halinde bunun tespiti de Birliğe bırakılmaktadır. Aynı mahiyetin tespiti, yayının aynı olmasından farklı olup, bu*

rultuda 2018 yılında Erişim Sağlayıcıları Birliği'ne karşı idare mahkemesinde açılan bir davada ESB cevabında, verilen erişim engelleme kararlarında Birlik tarafından maddi içeriğine ilişkin bir değerlendirmede bulunulamayacağını, kararların Birlik üyeleri erişim sağlayıcılar tarafından yerine getirileceğini ifade etmiştir. Bununla birlikte mahkeme davayı yargı yolu yönünden veya kesin ve yürütülmesi gereken bir işlemin yokluğu sebebiyle ilk inceleme neticesinde davayı reddetmesi gerekirken usuli itirazları kabul etmeyerek işin esasına geçip karar vermiştir.⁵³

SONUÇ

Bilişim alanında ve özellikle internet dünyasındaki hak ihlallerinin etkin bir şekilde giderilmesini sağlamak üzere 06.02.2014 tarihli 6518 sayılı kanunun 90.maddesi ile 5651 sayılı kanununa 6/A maddesi eklenerek Erişim Sağlayıcıları Birliği kurulmuştur. Birlik, 5809 sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu kapsamında yetkilendirilen tüm internet servis sağlayıcılar ile internet erişimi hizmeti veren diğer işletmecilerin iştirakleri ile oluşan ve sektörde faaliyet gösterenlerin hem birbiri ile hem de idari ve adli makamlar ile irtibatını sağlayan bir kuruluştur

Birlik tüzüğüünün 8.maddesine göre birliğin genel kurul, yönetim kurulu, denetim kurulu ve genel sekreterlik olmak üzere dört

yayının içeriğinin değerlendirilmesini gerektirmektedir. 'Aynı mahiyetteki yayınlar', hâkimin vermiş olduğu erişimin engellenmesi kararına konu kişilik hakkının ihlaline ilişkin yayın ile aynı olmayan, ancak yöneldiği sonuç bakımından ilgilinin kişilik hakkını ihlal edebilecek mahiyette olan yayınlardır. Kişilik hakkının kapsamı ve hangi eylemlerin kişilik hakkını ihlal ettiği ise ilgili tarafların toplumsal, ekonomik, siyasi ve hukuki konuları, söz konusu yayının ulaştığı kitle ve bu yayının ifade özgürlüğü kapsamında bulunup bulunmadığı gibi birçok hukuki konunun değerlendirilmesini ve buna göre karar verilmesini gerektirmektedir. Bu kapsamda iptali istenilen kuralla aynı mahiyetteki yayınların ESB'ye erişimin engellenmesine yönelik olarak verilen yetki, kanunilik ilkesinin asgari şartı olan kanunun anlaşılır, açık ve net olması zorunluluğunu karşılamadığı gibi kapsam ve sınırları da belirsizdir. Kural "aynı mahiyetteki yayınlar" yönünden belirli ve öngörülebilir değildir." AYM, E.2014/87, K.2015/112, 08.12.2015.

⁵³ Ankara 14. İdare Mahkemesi, E.2018/129, K.2018/2156, Ankara BİM 7. İdari Dava Dairesi, E.2019/1137, K.2020/485.

tene zorunlu organı vardır. Birlik amaç ve ihtiyaçları doğrultusunda gerekli iş ve işlemleri yerine getirmek, altyapı ve sistemleri kurmak ve işletmek üzere genel kurul kararıyla ihtiyari organlar oluşturulabilir, teknik, idari, hukuki alt birimler ve uzmanlık grupları oluşturulabilir.(tüzük 8/2)

İnternet alanında ortaya çıkan hukuka aykırılıkların giderilmesinde ve verilen erişim engelleme kararlarının uygulanmasında karşılaşılan muhatap belirsizliği ve infaz edilemezlik gibi sorunların çözümü amacıyla 2014 yılında kurulan Erişim Sağlayıcıları Birliği, şüphesiz kamu yararına bir faaliyet yürütmektedir. ESB, erişim sağlayıcılar ile adli ve idari makamlar arasında aracılık faaliyetinde bulunmakta ve yapmış olduğu işlemler icrai nitelikte değildir. Bu bağlamda Birliğin işlemlerinin idari işlem niteliğinde olduğunu hele ki idari yargıda dava açılacak nitelikte kesin ve yürütülebilir nitelikte işlemler olduğunu kabul etmek mümkün değildir. Bu çerçevede Birlik nezdinde ortaya çıkan uyuşmazlıkların adli yargıda görülmesi gerekmektedir. Söz konusu koordinasyon görevini yerine getirebilmesi için birliğe zorunlu üyelik öngörülmüştür. Hal böyle olunca Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hukuki yapısına dair belirsizlikler doğmuştur. Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin hukuki niteliği yani birliğin bir özel hukuk tüzel kişisi mi yoksa kamu tüzel kişisi mi olduğu hususu tartışmaya açık bir alandır. Şöyle ki, hem özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulan hem de kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılmış kamu yararına faaliyet yürüten bir yapı söz konusudur. Erişim Sağlayıcıları Birliği'nin özel hukuk tüzel kişisi olarak kurulmuş olması, personelin iş kanuna tabi olması; diğer taraftan kamu yararına bir faaliyet yürütmesi ve bir takım kamu gücü ve ayrıcalıkları ile donatılması karşısında birlik kamusal yönü ağır basan '*kamu tüzel kişiliğine yaklaşan müessese ya da 'kendine özgü bir yapı'* olarak değerlendirilmektedir.

KAYNAKÇA

- Akıllıoğlu, Tekin. "Kamu Yararı Kavramı Üzerine Düşünceler." *İdare Hukuku ve İlimler Dergisi* 9, no. 1-3 (1988): 11-22.
- Akyılmaz, Bahtiyar, Cemil Kaya ve Murat Sezginer. *Türk İdare Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2019.
- Ardıçoğlu, Mehmet Artuk. "Türk İdare Hukukuna Yeni Bir Katkı: Erişim Sağlayıcıları Birliği." *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 5, no: 1 (2014): 119-137.
- Atay, Ender Ethem. *İdare Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2018.
- Çağlayan, Ramazan. "Hukukumuzda Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı ve Kıstasları." *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, no. 7 (2016): 373-398
- Çırakoğlu, Melikşah. *5651 Sayılı Kanun Çerçevesinde İnternet Erişiminin Engellenmesi Ve Erişim Sağlayıcıları Birliği*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2018.
- Dural, Mustafa ve Tufan Öğüz. *Türk Özel Hukuku Cilt II, Kişiler Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2013
- Erişim Sağlayıcıları Birliği. "Hakkımızda." Erişim tarihi Mart 31, 2019. <https://www.esb.org.tr/biz-kimiz>.
- Gözler, Kemal. "Kamu Tüzel Kişiliği Kavramı Neye Yarar? K. Begüm İsbir'in Kamu Tüzel Kişiliği İsimli Doktora Tezinin Düşündürdükleri." İDARE.GEN.TR. Erişim tarihi Nisan 1, 2019. <http://www.idare.gen.tr/kamu-tuzel-kisiligi.pdf>.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukukuna Giriş*. Bursa: Ekin Basın Yayın Dağıtım, 2018.
- Gözler, Kemal. *Türk Anayasa Hukuku*. Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2019.
- İnanç, Mehmet. *Özel Hukuk Tüzel Kişilerinin İdari İşlemleri*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2018.
- Kent, Bülent. "Devletin Özel Sektör Eliyle Sansür Yapması Ne Kadar Mümkün?." *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 68-76
- Kent, Bülent. "Telekomünikasyon Sektöründe Evrensel Hizmet Kavramı." *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* 16, no. 2 (Nisan 2012): 169-198.
- Kent, Bülent. *Türkiye'de İnternet Sitelerine Erişimin Engellenmesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

- Özbudun, Ergun. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2018.
- Şen, Ersan. "Erişim Sağlayıcıları Birliği Ne İşe Yarar?." *Türkiye Bilişim Dergisi* 42, no. 169 (Ekim 2014): 78-82.
- Taşkın, Şaban Cankat. *İnternet Erişim Yasakları*. .Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2016.