

TÜRK TİCARET KANUNUNDA BİLİŞİM YOLUYLA HAKSIZ REKABETİN HUKUKİ - CEZAI SONUÇLARI

Civil and Criminal Conclusions of Unfair Competition Through Computer Network on Turkish Commercial Code

İhsan BAŞTÜRK*

ÖZET

01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu (TTK),¹ bilişim alanına ilişkin getirdiği yeni kuralları ile dikkat çekmektedir. Günümüzde bilişim ağlarının ve elektronik bilgilerin suçların işlenmesi amacıyla kullanılabilmesi ve böyle suçlara ilişkin delillerin bu ağlarda saklanabileceği ve ağlar aracılığıyla aktarılabilmesi bir gerçekliktir. Bilişim ağları ve bu ağların en yaygın olan internetin bir ticari iletişim aracı olarak fark edilmesi pek çok şirketi “internet siteleri”² aracılığıyla yeni pazarlama deneyimleri için teşvik etmiştir. İnternet, aynı zamanda haksız rekabet fiillerinin gerçekleştirilmesine de elverişli bir mecra haline gelmiştir. Bilişim ağları ile gerçekleştirilebilecek haksız rekabet fiillerini önlemek amacıyla TTK, bazı “yeni kurallar” getirmiştir. Çalışmamızda, TTK’nın haksız rekabete dair kurallarının bilişim alanına ilişkin olanlarına ayrıntılı olarak değinilecektir. Bu kapsamda, TTK’nın “bilişim kuruluşları” olarak adlandırdığı unsurlar ile hizmet sağlayıcıların sorumlulukları irdelenecektir. Bu makale bilişim kuruluşlarının sorumlulukları konusuna odaklanmaktadır. Bu bakış açısıyla aynı zamanda ifade özgürlüğü başta olmak üzere anayasal ve ceza hukuku ilkelerine uygunluk da göz önünde bulundurulacaktır. Bu bağlamda, yeni Türk Ticaret Kanunu’nun bilişim alanına bakışı ortaya konulacaktır.

* Yargıtay Cumhuriyet Savcısı

¹ Bkz. 14 Şubat 2011 tarih ve 27846 sayılı RG.

² Hemen belirtelim ki, çalışmamızda “web sitesi” terimi yerine TTK’nın tercih ettiği “İnternet sitesi” terimi kullanılmıştır. Bilindiği gibi, “İnternet” sözcüğü bir network (ağ) ismi olması nedeniyle, bir özel isimdir ve İngilizce bir sözcüktür. Türk Dil Kurumu, bu sözcük karşılığı olarak, Türkçe’ye yerleşmiş olan ve dilimizdeki söylenişine uygun şekilde “İnternet” sözcüğünü tercih etmiştir. “İnternet” sözcüğünün özel bir ağ adını ifade etmesi nedeniyle ilk harfini büyük olarak yazıyoruz. Bu arada, dilimize yerleşmiş olan sözcüğü, Türk Dil Kurumu’nun Türkçe yazım kurallarına da uygun davranarak, “İnternet” biçiminde kullandığımızı belirtmeliyiz. Bkz. <http://tdkterim.gov.tr/bati/?kategori=terimarat2&s3oz5kot=BTS&kelime=%DDnternet> (15.03.2011). Bkz. <http://www.dildernegi.org.tr/TR/Sozluk> (15.03.2011).

Anahtar Kelimeler: Yeni Türk Ticaret Kanunu, Haksız Rekabet, Haksız Rekabet Kuralları ve Bilişim Ağları, Sanal Ortamda Haksız Rekabet, Bilişim Kuruluşlarının ve Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğu

ABSTRACT

The new Turkish Commercial Code (TCC) No. 6102 which will enter into force on 1st July 2012 is noteworthy with its new provisions in the field of informatics. Nowadays, it is fact that computer networks and electronic information may also be used for committing criminal offences and evidences relating to such offences may be stored and transferred by these networks. Awaring of computer networks and its most common version named Internet as a commercial communication medium has promoted many companies to experiment with new ways of marketing through web sites. The Internet has also become a convenient medium to commit criminal offences regarding unfair competition. TCC has brought some “*new rules*” in order to prevent acts of unfair competition performed with networks. In our study, the TCC provisions on unfair competition in the field of informatics will be discussed in detail. In this context, the responsibilities of elements called “*informatics organizations*” by TCC and service providers will be examined. This article focuses on the responsibilities of informatics organizations. Within this framework, compliance with criminal law and constitutional law, particularly freedom of communication, will be taken into consideration. Thus, the new Turkish Commercial Code’s approach to the informatics will be reflected.

Keywords: The new Turkish Commercial Code, Unfair Competition, The Rules on Unfair Competition and Computer Networks, Unfair Competition Online, Responsibilities of Informatics Organizations and Service Providers.

GİRİŞ

01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecek olan 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, bilişim alanına getirdiği kuralları ile dikkat çekmektedir. Gerçekten yeni TTK, birçok “*ticari iş*” in (TTK md. 3)³ elektronik ortamda yapılmasına hukuksal geçerlik tanıyan, ticari faaliyetin sanal ortamda yürütülebilmesine ilişkin yenilikçi kurallar taşımaktadır. Türkiye’de iş yapma şeklini baştan inşa edecek olan Kanun, bilişim sektörünün yanı sıra iş hayatına getirdiği yeniliklerle de pek çok değişikliği beraberinde getirmekte, tüm ticari işlemlerin dijital ortamda yapılması im-

³ TTK md. 3: “*Bu Kanunda düzenlenen hususlarla bir ticari işletmeyi ilgilendiren bütün işlem ve fiiller ticari işlerdendir.*” Ticari iş kavramı konusunda bilgi için bkz. ARKAN Sabih: **Ticari İşletme Hukuku**, gözden geçirilmiş 7. baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005, s. 60-65. (**Ticari İşletme**).

kanı sunarak, e-devlet, e-toplum hedeflerine ulaşılmasına da büyük katkılar sağlamaktadır.⁴

Sınırların kalktığı dünyada, bu sürecin lokomotif unsurunun bilişim araçları ve paralelinde gelişen ticari hayat olduğu göz önüne alındığında, şirketlerin de bu rekabetçi süreçten uzak kalmayarak iş yapma biçimlerini elektronik ortama taşımaları hayati öneme sahiptir. Ticari işlemlerin ve ekonomik hayatın yürütülmesine dair sonsuz imkanlar sunan bilişim ağları ve bu ağların en yaygını olan İnternet ağı, haksız rekabet fiillerinin de gerçekleştirilmesine uygun bir zemin haline gelmiştir. Bilişim ağları (network) ile iletişimin hakim olduğu günümüz dünyasında ağ üzerinden gerçekleştirilecek haksız rekabet fiillerinin önlenmesi gerektiği düşünülmesiyle, bu konudaki temel ilkeler TTK ile belirlenmiştir. Bilişim ağlarının, temelde bir kitle iletişim aracı olmakla birlikte, kendine özgü yapısı ve özellikleri nedeniyle klasik anlamdaki basın-yayın araçlarından farklı olduğu muhakkaktır. Bu düşüncelerden yola çıkılarak, yeni TTK’da bilişim ağları ile gerçekleştirilebilecek haksız rekabet fiillerine ilişkin bazı “yeni kurallar” getirilmiştir.⁵ Çalışmamızda, TTK’nın haksız rekabete dair getirdiği kuralların bilişim alanına ilişkin olanlarına değinerek, Kanun’un bu yönüyle getirdiği yenilikler ışığında bilişim alanına bakışı ortaya çıkarılmaya çalışılacaktır.

Bilişim ağları günümüzde en önemli kitle iletişim mecrasına dönüşmesi nedeniyle bir çok hukuk dalını yakından ilgilendirmekte olup, konumuzun da disiplinler arası nitelik taşıdığı gözetildiğinde, TTK’nın haksız rekabete ilişkin kurallarını değerlendirirken başvuracağımız ilk ölçüt iletişim özgürlüğü (Anayasa md. 22-32) olacaktır. Diğer taraftan, suç olarak tanımlanan fiillerin irdelenmesi ile sorumlulukların belirlenmesi bakımından ise, kusur sorumluluğu ilkesi ve kanunilik (belirlilik) ilkesi (Anayasa md. 38, TCK md. 2, 20) esas alınarak değerlendirmeler yapılacaktır.

⁴ “Yeni Ticaret Kanunu Dijital Türkiye’nin Oluşturulması İçin Çok Önemli Bir Dönüm Noktasıdır”, <http://www.tubisad.org.tr/Tr/News/Sayfalar/YeniTicaretKanunu.aspx> (18.02.2011). Bu anlamda yeni TTK ile, ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulabilmesinden başlayarak (md. 24/2), tacirin, işletmesiyle ilgili olarak gönderilmiş bulunan her türlü belgenin bir kopyasını, yazılı, görsel veya elektronik ortamda saklama yükümlülüğüne (md. 64/2) ve ticari defterler ile gerekli diğer kayıtların elektronik ortamda tutulmasına (md. 65/4), bazı ticari işlemlerin “güvenli elektronik imza” ile yapılabilmesine (md. 18, 94, 1526) varıncaya kadar çok sayıda ticari işlemin bilişim ortamında yapılabilmesi mümkün hale gelmiştir.

⁵ TTK’da haksız rekabet fiillerine ilişkin kurallar arasında yer verilen bilişim ağlarına ilişkin düzenlemelerin Tasarı’da ilk halinde yer almadığı, Adalet Komisyonu görüşmeleri sırasında Tasarı’ya ilave edildiği görülmektedir.
Bkz.<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (15.03.2011).

1. YENİ TTK ve HAKSIZ REKABET

1.1. Haksız Rekabet Kavramı

Dünya ekonomilerinde geleneksel anlayış serbest rekabet yönündedir, serbest rekabetin işletmelerin verimliliğini arttırıcı, mal ve hizmetlerin kalitesini yükseltici ve fiyatları düşürücü etkileri bulunmaktadır.⁶ Günümüzde serbest rekabet esasına dayanan ülke ekonomilerinin büyüdüğü ve artan rekabetle birlikte kalitenin de yükseldiği bir gerçekliktir. Diğer taraftan, bilişim ağları ile gerçekleşecek haksız rekabetin önlenmesi tüketicilerin korunması amacına da hizmet etmektedir.⁷

Ticari hayatta rekabet, kişinin kendi çaba ve emeğine dayanmalıdır, bu anlamda başkasını kötülemek, karalamak, başkasının fikir, çaba ve emeğinden yararlanmaya çalışmak suretiyle rekabet yapılması “*haksız rekabet*” sayılarak⁸ bu yola başvurulması hukuka aykırı kabul edilmiştir. Ekonomik hayatın sağlıklı yürümesi açısından bu denli önem taşıyan haksız rekabet fiillerinin önlenmesi bakımından özel hukuk kurallarından yararlanmak yanında, bazı haksız rekabet fiilleri suç olarak tanımlanarak,⁹ *son çare - ultima ratio* olarak nitelendirilen ceza hukuku araçlarına başvurulması yoluna gidilmiştir.

1.2. Rekabetin Korunmasına Dair Kurallar

Ülkemizde, piyasalarda rekabetin sağlanması temel kanun olan TTK ile gerçekleştirilmeye çalışılırken, bu alandaki ihtiyaçları karşılamak üzere özel yasal düzenlemeler de yapılmıştır. TTK ile getirilen haksız rekabetin önlenmesine dair kuralların da serbest rekabetin gerçekleştirilmesi amacına yöneldiği unutulmamalıdır. Diğer taraftan, 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun¹⁰ ile, “*mal ve hizmet piyasalarındaki reka-*

⁶ ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 291.

⁷ Bu konuda ayrıca bkz. DECOCQ Georges: “*Cyber Consumer Protection and Unfair Competition*” *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007), <http://www.ejcl.org> (18.03.2011).

⁸ ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 297. Karayalçın’ a göre, “*Kimse rekabet hakkını kötüye kullanmamalı, emek ilkesi esas olmalı ve ticari hayatta başkasının emeği, tanıtma vasıtaları kullanılarak menfaat sağlanmamalıdır.*” Bkz. KARAYALÇIN Yaşar: *Özel Hukukta Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar (1988-1991) IV*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü yayını, Ankara 1992, s. 62. Bir başka tanıma göre, “*Aldatıcı bir hareketle ticari veya sınai hayatta faile her türlü ekonomik yarar sağlayıcı fiiller haksız rekabet teşkil eder.*” Bkz. DONAY Süheyl/ ERMAN Hasan: *Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar, İhtira Berati, Marka, Haksız Rekabet, Sanayi Suçları, İlgili Mevzuat*, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, İstanbul 1973, s. 72.

⁹ Suç olarak tanımlanan haksız rekabet fiillerine çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde değinilmiştir, bu konuda bkz. 2.2.1.

¹⁰ 4054 sayılı Kanun’un temel olarak AET Antlaşması’nın konuya ilişkin maddelerinin çevirisinden ibaret olup, ülkemizde bu alanda beklenen boşluğu doldurabilecek nitelikte olduğu hakkında

beti engelleyici, bozucu veya kısıtlayıcı anlaşma, karar ve uygulamaları ve piyasaya hakim olan teşebbüslerin bu hakimiyetlerini kötüye kullanmalarını önlemek, bunun için gerekli düzenleme ve denetlemeleri yaparak rekabetin korunması” (4054/ md.1) amaçlanmıştır. Ayrıca, 3577 sayılı İthalatta Haksız Rekabetin Önlenmesi Hakkındaki Kanun¹¹ ile de, ithalat nedeniyle oluşabilecek haksız rekabetin önlenmesi hedeflenmiştir.¹² Uygulamada, ticari işlerde ortaya çıkan haksız rekabet halleri TTK hükümlerine, adi işlerdeki haksız rekabet ise, Borçlar Kanunu md. 48’e tabi tutulmaktadır.¹³

1.3. Bilişim Ağları ve Haksız Rekabet İlişkisi

Bilişim ağlarının ve bu ağların en yaygın olan internetin hayatımızda giderek artan bir yer kapladığı tartışmasızdır.¹⁴ Bilişim ağları, ilk başta sadece iletişim hukuku veya ceza hukuku alanlarına ait gibi gözükse de hukuk biliminin tüm dallarını ilgilendirir duruma gelmiştir. Günümüzde bilişim ağlarının en etkin ve yaygın iletişim mecrası haline ve aynı zamanda etkili bir ticari kanal durumuna dönüştüğü¹⁵ düşünüldüğünde, olası haksız rekabet fiillerinin de bilişim araçları aracılığı ile diğer iletişim kanallarına göre kolaylıkla ve aktif bir şekilde gerçekleştirilmesi mümkündür. Şu gerçeği belirtmeliyiz ki bilişim ağları şirketlere hatta küçük işletmelere, tüm dünya pazarlarına ürünlerini satabilme şansı sunmakta, bazı şirketler İnternet siteleri veya e-posta gibi araçlarla internet ağı’nı adeta bir “*ticari iletişim ağı*” olarak kullanmaktadırlar.¹⁶ Bilişim ağları aracılığı ile bir ürün veya bir firma hakkında ağ üzerinden iletişim-

geniş bilgi için bkz. ÇEKER Mustafa: “*Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni*” *BATİDER*, Cilt XVIII, sayı: 3, 1996, s. 115. Kanun için bkz. 13 Aralık 1994 tarihli ve 22140 sayılı RG.

¹¹ Bkz. 01.07.1999 tarihli ve 20012 sayılı RG.

¹² Konumuzu TTK hükümlerinin oluşturması itibarıyla, belirtilen diğer Kanunların ayrıntısına değinilmemiştir.

¹³ ARKAN, Ticari İşletme, s. 294.

¹⁴ Bir araştırmaya göre; IAB (Interactive Advertising Bureau) Türkiye İnternet Ölçümleme Araştırması, Türkiye’de 24 milyon İnternet kullanıcı bulunduğunu ortaya konuluyor. Bu kullanıcıların yüzde 84’üne ulaşan araştırmanın ürettiği sosyo-demografik veriye göre, Türk İnternet kullanıcılarının büyük çoğunluğunu, satın alma gücü yüksek, karar verici kitle oluşturuyor. Araştırma sonucunda çıkan Türkiye İnternet kullanıcı profili, İnternetin artık bir kitle iletişim mecrası haline geldiğini ve bu mecranın geniş kitlelere ulaşma gücünün çok yüksek olduğunu gösteriyor.

Bkz. <http://www.turk.internet.com/portal/yazigoster.php3?yaziid=31174> (28.03.2011).

¹⁵ VERMEER Marike: “*Unfair Competition Online and the European Electronic Commerce Directive*”, *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 7 [2001], Iss. 1, Art. 7. <http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi?article=10618&context=annlsurvey&sei-redir=1#search=Unfair+Competition+law+and+internet> (19.02.2011) s. 87.

¹⁶ VERMEER, s. 88.

le yayılacak olumlu veya olumsuz bir bilgi dakikalar, hatta saniyeler içinde dünyanın her yerindeki milyonlarca kişiye ulaşabilecektir. İngiliz hükümeti, sanal suç kapsamında değerlendirilen eylemlerin ülkeye toplam maliyetinin 2010'da 21 milyar sterlini bulduğu, iş dünyasının uğradığı 21 milyar sterlinlik kaybın yarıya yakın bir bölümünü bir buluşa ait patent ya da şirket sırlarının çalınmasının oluşturduğu ve bu fiillerin birçok sektörü tehdit ettiğini belirtmiştir.¹⁷

Açıklanan nedenlerle, ticari işletmeleri ve dolayısıyla ekonomileri bilişim ağları aracılığıyla gelebilecek saldırılara karşı korumak çok önemli bir duruma gelmiştir. Bu anlamda, haksız rekabet fiillerinin bilişim araçları ile gerçekleştirilmesini önleme ve sorumluların belirlenmesini sağlamaya yönelik kuralların da yürürlüğe konulması zorunludur. Bilişim ağlarının hızı göz önünde bulundurulduğunda; “...*haksız rekabete uğrayan ve hukuki himaye talep edenin bu isteğinin çok süratli bir şekilde sonuçlandırılması isteğine cevap verecek bu alana ilişkin kuralların benimsenmiş olmasının önemli olduğu...*”¹⁸ görüşünün yerindedliği açıkça ortaya çıkmaktadır.

1.4. Yeni Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Kuralları

Yeni TTK 54 ila 63. maddelerinde haksız rekabet alanına ilişkin ilkeler getirmiştir. 6762 sayılı TTK’nın¹⁹ rakiplerin ekonomik kişiliklerinin korunması düşüncesini esas alan haksız rekabete ilişkin kuralları²⁰ yeni düzenlemenin de temelini oluşturmuştur. Gerçekten, TTK’nın haksız rekabete ilişkin normlarına “*genel olarak bakıldığında*” mülga TTK’nın ilgili hükümlerinin güncel hale getirilmiş bir biçimi olarak nitelendirmek mümkündür.

¹⁷ Konuya ilişkin haberin devamı şöyledir: “...Güvenlikten sorumlu bakan Neville-Jones, hükümetinin sanal suçlarla etkin mücadele edilebilmesi için endüstriyle birlikte hareket edeceğini açıkladı. Bakan Neville-Jones, konuya ilişkin yaptığı değerlendirmede “sanal suç örgütleri korkusuzlar, çünkü yakalanacaklarını hesaba katmıyorlar” ifadesini kullandı. Ancak gözlemciler, endüstrinin önde gelen şirketleri sanal saldırılar dolayısıyla zarara uğradıklarını, kamuoyu önünde imajlarının olumsuz etkilebileceği endişeleriyle açıklamıyor.

Yapılan değerlendirmelere göre sanal saldırılara uğrayan KOBİ ölçeğindeki firmaların yüzde 40’ı hiç bir şekilde bildirilmiyor. Sanal “gasptan” en fazla mağdur olan sektörler: biyoteknoloji, ilaç endüstrisi, elektronik, kimya ve bilgi teknolojileri şeklinde kayda geçiyor.” Bkz. ÇEHRELİ Murat: “*Sanal Suçun İngiltere’ye Yıllık Faturası 27 Milyar Sterlin*” <http://www.turk.internet.com/haber/Yazigoster.php3?yaziid=31448> (18.02.2011).

¹⁸ YAVAŞ Murat: “*Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri*” Mehmet Somer’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı, Cilt 12, Sayı 1-3, 2004-2006, İstanbul Haziran 2006, s. 791.

¹⁹ Bkz. 09.07.1956 tarihli ve 9353 sayılı RG.

²⁰ ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 294.

TTK'nın haksız rekabet alanında getirdiği önemli yeniliklerden birisi, tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlara da dava açma hakkının tanınması olmuştur. 6762 sayılı Kanun'da haksız rekabet halinde dava açma hakkı bulunan ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler yanında, yeni TTK'nın 56/3. maddesi ile, tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da 56/1. maddenin (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilme hakkına kavuşmuşlardır. Yine, anılan kural ile, başta Rekabet Kurumu olmak üzere tüketicilerin ekonomik menfaatlerini korumakla görevli ilgili düzenleyici kuruluşlara (örneğin; Enerji Piyasası Düzenleme Kurumu vb. gibi) haksız rekabet halinde dava açma hakkının tanındığı dikkat çekmektedir.²¹ Yeni TTK, bu hükmle yıllardır gözlemlenen bir eksikliği²² nihayet ortadan kaldırmıştır. Diğer taraftan, ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birliklerle ilgili olarak dava açma hakkını sınırlayıcı nitelikteki bazı hükümlere yer vermemiş olması da²³ yeni TTK'nın haksız rekabet konusunda getirdiği dikkat çekici bir başka düzenlemedir.

1.5. Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Haksız Rekabet Oluşturan Davranışlar

TTK 54/2. maddesiyle “*Rakipler arasında veya tedarik edenlerle müşteriler arasındaki ilişkileri etkileyen aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ile ticari uygulamaların haksız ve hukuka aykırı olduğu*” tanımını getirerek haksız rekabet oluşturan davranışların

²¹ Mal ve hizmet piyasalarının serbest rekabet ortamı içinde ve sağlıklı olarak kurulması ve işlemini teminle görevli olan Rekabet Kurumu'na, haksız rekabet yoluyla elde edilen kazancın failde bırakılmaması için, dava açma hakkı tanınması gerektiğine dair bkz. ARKAN Sabih: “**Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar**” *BATİDER*, Cilt XXII, Sayı: 4, s. 19-20. (**Haksız Rekabet**).

²² Bu konuda hukuk sistemimizin eksikliğine dair görüş için bkz. ARKAN, **Haksız Rekabet**, s. 14.

²³ 6762 sayılı Kanunda dava açma hakkı bulunanlar için bkz. ARKAN, **Ticari İşletme**, s. 309-311. 6762 sayılı TTK md. 58/3, ticaret ve sanayi odaları, esnaf dernekleri, borsalar ve nizamnamelelerine göre üyelerinin iktisadi menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve iktisadi birliklerin aynı maddenin 1/a, b, c bentlerinde yazılı davaları açabilmeleri için “*kendilerinin veya şubelerinin azaları bir ve ikinci fıkralar gereğince dava açmak hakkını haiz olmaları*” şartını getirmiş idi. Oysa, yeni TTK bu şarta yer vermeyerek, anılan kuruluşların dava açma hakkını genişletmiştir.

çerçevesini çizmiştir.²⁴ Ekonomik hayatın ve paralelinde satış, reklam biçimlerinin sürekli değişmesi sonucu, haksız rekabet halleri de sürekli değişim göstermiş, bu nedenle haksız rekabet hallerinin önceden tek tek belirlenmesi imkansız hale gelmiştir.²⁵ Bu doğrultuda olmak üzere TTK, “*Dürüstlük kuralına aykırı davranışlar, ticari uygulamalar*” kenar başlıklı 55. maddesinde haksız rekabet hâllerinin “başlıcalarını”²⁶ (6) bent halinde (21) adet davranış biçimi olmak üzere “*haksız rekabet örnekleri*” olarak saymıştır.²⁷ Belirtilen maddenin a, b ve c bentlerinde sayılan dav-

²⁴ Mülga TTK Madde 56: “*Haksız rekabet, aldatıcı hareket veya hüsnüniyet kaidelerine aykırı sair suretlerle iktisadî rekabetin her türlü suistimalidir.*”

²⁵ ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 296.

²⁶ Arkan'a göre; “...Mülga TTK 57'de (yeni TTK 55. maddenin karşılığı olan) kanun koyucu, uygulamada sık karşılaşılan bazı haksız rekabet hallerini göstermiştir” bkz. ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 298. Ayrıca bkz. MANOP Burcu: “*Türk Ticaret Kanunu (TTK) Ve TTK Tasarısı Açısından Haksız Rekabet Hükümlerine Bir Bakış*”, Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi, Y. 2007, C.12, S.3 s. 329.

²⁷ “**TTK MADDE 55-** (1) Aşağıda sayılan hâller haksız rekabet hâllerinin başlıcalarıdır:

a) *Dürüstlük kuralına aykırı reklamlar ve satış yöntemleri ile diğer hukuka aykırı davranışlar ve özellikle;*

1. *Başlıcalarını veya onların mallarını, iş ürünlerini, fiyatlarını, faaliyetlerini veya ticari işlerini yanlış, yanıltıcı veya gereksiz yere incitici açıklamalarla kötölemek,*

2. *Kendisi, ticari işletmesi, işletme işaretleri, malları, iş ürünleri, faaliyetleri, fiyatları, stokları, satış kampanyalarının biçimi ve iş ilişkileri hakkında gerçek dışı veya yanıltıcı açıklamalarda bulunmak veya aynı yollarla üçüncü kişiyi rekabette öne geçirmek,*

3. *Paye, diploma veya ödül almadığı hâlde bunlara sahipmişçesine hareket ederek müstesna yeteneğe malik bulunduğu zannını uyandırmaya çalışmak veya buna elverişli doğru olmayan meslek adları ve sembolleri kullanmak,*

4. *Başkasının malları, iş ürünleri, faaliyetleri veya işleri ile karıştırılmaya yol açan önlemler almak,*

5. *Kendisini, mallarını, iş ürünlerini, faaliyetlerini, fiyatlarını, gerçeğe aykırı, yanıltıcı, rakibini gereksiz yere kötileyici veya gereksiz yere onun tanınmışlığından yararlanacak şekilde; başkaları, malları, iş ürünleri veya fiyatlarıyla karşılaştırmak ya da üçüncü kişiyi benzer yollardan öne geçirmek,*

6. *Seçilmiş bazı malları, iş ürünlerini veya faaliyetleri birden çok kere tedarik fiyatının altında satışa sunmak, bu sunumları reklamlarında özellikle vurgulamak ve bu şekilde müşterilerini, kendisinin veya rakiplerinin yeteneği hakkında yanıltmak; şu kadar ki, satış fiyatının, aynı çeşit malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin benzer hacimde alımında uygulanan tedarik fiyatının altında olması hâlinde yanıltmanın varlığı karine olarak kabul olunur; davalı, gerçek tedarik fiyatını ispatladığı takdirde bu fiyat değerlendirmeye esas olur,*

7. *Müşteriyi ek edimlerle sunumun gerçek değeri hakkında yanıltmak,*

8. *Müşterinin karar verme özgürlüğünü özellikle saldırgan satış yöntemleri ile sınırlamak,*

9. *Malların, iş ürünlerinin veya faaliyetlerinin özelliklerini, miktarını, kullanım amaçlarını, yararlarını veya tehlikelerini gizlemek ve bu şekilde müşteriyi yanıltmak,*

10. *Taksitle satım sözleşmelerine veya buna benzer hukuki işlemlere ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek, peşin veya toplam satış fiyatını veya taksitle satımdan kaynaklanan ek maliyeti Türk Lirası ve yıllık oranlar üzerinden belirtmemek,*

11. *Tüketici kredilerine ilişkin kamuya yapılan ilanlarda unvanını açıkça belirtmemek veya kredilerin net tutarlarına, toplam giderlerine, efektif yıllık faizlerine ilişkin açık beyanlarda bulunmama,*

12. *İşletmesine ilişkin faaliyetleri çerçevesinde, taksitle satım veya tüketici kredisi sözleşmeleri sunan veya akdeden ve bu bağlamda sözleşmenin konusu, fiyatı, ödeme şartları, sözleşme süresi,*

ranış şekillerinden önce “**özellikle**” terimine vurgu yapılması, sayılan davranışların sınırlı olmayıp, başkaca biçimlerle de dürüstlük kuralına aykırı davranışların gerçekleştirilebileceğini göstermesi bakımından anlamlıdır. Sonuç olarak, yalnızca 55. maddede örnek olarak sayılan şekillerde değil, aldatıcı veya dürüstlük kuralına diğer şekillerdeki aykırı davranışlar ve ticari uygulamalar da TTK 54 ve 55. maddeler anlamında haksız rekabet oluşturabilecektir.

Haksız rekabetin varlığı için, davranışı gerçekleştiren kişinin kusurunun bulunması aranmamaktadır. Gerçekten de, TTK 54 ve 55. maddelerde haksız fiilin bir unsuru olarak kusurdan söz edilmemiştir. Failin kusurunun varlığı, sadece haksız rekabet nedeniyle hangi tür davaların açılabilceğinin belirlenmesi yönünden önem taşımaktadır.²⁸ TTK 56. maddeye bakıldığında, tespit, men ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, beyanların düzeltilmesi ile haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhası davalarına başvurabilmek için, failin kusurlu davranmış olması şart değildir (TTK md. 56/1-

müşterinin cayma veya fesih hakkına veya kalan borcu vadeden önce ödeme hakkına ilişkin eksik veya yanlış bilgiler içeren sözleşme formülleri kullanmak

b) Sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmek; özellikle;

1. Müşterilerle kendisinin bizzat sözleşme yapabilmesi için, onları başkalarıyla yapmış oldukları sözleşmelere aykırı davranmaya yöneltmek,

2. Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak,

3. İşçileri, vekilleri veya diğer yardımcı kişileri, işverenlerinin veya müvekkillerinin üretim ve iş sırlarını ifşa etmeye veya ele geçirmeye yöneltmek,

4. Onunla kendisinin bu tür bir sözleşme yapabilmesi için, taksitle satış, peşin satış veya tüketici kredisi sözleşmesi yapmış olan alıcının veya kredi alan kişinin, bu sözleşmeden caymasına veya peşin satış sözleşmesi yapmış olan alıcının bu sözleşmeyi feshetmesine yöneltmek.

c) Başkalarının iş ürünlerinden yetkisiz yararlanma; özellikle;

1. Kendisine emanet edilmiş teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden yetkisiz yararlanmak,

2. Üçüncü kişilere ait teklif, hesap veya plan gibi bir iş ürününden, bunların kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde, yararlanmak,

3. Kendisinin uygun bir katkı olmaksızın başkasına ait pazarlanmaya hazır çalışma ürünlerini teknik çoğaltma yöntemleriyle devralıp onlardan yararlanmak.

d) Üretim ve iş sırlarını hukuka aykırı olarak ifşa etmek; özellikle, gizlice ve izinsiz olarak ele geçirdiği veya başkaca hukuka aykırı bir şekilde öğrendiği bilgileri ve üretimin iş sırlarını değerlendiren veya başkalarına bildiren dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

e) İş şartlarına uymamak; özellikle kanun veya sözleşmeyle, rakiplere de yüklenmiş olan veya bir meslek dalında veya çevrede olağan olan iş şartlarına uymayanlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.

f) Dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak. Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

1. Doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya

2. Sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören, önceden yazılmış genel işlem şartlarını kullananlar dürüstlüğü aykırı davranmış olur.”

²⁸ ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 298.

a, b, c). Ancak, maddi ve manevi tazminat davaları açabilmek bakımından haksız rekabet oluşturan fiil nedeniyle failin kusurlu bulunması gerekir (TTK md. 55/1- d, e). Çalışmanın ilerleyen bölümlerinde ayrıntılı olarak değineceğimiz ceza sorumluluğunun hukuki niteliği ise suç failinin gerçek kişi veya tüzel kişi olmasına göre özellik göstermektedir.²⁹

2. YENİ TÜRK TİCARET KANUNU'NDA HAKSIZ REKABET KURALLARI VE BİLİŞİM AĞLARI

Yeni TTK'nın, haksız rekabet fiilleri bakımından getirdiği en önemli yeniliğin bilişim alanına ilişkin kurallar olduğundan söz etmiş idik. Kanun, "*basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu*" başlığını taşıyan 58. maddesinde, haksız rekabet fiillerine ilişkin olarak belirtilen kuruluşların sorumluluklarına ilişkin bazı "temel ilkelere" yer vermiştir. Belirtilen ilkeler içinde yer alan ve basın yayın kuruluşlarının (yazılı ve görsel-işitsel basın) sorumluluğuna –çalışmamızın konusu itibarıyla değinilmeyerek, sadece *TTK yönünden ilk niteliğindeki* bilişim alanına ilişkin olan ilkeler irdelenecektir. Bilişim kuruluşlarının haksız rekabet hallerindeki sorumlulukları -TTK'nın sistematığıne paralel olarak- özel hukuk alanında ve ceza hukuku alanında olmak üzere iki bölüm halinde ele alınacaktır.

2.1. Bilişim Kuruluşlarının Haksız Rekabet Hallerinde Özel Hukuk Sorumluluğu

2.1.1. Kural: Bilişim Kuruluşlarının Sorumsuzluğu

TTK, 54 ve 55. maddelerinde düzenlediği haksız rekabet fiilleriyle bağlantılı olarak, "*basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu*" kenar başlıklı 58. maddesi³⁰ ile, anılan kuruluşların özel hukuka iliş-

²⁹ Bu konuda bkz. 2.2.1., 2.2.2 ve 2.2.4.

³⁰ "*Basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu*" başlıklı TTK md. 58'in ilk iki fıkrası şöyledir;

"MADDE 58- (1) Haksız rekabet, her türlü basın, yayın, iletişim ve bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleştirilecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla işlenmişse, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davalar, ancak, basında yayımlanan şeyin, programın; ekranda, bilişim aracında veya benzeri ortamlarda görüntülenenin; ses olarak yayımlananın veya herhangi bir şekilde iletilenin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir; ancak;

a) Yazılı basında yayımlanan şey, program, içerik, görüntü, ses veya ileti, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanmışsa,

b) Yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılırsa,

c) Başka sebepler dolayısıyla yazılı basında yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, sesin, iletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılması mümkün olmazsa,

kin sorumluluğuna özgü bir kurala yer vermiştir.³¹ Bu kurala göre, haksız rekabet, her türlü ...**bilişim işletmeleriyle, ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlar aracılığıyla** işlenmişse, 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı olan tespit, tecavüzün men'i ve tecavüzün ref'i davaları "**kural olarak**" içeriğin sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir (md. 58/1). Dolayısıyla, bilişim araçları ile haksız rekabet oluşturan içeriklerin erişime sunulması durumunda, ilke olarak bilişim kuruluşlarına başvurulamazdır. Gerçekten de bilişim ağlarında yer alan hizmet sağlayıcıların erişim sağlama ve/ veya yer sağlama gibi teknik işlevleri düşünüldüğünde, belirtilen kuralın yerinde olduğu anlaşılmaktadır. Kural olarak sorumlulukları bulunmayan bilişim kuruluşlarına ancak istisna olarak, yani TTK'da öngörülen belirli bazı şartların gerçekleşmesi durumunda başvurulabilir.

2.1.2. İstisna: Bilişim Kuruluşlarının Sorumlu Olduğu Haller

Bilişim araçlarıyla erişime sunulmuş olan içeriğin sahibi ile ilan verene belirli nedenlerle ulaşılamaması veya haklarında dava açılmaması durumunda "**diğer kişiler**"³² olarak adlandırılabilir olanların sorumluluğu gündeme gelebilecektir. TTK'da haksız rekabet hallerinde içerik sahibi ve ilan veren dışındaki diğer kişiler (sorumlular) yani; **iletiyi iletilim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi**, haksız rekabet oluşturan içerikten sorumludurlar. TTK ile basın kanunlarına benzer şekilde getirilen, kademeli sorumluluk sistemi gereği, bilişim araçları ile işlenen haksız rekabet fiillerinde her koşulda bir sorumlunun bulunması amacına da böylelikle ulaşılmış olmaktadır.

yukarıda anılan davalar, yazı işleri müdürü, genel yayın yönetmeni, program yapımcısı, görüntüyü, sesi, iletiyi, yayın, iletilim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi; bunlar gösterilemiyorsa, işletme veya kuruluş sahibi aleyhine açılabilir."

³¹ TTK'nın 58. maddesinin başlığında yer verilen sorumluluk türünün özel hukuka ilişkin sorumluluk olduğundan "açıkça" söz edilmemiştir. Ancak, maddeye yer verilmiş şekildedir, 58. maddenin basın, yayın, iletilim ve bilişim kuruluşlarının özel hukuka ilişkin sorumluluğundan söz ettiği anlaşılmaktadır. Sorumluluğa ilişkin söz konusu 58. maddenin de içinde yer aldığı, TTK'nın birinci kitap dördüncü kısım başlığının "*Haksız Rekabet*" olduğu ve bu kısmın (B) alt başlığının da "*Hukuki sorumluluk*" olduğu, (C) alt başlığının da "*Cezai sorumluluk*" olduğu göz önüne alındığında, 58. maddenin özel hukuk sorumluluğuna yer verdiği anlaşılmaktadır.

³² TTK md. 58/1-son cümlede belirtilen kişiler, yani iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi ile bilişim işletmeleri veya kuruluşlarının sahipleri, kısaca "**diğer kişiler**" terimi ile ifade edilecektir.

2.1.2.1. Sorumluluğun Kapsamı

TTK 58. maddeye “kapsam” yönünden bakıldığında, her türlü bilişim işletmeleri yanında *ileride gerçekleşecek teknik gelişmeler sonucunda faaliyete geçecek kuruluşlara* da sorumluluk yüklediği görülmektedir. Madde başlığında yer verilen “bilişim kuruluşları”nın neler olduğu TTK’da belirtilmediği gibi,³³ madde metninde kullanılan “her türlü bilişim işletmeleri” sözcüğü ile ifade edilmek istenilen şeyin ne olduğu da belirsizdir? Bu sorunun cevabının bilinmesi, 58. madde ile getirilen sorumluluğa ilişkin kuralın muhataplarının bilinmesi bakımından önem taşımaktadır. Terminolojik açıdan bakıldığında da, “*bilişim işletmeleri*” terimine literatürümüzde şimdiye kadar hiç rastlanılmadığını belirtmeliyiz.³⁴ TTK’nın ticaret hukukundaki “*ticari işletme*” kavramını bilişim kavramı ile birleştirerek “*bilişim sahasında faaliyet gösteren ticari işletmeler*” yerine geçmek üzere belirtilen “*bilişim işletmeleri*” kavramını kullandığı düşüncesindeyiz. Düşüncemiz bu olmakla birlikte, TTK’nın 1524. maddesi ile sermaye şirketleri yönünden getirdiği İnternet sitesi açma ve bazı bildirimleri bu sitede yapma zorunluluğu dikkate alındığında, belirtilen yükümlülük altındaki sermaye şirketlerinin de 58. madde-deki normun muhatabı oldukları anlamı çıkabilmektedir. Halbuki, tüm sermaye şirketlerini sırf TTK’daki zorunluluk nedeniyle İnternet sitesi sahibi olmalarından dolayı “*bilişim işletmesi*” olarak nitelendirmek doğru bir yaklaşım değildir. Bu nedenle, kanun koyucudan beklenen, anlamı net olmayan kavramlara yer vermemesi ve sorumluluk kapsamında bulunanların tereddüde yer bırakmayacak şekilde belirlenmesidir.

Bilişim alanında olmak üzere, herhangi bir konuda faaliyet gösteren tüm kuruluşlar “*ticari işletme olması kaydıyla*” belirtilen 58. maddedeki kural uyarınca sorumludurlar. Esnaf işletmesi için öngörülen sınırı aşan düzeyde gelir sağlamayı hedef tutan faaliyetlerin devamlı ve bağımsız şekilde yürütüldüğü işletmeler “*ticari işletme*” dir (TTK md. 11/1). Bu kuraldan hareketle, ticari işletme niteliğinde olmayan, kişisel kullanıcıların kendi bireysel yararları için yürüttükleri faaliyetler nedeniyle haksız rekabet

³³ KAYA Bedii: “*Yeni Türk Ticaret Kanununun 58. Maddesinin Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcıları Açısından İncelenmesi*”, <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

³⁴ Bkz. KÖKSAL Aydın: **Bilişim Terimleri Sözlüğü**, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1981. [http://tdkterim.gov.tr/kategori=bakdetay&sozid=BLS\(15.03.2011\)](http://tdkterim.gov.tr/kategori=bakdetay&sozid=BLS(15.03.2011))
[http://www.tbd.org.tr/index.php?sayfa=sozluk&mi1&tipi=tren&harf=B\(15.03.2011\)](http://www.tbd.org.tr/index.php?sayfa=sozluk&mi1&tipi=tren&harf=B(15.03.2011))
[http://www.dildernegi.org.tr/TR/Sozluk\(15.03.2011\)](http://www.dildernegi.org.tr/TR/Sozluk(15.03.2011))

oluşturabilecek davranışları nedeniyle TTK kurallarına göre sorumlu tutulamayacaklarını söylemek mümkündür.³⁵

Bilişim teknolojilerinin çeşitliliği göz önünde tutulduğunda, TTK 58/1. maddenin kapsamı yönünden açıklanan belirsizlik, haksız rekabet oluşturan içeriğin oluşturulması ve iletilmesinde herhangi bir şekilde işlev yüklenen tüm kişi veya işletmelerin *filin gerçekleşmesindeki fonksiyon ve katkılarına bakılmaksızın* sorumlu tutulmaları gibi bir sonuca ulaştıracaktır. Son ticari gelişmeler bilişim ağlarının ve internet ağı üzerinden yapılan her türlü reklamı ifade etmek üzere kullanılan “*webvertising*”³⁶ denilen reklam türünü başlı başına bir iş alanı haline getirmiştir.³⁷ Bu anlamda, bu denli büyük bir ticari mecrada içeriklerin sunulmasında birçok farklı işlevler, farklı kişilerce yerine getirilmektedir. Örneğin, haksız rekabet oluşturan içeriğe yer veren e-postayı başkasına ileten bir ticari işletme veya sadece *banner (büyük başlık)*³⁸ ya da *link verme (bağlantı yapma)*³⁹ gibi yollarla içeriği kullanan bir işletmenin haksız rekabet fiili nedeniyle sorumlu tutulabilmesi gündeme gelebilecektir.⁴⁰ Arama motorları aracılığı ile “sponsore edilmiş bağlantılar” şeklinde hazırlanmış “*adwors reklamlar*”⁴¹ in⁴¹ bazen marka, bazen bir ticaret unvanına tecavüz oluşturabileceği ve yine haksız rekabet teşkil edeceği⁴² dikkate alındığında, belirtilen reklam türü söz konusu olduğunda kimlerin sorumlu tutulacağı, TTK 58. maddedeki kural karşısında yine sorun oluşturacaktır.

³⁵ Bilindiği gibi, tarafların ve özellikle davalı tarafın tacir olmadığı durumlardaki haksız rekabet hallerinde BK 48. madde hükümleri uygulanacaktır, bkz. ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 294.

³⁶ İngilizce “*web*” ve “*advertising (reklam)*” sözcüklerinin bir araya getirilmesinden oluşan “*webvertising*” kavramı, banner, buton, logo ya da ad breaks türü bilişim ağı reklamlarını içerir.

³⁷ VERMEER, s. 88.

³⁸ Bkz. <http://www.tbd.org.tr/index.php?sayfa=sozluk&mi1&tipi=entr&harf=B> (24.03.2011). Yaygın bir uygulama olan “*banner*” internet sitelerinin içine reklam panoları yerleştirme uygulamasıdır. Hazırlanan içerik, bir başka içeriğin içine (genellikle ilgi duyulan bir hedef kitle veya izleyicisi bulunan bir başkasının internet sitesine) statik, hareketli ya da animasyonlu şekilde yer alan dört köşeli alan biçiminde reklam panosu olarak ücret karşılığında yerleştirilmektedir.

³⁹ Link vasıtasıyla bağlantı kurulduğunda, (aksi uygulamalar da mevcut olmakla birlikte) bağlantı kurulan içerik (web sayfası) sahibinin kimlerin link kurmak suretiyle kendi sayfasına bağlandığından ve bu linki sağlayanın kim olduğundan bilgisi olmamak, kullanıcı nezdinde sanki link veren internet sitesine ait bilgilerden yararlanıyormuş izlenimi uyandırılmaktadır.

⁴⁰ Bir görüşe göre; “*TTK ile getirilen kural, belirtilen durumlarda haksız rekabetten dolayı hukuki sorumluluğu belirleyecek kapsamda değildir.*” Bkz. KAYA, <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

⁴¹ *Adwors*, İngilizce “*advertising words*” un kısaltılmışıdır ve işletmelerin, anahtar kelimelere bağlı olarak internet arama motorlarında yaptıkları reklamları ifade eder, ayrıntılı bilgi için bkz. MEMİŞ Tekin/ BOZBEL Savaş: “*Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwors Reklamlar*” e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Kasım 2008, Sayı: 81. <http://www.e-akademi.org> (24.03.2011).

⁴² MEMİŞ/ BOZBEL, <http://www.e-akademi.org> (24.03.2011).

Benzer şekilde *spamming*,⁴³ *framing* (çerçeveleme), *meta-tag*⁴⁴ uygulamalarında sorumluların kim olduğu veya içerik sahibi ya da ilan sahibinin belirlenememesi durumunda, ikinci ve üçüncü kademe sorumlularına kadar gidilip gidilemeyeceği hususları belirsizlik taşıyan konulardır.

İşte, açıklanan bu problemlerin doğma olasılığına karşılık kanun koyucudan beklenen, sorumlulukların tereddüde yol açmayacak biçimde belirlenmesini sağlamak bakımından, anlamı net olmayan kavramlara yer vermemesi ve hangi faaliyetlerin sorumluluğu doğuracağına açık bir şekilde bildirilmesi iken yeni TTK'nın bu konuda ciddi eksiklikler taşıdığını belirtmeliyiz.

2.1.2.2. Sorumlular ile Sorumluluğun Şartları ve Niteliği

TTK'nın 58. maddesinin haksız rekabet halinde basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu konusunda Basın Kanunu hükümlerini örnek alarak, kademeli (tabaka tabaka)⁴⁵ sorumluluk sistemi⁴⁶ getirdiğini görmekteyiz. Belirtilen sistem uyarınca, eğer önceki kademede bir sorumlu bulunabiliyorsa, daha sonraki kademeye geçilemeyecektir. Sorumluya ulaşıncaya değin de, en son kademeye kadar gidilecektir. Böylelikle, kademeli sorumluluk sistemi gereği, bilişim araçları ile işlenen haksız rekabet fiillerinde her şartta bir sorumlunun bulunması sağlanmış olmaktadır.

⁴³ Birden fazla kimseye elektronik posta yolu ile gönderilen reklamlar olarak isimlendirilebilecek olan "*spamming*" e-posta formunda rahatsız edici, sıkıntı verici iletiler anlamında kullanılmaktadır. Bu konuda geniş bilgi için bkz. MEMİŞ Tekin: "**Hukuki Açından Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (Spamming)**" <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/spamming.htm> (29.03.2011).

⁴⁴ Meta tag, erişime sunulan içeriğin kimliği hakkında bilgi sunarak arama motorlarının sitenin tanınmasını sağlayan işaretlerdir. Bkz. <http://www.w3.org/TR/html401/struct/global.html#h-7.4.4.2> (29.03.2011).

⁴⁵ Bu sistem bazı yazarlarca "*tabaka tabaka sorumluluk sistemi*" olarak da adlandırılmaktadır, bkz. DÖNMEZER Sulhi: **Basın ve Hukuku, Giriş, Genel Prensipler, Basın Hürriyeti, İdari Rejim, Ceza Rejimi**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, genişletilmiş ve yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, İstanbul 1976, s. 379 (**Basın ve Hukuku**).

⁴⁶ Basın Kanunu'nda sorumluluk konusunda bkz. İÇEL Kayıhan/ ÜNVER Yener: **Kitle Haberleşme Hukuku**, Beta Yayınevi, sekizinci bası, İstanbul 2009, s. 262-282. ÖZEK Çetin: **Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972. ÖZEN Muharrem: "**Türkiye Cumhuriyeti'nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti'nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu**", *AÜHF Dergisi*, C. 50, S. 3, s. 55-92, Ankara 2001 (**Ceza Sorumluluğu**). ÖZEN Muharrem: **Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk**, US-A Yayıncılık, Ankara 1998 (**Objektif Sorumluluk**).

Basın Kanunu'nda -kural olarak-⁴⁷ cezai sorumluluk yönünden benimse-
nen kademeli sorumluluk sistemine, TTK'nın özel hukuk sorumluluğuna
ilişkin olarak yer verdiğini vurgulamalıyız. Kademe sistemi gereği so-
rumlu olanları kademe sırasıyla inceleyeceğiz.

Sorumluların incelenmesine geçmeden önce, TTK'nın 58. maddede yer
verdiği *sorumlulukların sadece ve sadece 56. maddenin birinci fıkrasının
(a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı olan tespit, tecavüzün men'i ve tecavüzün
ref'i davaları yönünden geçerli olduğu* hususunu önemle vurgulamak
istiyoruz. TTK 56/1-d, e maddelerinde yer verdiği maddi ve manevi taz-
minat davalarındaki sorumluluk yönünden herhangi bir düzenleme getir-
memiş olup, dolayısıyla haksız rekabet halinde tazminat davaları TTK ve
BK'nın genel kurallarına göre çözümlenecektir (TTK md. 57/2).

2.1.2.2.1. Birinci Kademe Sorumlular

TTK'nın getirdiği sistemde sorumluluk **“kural olarak”** haksız rekabete
yol açan içeriğin sahibi ile ilan verene aittir. Diğer bir deyişle ilk kade-
mede sorumlu olanlar **“içerik sahibi ve ilan veren”** kişilerdir. TTK, *içerik
sahibi ve ilan veren* terimlerini tanımlamamış ve bu sıfatların kime ait
olduğunu belirlememiştir. Dolayısıyla, bu terimlerin kapsamının belir-
lenmesinde hukukun diğer alanlarına başvurulacaktır. Mevzuatımıza bak-
tığımızda, FSEK Ek madde 4'de **“bilgi içerik sağlayıcı”** kavramının kul-
lanıldığını görüyoruz. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların
Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edil-
mesi Hakkında Kanun⁴⁸ ise, 2/1-f maddesinde; **“İçerik sağlayıcı: İnternet
ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten,
değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler”** şeklinde bir tanıma yer
vermiştir. Belirtilen tanımlardan hareketle, **“içerik sahibi; haksız rekabet
oluşturan veriyi ticari işletmesi adına ağ ortamında erişime sunan kişi”**
olarak tanımlanabilir.

⁴⁷ Hem 5680 sayılı mülga Basın Kanunu hem de yürürlükteki 5187 sayılı Basın Kanunu, kademeli
sorumluluk sistemini -kural olarak- cezai sorumluluk açısından benimsemişlerdir. Bu kuralın
istisnası, yani kademeli sorumluluk sisteminin hukuki sorumluluk açısından kabul edildiği du-
rum ise, 5187 sayılı Basın Kanunu'nun 13/1. maddesinde yer almaktadır. Bu kurala göre, süre-
siz yayınlar yönünden yayımcının belli olmaması halinde basımcının özel hukuk hükümlerine
göre sorumlu olacaktır, belirtilen kural şöyledir:

“Hukukî sorumluluk

Madde 13- Basılmış eserler yoluyla işlenen fiillerden doğan maddî ve manevî zararlardan dolayı
süreli yayınlarda, eser sahibi ile yayın sahibi ve varsa temsilcisi, süresiz yayınlarda ise eser sahibi
ile yayımcı, yayımcının belli olmaması halinde ise basımcı müştereken ve müteselsilen sorumlu-
dur.”

⁴⁸ Bkz. 23.05.2007 tarihli ve 26530 sayılı RG.

İlan sahibi ise yine benzer şekilde, “haksız rekabet oluşturan ilanı (veriyi) ticari işletmesi adına ağ ortamında erişime sunulmasını isteyen, ilan eden kişi” olarak tanımlanabilecektir.

2.1.2.2.2. İkinci Kademe Sorumlular

Haksız rekabet fiili nedeniyle birinci kademe sorumlularına yani, içerik sahibi ile ilan verene belirli nedenlerle ulaşılamaması veya haklarında dava açılmaması durumunda ikinci kademe sorumlulara başvurulabilecektir. Kanun’un terimiyle *bilişim işletmeleri* açısından bakıldığında, ikinci kademe sorumlular, *iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefidir* (md. 58/1-son cümle). TTK’nın lafzına bakıldığında, ilan servisi şefinin *her hal ve şartta* iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ile *birlikte* sorumlu tutulduğunu görmekteyiz. Dolayısıyla, belirtilen hükümden eğer bir İnternet sitesinin ilan sorumlusu var ise bu kişinin iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ile birlikte sorumlu olacağı anlamı çıkmaktadır. TTK’nın sorumlulukları genişletici nitelikteki bu kuralı, 5680 sayılı *mülga* Basın Kanunu’nun 16/1. maddesine benzerliği ile dikkat çekmektedir.⁴⁹ Bu kural gereği, ilan şefi, haksız fiil oluşturan iletinin erişime sunulmasında kusuru bulunup bulunmadığına bakılmaksızın sorumlu olacaktır.

TTK’nın belirtilen kuralına terminolojik olarak bakıldığında da “*bilişim aracı*” şeklinde bir terime mevzuatımızda şimdiye kadar rastlanmadığını belirtmeliyiz.⁵⁰ TTK’da yer verilen “*bilişim aracı*” terimi ile kastedilen nedir? Bu bilinmeden sorumluluk ilkelerinin belirlenmesi imkansızdır. Bilindiği gibi, “*bilişim*” sözcüğü, “*Informatic*” kelimesinden “bilgi” ve “iletişim” sözcükleri bir araya getirilerek türetilmiştir. Bilişim, bilgisayara nazaran bir üst kavramdır.⁵¹ Kısaca, bilişim; bilginin (verilerin) bilgi-

⁴⁹ Mülga Basın Kanunu -5187 sayılı Kanun’dan farklı olarak- 16/1. maddesi ile sorumlu müdürü de her halükarda eser sahibi ile birlikte sorumlu tutmakta idi. Anılan madde şöyledir: “*Mevkutelere işlenen suçlarda sorumluluk, suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber bu mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne; 19 uncu maddede aykırı hareket edilmesi halinde ise sözü edilen kişilerle birlikte mevkutenin sahibi olan gerçek kişiye ve mevkute sahibi olan anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ile diğer şirket ve tüzel kişilere ait mevkutelere tüzel kişiliğin en üst yöneticisine aittir.*” Bu konuda ayrıca bkz. ERMAN Sahir/ ÖZEK, Çetin: *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000, s. 128-132.

⁵⁰ TTK’nın bilişim alanında tercih ettiği terminolojiye ve yer verdiği terimlerin anlamlarına ilişkin olarak da Kanun’un Gerekeç’inde ve TBMM’deki hazırlık çalışmalarında da hiçbir açıklamaya rastlayamadığımızı da belirtmeliyiz. Bkz. <http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem23/yil01/ss96.pdf> (15.03.2011).

⁵¹ Aynı doğrultuda bkz. YENİDÜNYA A. Caner/ DEĞİRMENCİ Olgun: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, Legal Yayıncılık, İstanbul Nisan 2003, s. 30-31. ERSOY Yüksel:

sayarlar aracılığıyla elektronik olarak depolanması yanında işlenmesini ve iletilmesini de kapsamaktadır.⁵² Bilgisayar, verileri saklayıp işleyebilen ve iletebilen bir araçtır, dolayısıyla bilgisayar bir bilişim aracıdır. Anılan kuralın lafzından hareket edildiğinde, iletiyi bilişim aracına (örneğin bilgisayara veya ağa) koymak veya koydurmak şeklindeki bir fiilin haksız rekabet oluşturabileceği anlamı çıkmaktadır. Oysa salt bir veriyi bilgisayara veya sunucuya koymanın (depolamanın), veri başkalarına iletilmedikçe, rekabeti bozucu etki doğurması mümkün değildir. Anılan kuralda yer verilen, “iletiyi bilişim aracına *koymak veya koydurmak*” terimine bilişim literatüründe de rastlanmamakta, “*access*” sözcüğünün karşılığı olarak “*erişime sunmak*”⁵³ terimi yaygın olarak kullanılmaktadır.⁵⁴ Dolayısıyla, kanun koyucunun kullandığı terminolojinin farklı yorumlara neden olabileceği görülmektedir. “*Bilişim araçları*” yerine de “*networks*” karşılığı olarak “*bilişim ağları*” terimine yer verilmesinin daha yerinde olacağı düşünüyoruz.

Gerçekten de, Kanun’un terminolojisi “çözülemezince” iletiyi bilişim aracına koymak veya koydurmaktan ne anlaşılması gerektiği, bu kuralın bilişim ağlarında yer alan hangi hizmet sağlayıcıları kapsamına aldığını belirlemek de güçlük taşımaktadır. Haksız rekabet oluşturan içeriğe sadece yer sağlamak (hosting) ve/ veya erişim sağlamak şeklindeki teknik hizmetler Kanun’un terminolojisiyle iletiyi bilişim aracına koymak veya koydurmak olarak kabul edilecek midir? Erişime sunulan veriyi sadece üretmek veya değiştirmek ya da sağlamak veya bunlardan bazılarını birlikte gerçekleştirmek veya salt veriyi iletmek kapsama dahil edilecek midir? Arama motorlarının verdiği hizmetler belirtilen kapsamda değer-

“*Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları*”, *AÜSBF Dergisi*, Haziran-Aralık 1994, C. 49, No: 3-4, s. 151. Yazıcıoğlu’na göre ise; “bilişim” sözcüğü “bilgisayar” kelimesine oranla daha geniş kapsamlıdır. Bkz. YAZICIOĞLU R. Yılmaz: *Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle*, Alfa Yayınları, İstanbul 1997, s.130.

⁵² “Bir başka anlamda bilişim, bilgisayardan da faydalanılmak suretiyle bilginin saklanması, iletilmesi ve işlenerek kullanılabilir hale gelmesini konu alan akademik ve mesleki disipline verilen addır; yani başka bir deyişle, bilgisayar kullanma ilmidir: “*computer science*.” BORRUSO, Renato/ BUONOMO, Giovanni/ CORASANITI, Giuseppe, D’AIETTI, Gianfranco, Profili penali dell’informatica, Giuffrè, Milano 1994, s. 3’den naklen YAZICIOĞLU, s. 131.

⁵³ Erişim: Bir veri saklama ortamında, veri okuma ya da yazma işlemini gerçekleştirmek üzere, adresi verilen yeri fiziksel olarak bulma anlamındadır.

⁵⁴ Bkz. KÖKSAL, <http://tdkterim.gov.tr/kategori=bakdetay&sozid=BLS> (15.03.2011)
⁵⁴ <http://www.tbd.org.tr/index.php?sayfa=sozluk&mi1&tipi=tren&harf=E> (15.03.2011). Nitekim, Ülkemizde bilişim ağları konusunda temel düzenleme olarak sayılabilecek olan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun 2/d maddesinde; “*Erişim: Bir internet ortamına bağlanarak kullanım olanağı kazanılmasını ifade eder*” tanımına yer vermiştir. Bkz. 23.05.2007 tarih ve 26530 sayılı RG.

lendirilecek midir? Bilişim teknolojilerinin kullanıldığı durumlarda haksız rekabet oluşturan içeriğin yayılması veya içeriğin yayılmasının kolaylaştırılması fiillerinden dolayı sorumluluğun olup olmadığı⁵⁵ da belirsizlik taşıyan hususlardan bir başkasıdır. Bu soruların cevabının bilinmesi gerekmektedir birlikte, TTK'nın belirtilen kuralı karşısında belirsizlikler yoğun biçimde süreceğe benzemektedir.⁵⁶

TTK md. 58/1'de yer verilen "iletiyi bilişim aracına koyan veya koydu-
ran kişi" lerin kim veya kimler olduğunun nasıl saptanacağı hususu da
ayrı bir tartışma konusudur. Uygulamada her İnternet sitesi için basın
kanunlarına benzer şekilde bir *sorumlu müdür* gösterme zorunluluğu bu-
lunmadığı düşünüldüğünde, sorumluların belirlenmesi güçlük doğuracak-
tır. Bu hususta, 5651 sayılı Kanuna dayanılarak çıkarılan "*İnternet Orta-
mında Yapılan Yayınların Düzenlenmesine Dair Usul ve Esaslar Hakkın-
da Yönetmelik*"⁵⁷ yol gösterici olabilir mi sorusu akla gelmektedir? İlk
baştan söylemek gerekli ise, bu Yönetmelik ve dayandığı 5651 sayılı
Kanun'un amacının⁵⁸ farklı olduğu hatırdan çıkarılmamalıdır. Diğer yön-
den, anılan Yönetmelik ile, içerik sağlayıcılar, yer sağlayıcılar ve erişim
sağlayıcılar için bilgilendirme yükümlülüğü getirilmiş ise de, Yönetmelik
md. 5/1-a'da⁵⁹ **tüzel kişiler yönünden** yer verilen "*sorumlu kişiler*" te-
rimi ile **hangi anlamda sorumluluğun** kastedildiği belirsizdir. Yönetme-
lik ile belirtilen sorumluluğun ilk bakışta haksız fiilden doğan tazminat
sorumluluğu olduğu düşünülebilecektir. Suçla mücadele de pek tabii ki,

⁵⁵ KAYA, <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

⁵⁶ Düşüncemize göre, TTK md. 58/1-son cümlesinde yer verilen "iletiyi bilişim aracına koymak veya koydurmak" terimi ile "içeriği bilişim ağında erişime sunmak" ifade edilmek istenmektedir.

⁵⁷ Bkz. 30 Kasım 2007 tarihli ve 26716 sayılı RG.

⁵⁸ "Bu Yönetmeliğin amacı, içerik sağlayıcıların, yer sağlayıcıların ve erişim sağlayıcıların yükümlülük ve sorumlulukları ile internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemektir." (Yön. md. 1).

⁵⁹ "Bilgilendirme yükümlülüğü

MADDE 5 - (1) Ticari veya ekonomik amaçlı içerik sağlayıcıları, yer sağlayıcıları ve erişim sağla-
yıcıları, aşağıda belirtilen tanıtıcı bilgilerini, kendilerine ait internet ortamında, kullanıcıların ana
sayfadan doğrudan ulaşabileceği şekilde ve iletişim başlığı altında, doğru, eksiksiz ve güncel ola-
rak bulundurmakla yükümlüdür:

a) Gerçek kişi ise; adı ve soyadı, tüzel kişi ise; unvanı ve **sorumlu kişiler**, vergi kimlik numarası
veya ticaret sicil numarası,

b) Yerleşim yeri, tüzel kişi ise merkezinin bulunduğu yer,

c) Elektronik iletişim adresi ve telefon numarası,

ç) Sunduğu hizmet, bir mercinin iznine veya denetimine tabi bir faaliyet çerçevesinde yapıyor ise,
yetkili denetim mercisine ilişkin bilgiler.

(2) Ticari veya ekonomik amaçlı içerik sağlayıcı, birinci fıkradaki bilgilerle birlikte, yer sağlayıcı-
ya ilişkin tanıtıcı bilgileri, doğru, eksiksiz ve güncel olarak ana sayfasında bulundurmakla yüküm-
lüdür."

tazminat hukuku araçlarına da başvurulabilir, fakat anılan sorumluluğun yalnızca tazminat hukukuna ilişkin olmadığı yönünde nesnel bulgular vardır. Hemen belirtelim ki, Yönetmeliğin 1. maddesinde belirtilen “*internet ortamında işlenen belirli suçlarla içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcıları üzerinden mücadeleye ilişkin esas ve usulleri düzenlemek*” amacı göz önüne alındığında, suçla mücadeleyi amaçlayan bir yönetmelikte yer verilen sorumluluğun da ceza hukuku sorumluluğu olacağı akla gelmektedir. Yine, bu doğrultuda olmak üzere, anılan Yönetmeliğin 5. maddesindeki yükümlülükler aykırılığın aynı Yönetmelik md. 9 ile idari para cezası yaptırımına bağlandığını görmekteyiz.⁶⁰ Belirtilen pozitif düzenlemeler karşısında, Yönetmelik’te yer verilen sorumluluğun tazminat hukukuna mı, yoksa ceza hukukuna mı ilişkin olduğu hususunda net bir kanaate ulaşmanın güç olduğunu ve bu nedenle belirtilen Yönetmelik’teki kuralların iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişinin dolayısıyla ikinci kademedeki sorumluların belirlenmesinde bize yol gösterici olamayacağını belirtmemiz gereklidir.

Sonuç olarak, “iletiyi bilişim aracına koymak veya koydurmak” teriminden ne anlaşılması gerektiği belirsiz olunca, ikinci kademedeki sorumluların kimler olduğunun saptanması da güçlük arz etmektedir. TTK’nın sorumluluk esaslarını Basın Kanunu kurallarına paralel olarak ele alan mantığıyla hareket ederek, her İnternet sitesine bir “sorumlu müdür” benzeri kişi atanmasını kabul etmek, İnternetin özgürlükçü doğasını inkar anlamındadır. Gerçekten de, yazılı basın ile bilişim ağlarının nitelikleri ve dolayısıyla düzenleme yapılırken göz önünde bulundurulması gerekli ilkelerin birbirinden çok farklı olduğu kuşkusuzdur. Ancak, pozitif düzenleme ortadadır ve kısa bir süre sonra yürürlüğe girecektir. Mevcut kuralın belirsizliği karşısında, normun somut olaya uygulanması ile oluşacak yargı kararları ve bu kararların irdelenmesi sonucunda bir çözüme ulaşma yolunu denemek son çare olarak gözükmektedir.

2.1.2.2.3. Üçüncü Kademe Sorumlular

Birinci ve ikinci kademe sorumlularına yani, içerik sahibi ile ilan verene ya da iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefine belirli nedenlerle ulaşılamaması veya haklarında dava açılmaması durumunda üçüncü kademe sorumlulara başvurulabilecektir. Kanunun deyimiyile “*bilişim işletmeleri*” aracılığıyla haksız rekabet oluşturan fiilin

⁶⁰ Yönetmelik madde 9/1: “*Bu Yönetmeliğin 5 inci maddesinde belirtilen yükümlülüğü yerine getirmeyen içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı veya erişim sağlayıcıya Başkanlık tarafından ikibin Yeni Türk Lirasından onbin Yeni Türk Lirasına kadar idarî para cezası verilir.*”

gerçekleştirilmesi durumunda, üçüncü kademe sorumlular; işletme veya kuruluş sahibidir (md. 58/1-son cümle). TTK'nın "bilişim işletmeleri veya kuruluşlarının sahipleri" yönünden getirdiği sorumluluk, Basın Kanunundaki basımcının süresiz yayınlardaki özel hukuk sorumluluğuna benzer bir düzenleme yapıldığını akla getirmektedir.⁶¹

2.1.2.2.4. İkinci ve Üçüncü Kademe Sorumluluğun Şartları ve Anonimlik Hakkı

"Diğer sorumlular" olarak adlandırılabilir olan ikinci ve üçüncü kademe sorumlular grubuna başvurulabilmesi için şu şartlardan birisi veya birkaçının gerçekleşmesi gereklidir, bunlar;

- a) İletinin, bunların sahiplerinin veya ilan verenin haberi olmaksızın ya da onayına aykırı olarak yayımlanması hali,
 - b) İletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılması hali,
 - c) İletinin sahibinin veya ilan verenin meydana çıkarılması veya bunlara karşı bir Türk mahkemesinde dava açılmasının mümkün olmaması hali,
- olarak belirtilmiştir (TTK md. 58/1).⁶²

Burada dikkat çeken ve sorumluluk esaslarının Basın Kanunu kurallarına paralel olarak ele alındığını kanıtlayan *önemli bir delil* daha bulunmaktadır. TTK'nın belirtilen 58/1. maddesinin (c) bendinde yer verilen " *yayımlanan şeyin, programın, görüntünün, ses veya iletinin sahibinin veya ilan verenin kim olduğunun bildirilmesinden kaçınılması hali*" basın hukukunda "**anonimlik hakkı**" olarak ifade edilen haktan başka bir şey değildir. TTK md. 58/1'de "*ilan veya içerik sahibini açıklamama hakkı*" olarak ifade edilen anonimlik hakkı, belirtilen ikinci ve üçüncü kademe-deki sorumlulara tanınan bir hak olarak dikkat çekmektedir.

⁶¹ Basın Kanunu md. 13/1 için bkz. dn. 47.

⁶² Belirtilen kuralın Basın Kanunu md. 11/3. maddesindeki sorumluluğa ilişkin kural ile benzerliği dikkat çekmektedir. Basın Kanunu'nun 11/3. maddesi şöyledir;
"*Sürelî yayınlarda eser sahibinin belli olmaması veya yayım sırasında ceza ehliyetine sahip bulunmaması ya da yurt dışında bulunması nedeniyle Türkiye'de yargılanamaması veya verilecek cezanın eser sahibinin diğer bir suçtan dolayı kesin hükümlü mahkûm olduğu cezaya etki etmemesi hallerinde, sorumlu müdür ve yayın yönetmeni, genel yayın yönetmeni, editör, basın danışmanı gibi sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkili sorumlu olur. Ancak bu eserin sorumlu müdürün ve sorumlu müdürün bağlı olduğu yetkilinin karşı çıkmasına rağmen yayımlanması halinde, bundan doğan sorumluluk yayımlatana aittir.*"

Bilindiği üzere anonimlik hakkı, basın özgürlüğünü ve basın hukukunun özelliklerini dikkate alan kanun koyucu tarafından, eser sahibinin bazen cezai sorumluluktan kurtulmasına imkan tanıyan bir işlev üstlenmesi nedeniyle, basın hukukunda kabul edilen bir haktır.⁶³ Sorumlu müdüre anonimlik hakkı tanınarak, bir gazete ya da dergiye yazı veya haber vermek isteyenlere isimlerinin gizli kalacağı ve bu yüzden sorumlu tutulmayacakları konusunda güven verilmektedir.⁶⁴ Anonimlik hakkı aleyhine görüşler⁶⁵ bulunmakla birlikte, bu hakkın, imzasız yazı yazan eser sahibini ve dolayısıyla ifade özgürlüğünü koruyan bir yönü bulunduğu şüphesizdir.

Yazılı basında yayınlanan eserler için tanınan bir hak olarak karşımıza çıkan anonimlik hakkı⁶⁶ konusunda TTK'nın 58/1-c maddesi ile, yazılı basın yanında radyo-tv yayıncılığı ve İnternet yayıncılığının da kapsama alınmak suretiyle *ülkemizde bir ilk* gerçekleştirildiğini söyleyebiliriz. Gerçekten, TTK md. 58/1-c ile getirilene benzer ilkeye 6112 sayılı Radyo ve Televizyonların Kuruluş ve Yayın Hizmetleri Hakkında Kanun'da⁶⁷ yer verilmemiştir. 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'da da benzeri hak tanınmamıştır.

Konuya bir başka yönüyle bakıldığında, TTK'nın, 5651 ve 6112 sayılı Kanunların hukuki konusunu oluşturan radyo-tv ve İnternet ağı alanına ilişkin olarak belirtilen iki Kanundan daha özel düzenlemeler getirdiği düşünülebilecek ise de, böyle olmadığı apaçık ortadadır. TTK'nın haksız rekabet hükümleri ile korumayı amaçladığı hukuksal değer ile, 5651 ve 6112 sayılı Kanunların korumayı amaçladığı hukuksal değerler⁶⁸ birbi-

⁶³ İÇEL/ ÜNVER, s. 271.

⁶⁴ KILIÇOĞLU Ahmet: **Şeref Şahsiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırılarından Hukuksal Sorumluluk**, Gözden geçirilmiş genişletilmiş II. Bası, AÜHF Yayınları No. 496, Ankara 1993, s. 282.

⁶⁵ Bu görüşler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. DÖNMEZER Sulhi: **Matbuat Suçları, Matbuat Kanununa Göre Suçlar, Müeyyideler, Yargılama Usulü**, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1946 (**Matbuat Suçları**), s. 116-117.

⁶⁶ Bkz. 5680 sayılı (mülga) Basın Kanunu md. 16/2, 5187 sayılı Basın Kanunu md. 11/3-4.

⁶⁷ Bkz. 03.03.2011 tarihli ve 27863 sayılı RG.

⁶⁸ 5651 sayılı Kanun'un, Anayasa'nın 41. maddesi kapsamında "*ailenin korunması*" ve 58. maddesi kapsamında "*gençliğin korunması*" amaçlarının gerçekleştirilmesi hedeflerine yönelik olarak düzenlendiği, Kanun'un gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. 5651 sayılı Kanun'un Gereğe ve TBMM Genel Kurulu görüşme tutanakları için bkz.

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss1397m.htm> (25.03.2011). 6112 sayılı Kanun tasarısının gerekçesinde ise, yapılacak düzenleme ile 19 Aralık 2007 tarihinde yürürlüğe giren 89/552/EEC sayılı Avrupa Birliği Görsel-İşitsel Medya Hizmetleri Yönergesi ile uyum sağlanmasının amaçlandığı belirtilmektedir. Kanun'un Genel Gereğesi için bkz.

rinden çok farklıdır. Hal böyle iken, hukuki konuları farklı olan alanları aynı ilkelere bağlamak şeklindeki bir çözüm veya düşünce tarzının norm yapma tekniğine uygun olmadığı gibi, basın hukukuna ait bir kurumu radyo-TV ve İnternet hukuku alanlarına da teşmil etmek hukuka uygun gözükmemektedir. Dikkat çeken bir diğer husus ise, 6102 sayılı TTK'nın kabulünden çok kısa bir süre sonra kabul edilen 6112 sayılı Kanun'un TTK ile uyumlu olmayan hükümler taşımakta oluşudur. Nitekim, 5651 sayılı Kanun gibi tamamen İnternet alanına özgülenmiş bir düzenleme yürürlükte iken, hizmet sağlayıcıların sorumluluğu gibi alanlara varınca-ya değin ayrıntılı kurallar getirme çabasının nedenini anlamak da güçtür.

2.1.2.2.5. Sorumluluğun Hukuki Niteliği

TTK md. 58/1'de öngörülen sorumluluk sistemi, ilan veren ile içerik sahibi yönünden bakıldığında, tartışmasız biçimde kusur esasına dayalı (subjektif) bir sorumluluktur. Ancak, kademe sistemi gereğince sorumlu tutulan *“diğer kişiler”* yani; iletiyi iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi ile işletme veya kuruluş sahibinin sorumluluklarının kusur esasına dayandığını söylemek güç gözükmemektedir. Gerçekten de, ikinci ve üçüncü kademedeki belirtilen kişilerin sorumluluğu önceki kademedeki sorumlulara ulaşamamasından kaynaklanmaktadır. İkinci ve üçüncü kademedekilerin sorumluluklarının doğması için haksız fiile yol açan içeriğin bilişim ağıyla iletilmesinde (yayımında) kusurlarının bulunması aranmamakta, sadece iradi hareketleri ile netice arasında nedensellik bağının varlığı yeterli görülmektedir.

Bilindiği gibi hukuk sistemlerinde kural olarak *“kusur ilkesi (subjektif sorumluluk)”* benimsenmiş iken teknikteki hızlı gelişmeler ve hakkaniyet düşüncesi sonucunda, kusursuz (objektif) sorumluluk veya sebep sorumluluğu biçimleri ortaya atılmıştır.⁶⁹ Sebep sorumluluğunun gerçekleşmesi için, sorumluluğu doğuran olayla zarar arasında sebep-sonuç ilişkisinin varlığı yeterlidir, burada sorumluluk kusur yerine, kanunun öngördüğü (örneğin gözetim veya objektif özen ödevinin ihlali gibi) belirli bir olguya bağlanmıştır.⁷⁰ Sorumluluğun doğması için geçerli tek ortak unsur, bu tür olgularla gerçekleşen zarar arasında uygun bir nedensellik bağının

http://www.tbmm.gov.tr/develop/owa/tasari_teklif_sd.onerge_bilgileri?kanunlar_sira_no=83646.
(25.03.2011).

⁶⁹ Ayrıca bkz. REİSOĞLU Safa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Bası, Beta Basım, İstanbul Ocak 2010, s. 174-176. EREN Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Beta Basım, İstanbul Ocak 2008, s. 450-452.

⁷⁰ EREN, s. 449.

kurulmasıdır.⁷¹ İşte, tüm bu unsurlar itibarıyla bakıldığında, TTK md. 58/1'deki iletiyi iletişim ve bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi ile işletme veya kuruluş sahibinin sorumlulukları kusura dayanmayıp kanunun öngördüğü bir olguya dayanmaktadır. Böylelikle TTK'nın anılan normu ile, kanuna dayanan bir kusursuz sorumluluk hali oluşturulduğu görülmektedir.

Basın kanunlarındaki sorumlu müdür ile bağlı olduğu yetkilinin ve yayımcıların sorumluluklarının niteliği konusundaki tartışmanın TTK'daki sorumluluk kuralları yönünden de geçerli olduğuna kuşku bulunmamaktadır.⁷² Gerçekten, Basın Kanunu'ndaki eser sahibi dışındaki kişilerin sorumluluğunu (Basın K. md. 13) hukuki niteliği itibarıyla kusur sorumluluğu esasına dayandırmak güç gözükmemektedir. Basın Kanunu ile benzer mahiyette olan TTK'daki sorumluluk kuralları yönünden de aynı görüşü dile getirebiliriz. Gerçekten, TTK md. 58/1'de sorumlu tutulan "diğer kişiler" kendi hareketlerinden sorumlu tutulmakla birlikte, hareketlerinde kusurlu olmaları aranmamaktadır. Bir başka deyişle, ikinci ve üçüncü kademedeki sorumlular yönünden, fiillerinde kusurlu olup olmadıkları sorumlulukları açısından önem taşımamaktadır. Sonuç olarak, TTK md. 58/1'de haksız rekabet oluşturan iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi ile bilişim işletmeleri veya kuruluşlarının

⁷¹ EREN, s. 449.

⁷² Mülga Basın Kanunu'na ilişkin olarak; "Sorumlu müdür, yayınlanmasına karar verdiği yazıların kişilik haklarına saldırı niteliği taşıyıp taşımadığını incelemek ve sonucuna göre yayınlamak yetkisine sahiptir. Dolayısıyla, böyle bir inceleme görevini yerine getirmeyerek, yazıyı yayınlaması halinde, kusurlu davranmıştır ve sorumluluğu da kendi kusurlu davranışından kaynaklanmaktadır. Yayın sahibinin bir tüzel kişilik olması halinde, organın (yazı işleri müdürünün) fiili tüzel kişinin fiili sayılacak ve tüzel kişi de ancak yazı işleri müdürünün kusurunun varlığı halinde sorumlu tutulabilecektir" görüşü dile getirilmektedir. Bkz. KILIÇOĞLU, s. 281-286. Özen'e göre ise; "Mülga Basın Kanunu'nun 16. maddesinde yer verilen yazı işleri müdürünün sorumluluğunu objektif nitelikte gören yaklaşım isabetlidir." Bkz. ÖZEN, *Objektif Sorumluluk*, s. 278. İçel ve Ünver'e göre ise, "Basın Kanunu 13. maddedeki süreli yayın sahipleri ve yayımcının sorumluluğu, Borçlar Kanunu md. 55'de ki istihdam edenin sorumluluğu esaslarına göre belirlenecektir." Bkz. İÇEL/ÜNVER, s. 327. Mülga Basın Kanunu'nun 16. maddesindeki sorumlu müdürün eser sahibi ile birlikte sorumluluğunun objektif sorumluluk esaslı olduğuna dair görüşler için bkz. ÖNDER Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II*, Beta Yayınevi, İstanbul 1989, s. 395. DÖNMEZER Sulhi/ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, Beta Yayınevi, 11. bası, İstanbul 1997, s. 303-304. **Mülga Basın Kanunu'nun sorumluluk konusunda 5187 sayılı yürürlükteki Basın Kanunu'ndan önemli bir noktada ayrıldığını hatırlatmakta yarar vardır.** Gerçekten, Mülga Kanun 5187 sayılı Kanun'dan farklı olarak 16/1. maddesi ile sorumlu müdürü de her şartta eser sahibi ile birlikte sorumlu tutmakta idi. Anılan madde şöyledir: "Mevkutelere işlenen suçlarda sorumluluk, suçu meydana getiren yazıyı veya haberi yazan veya resmi veya karikatürü yapan kimse ile beraber bu mevkutenin ilgili sorumlu müdürüne; 19 uncu maddede aykırı hareket edilmesi halinde ise sözü edilen kişilerle birlikte mevkutenin sahibi olan gerçek kişiye ve mevkute sahibi olan anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ile diğer şirket ve tüzel kişilere ait mevkutelere tüzel kişiliğin en üst yöneticisine aittir."(5680/md. 16/1).

sahiplerinin sorumluluk sistemi hukuki niteliği itibarıyla kanundan doğan ve objektif (kusursuz) sorumluluk biçiminde belirmektedir.

Açıklanan kusursuz sorumluluk sisteminin istisnası ise, TTK'nın 58/2. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre, kademe sistemi gereğince sorumlu olanların haksız rekabet fiilinin gerçekleşmesinde kusurları bulunduğu takdirde, kademe sistemine uyulmaksızın, haklarında “doğrudan” dava açılabilmesi mümkündür. Bu kuralın karşıt kavramından Kanun'un 58/1. maddede sorumluluk için kusur aramadığı anlaşılmaktadır. Anılan kural bir diğer yönüyle bakıldığında, 58/1. maddedeki ikinci ve üçüncü kademede ki kişilerin sorumluluğunun kusursuz (objektif) sorumluluk esasına dayandırıldığına dair görüşümüzü de teyid etmektedir.

2.1.2.2.6. TTK'ya Göre Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğu

Haksız rekabet fiillerinin önlenmesi bakımından TTK, hizmet sağlayıcılara başvurmayı “son çare” olarak görmüştür. Bu anlamda, Tasarı'nın TBMM Genel Kurulda görüşmeleri esnasında verilen önerge ile TTK md. 58/4 kabul edilerek maddeye eklenmiştir.⁷³ İletişim özgürlüğü yö-

⁷³ Belirtilen Önerge'nin gerekçesinde şu hususlar -haklı olarak- ifade edilmiştir.

“Maddenin birinci fıkrası ile izleyen fıkralardan açıkça anlaşıldığı üzere, haksız rekabet davası fiilin işlendiği kuruluş bağlamında onun bir çeşit aracılık etmiş olması sebebiyle sırasıyla fiilden doğrudan sorumlu olanlar, onlara ulaşamıyorsa, sorumlu olabilecekler ve işletmesi sebebiyle sorumlu sayılabilecekler aleyhine açılmaktadır. Bilgi toplumu hizmetinin bir bilgi iletişim ağı içinde sadece bir bilginin, içeriğin veya taşınan benzeri bir olgunun erişimini gerçekleştirenler, yani sadece genel ve yaygın ağın içinde işlev sahibi olan “hizmet sağlayıcı”lar (hizmet sunanlar-ara hizmeti sunanlar) haksız fiili oluşturan içerikle ilgili değillerdir, belki içeriğin anlamının veya kime yönelmiş olduğunu ayırdında bile değillerdir, belki bilinçli bir şekilde onu bilmemektedirler. Onun için hizmet sağlayıcılar haksız rekabet fiilinden sorumlu tutulamazlar. Çünkü, böyle bir sorumluluğun meşruiyet temeli yoktur.

Eklenen dördüncü fıkra önce, hizmet sağlayıcılar için sorumsuzluk ilkesini koymaktadır (Hizmet sağlayıcıların başka kanunlarda düzenlenen “ara ve geçici saklama” dâhil diğer sorumluluklarının saklı olduğu şüphesizdir). Dördüncü fıkra daha sonra hizmet sağlayıcıların haksız rekabet oluşturan fiilden sorumlu tutulabilecekleri durumları Bilgi Toplumu Hizmetlerinin Bazı Hukuki Yönleri ve Özellikle İç Pazarıda Elektronik Ticaret Konusunda 8 Haziran 2000 tarihli 2000/31/AT sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey Direktifi (“Elektronik Ticaret Konusunda Direktif”) ile uyumlu bir şekilde belirlemektedir. Teknik olan bu sebepler için birliktir inceleme gereklidir.

Bu konuda diğer hassas bir sorun da, bilgi toplumu hizmetini durduran tedbir kararlarıdır. Dördüncü fıkranın bu husustaki ilkesi, sistemi durduran tedbir kararlarının -kural olarak- verilemeyeceğidir. Çünkü böyle bir karar sadece uyumsuzluk konusu fiili değil bilgi toplumu hizmetini durdurmaktadır. Ancak dördüncü fıkra böyle etkileri geniş bir kararın hangi durumlarda verilebileceğini göstermektedir.

Konunun, göz ardı edilemez önemi dolayısıyla, dördüncü fıkra, böyle etkileri geniş bir karar vermeden önce mahkemenin ilgili hizmet sağlayıcısını (temsilcisini, mümkünse teknik temsilciyi) dinlemesi gereğini hükme bağlamıştır.

Dördüncü fıkra, ayrıca mahkemeye, içeriği geçici olarak kaldırtmak gibi etkileri sınırlı, somut olaya uyan, uygulanabilir tedbirler de alabilir.” Bkz. TBMM Genel Kurulu görüşme tutanakları 23. Dönem 3. Yasama Yılı 25. Birleşim 03 Aralık 2008 Çarşamba s. 72-73. <http://www.tbmm.gov.tr> (18.03.2011).

nünden hayati önem taşımaya karşın, TTK'ya adeta son dakikada eklenen 58/4. madde ile istisnai ve özel bir hüküm⁷⁴ getirilerek, “maddede yazılı bazı şartların gerçekleşmesi hali dışında” hizmet sağlayıcılar hakkında birinci fıkrada belirtilen tespit, tecavüzün men’i ve tecavüzün ref’i davalarının açılmayacağını ve tedbir kararı verilemeyeceğini hükme bağlamıştır.

2.1.2.2.6. 1. Hizmet Sağlayıcı Kavramı

TTK, 58/4. maddesinde yer verilen “*hizmet sağlayıcı*” kavramı mevzuatımızda yer alan bir kavram değildir. Benzer nitelikteki kavramlara bakıldığında, 6112 sayılı Kanun 3/1-ff maddesinde “*Yayın hizmeti*” ni tanımlarken “*medya hizmet sağlayıcılığı*” şeklinde bir kavramdan söz etmiştir.⁷⁵ 5651 sayılı Kanun ise, aktörler (aracılar) arasında üçlü bir ayırım yaparak “*içerik sağlayıcı, yer sağlayıcı ve erişim sağlayıcı*” kavramlarını kullanmıştır. Aslında erişim sağlama ve yer sağlama bilişim ağlarında verilen hizmetlerden sadece bazılarıdır. Dolayısıyla, TTK'nın tercih ettiği “*hizmet sağlayıcı*” terimini “*service provider*” karşılığı olarak kullandığı düşünülmektedir.⁷⁶

Belirtilen kavrama Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi⁷⁷ ile AT Direktiflerinde de yer verilmektedir. Sözleşme'ye bakıldığında, bilişim ağ-

⁷⁴ TTK md. 58/4. fıkrası şöyledir:

“*Haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmaz; tedbir kararı verilemez. Mahkeme haksız rekabet eyleminin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararın büyük olacağı durumlarda ilgili hizmet sağlayıcısını da dinleyerek, haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesini veya önlenmesine ilişkin tedbir kararını hizmet sağlayıcı aleyhine de verebilir veya içeriğin geçici olarak kaldırılması dâhil somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler alabilir.*”

⁷⁵ Bu tanıma göre, “*Yayın hizmeti: Medya hizmet sağlayıcının editöryal sorumluluğu altında ve temel amacı kamuoyunu bilgilendirmek, eğlendirmek veya eğitmek üzere elektronik iletişim şebekeleri yoluyla program sunmak olan, bireysel iletişim hariç olmak üzere, televizyon yayın hizmeti, isteğe bağlı yayın hizmeti ve ticarî iletişim ile radyo yayın hizmetini ifade eder.*”

⁷⁶ Bir görüşe göre: “*TTK, “hizmet sağlayıcısı” gibi yeni bir aktöre atıfta bulunmaktadır. Hizmet sağlayıcının tanımı ne 58. maddede ne de Türk Ticaret Kanununun diğer hükümlerinde yer almaktadır.*” Bkz. KAYA, 2. Bölüm.

⁷⁷ Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CPDC) bünyesindeki Uzmanlar Komitesi tarafından hazırlanan Sözleşme taslağı ve ekindeki gerekçe niteliğine sahip Açıklayıcı Memorandumu Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (Convention on Cybercrime) 23 Kasım 2001 tarihinde Budapeşte'de Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından onaylanarak imzaya açılmıştır. Şubat 2009 itibarıyla Sözleşmeyi 44 ülke imzalamış, bunlardan 23'ü tarafından da Sözleşme onaylanmıştır. Avrupa Birliği Üyeleri dışından dört Devletin de (A.B.D., Kanada, Japonya ve Güney Afrika) imzaladığı Sözleşme'ye ülkemiz henüz taraf olmamıştır. Sözleşme metni için bkz. <http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm> (22.03.2011). Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi (Çalışmamızda kısaca “**Sözleşme**” olarak anılacaktır) ve ekinde bulunan ve Gerekçe niteliğindeki “Açıklayıcı Memorandum” (Çalışmamızda kısaca “**Gerekçe**”

larında yer alan aktörleri, aracıları ifade etmek üzere, üst kavram olarak “*hizmet sağlayıcı - service provider*”⁷⁸ teriminin tercih edildiği görülür. Sözleşme madde 1/c’de yer verilen tanıma göre “*hizmet sağlayıcı*” kavramı aşağıdaki anlamları ifade edecektir:

1. Hizmetlerinden faydalanan kullanıcılara bir bilgisayar aracılığıyla iletişim kurma imkânı sağlayan her türlü kamu ve özel sektör tüzel kişisi ve
2. Söz konusu iletişim hizmeti veya bu hizmetin kullanıcıları adına bilgisayar verilerini işleyen veya saklayan diğer her türlü kişi ve kuruluşlar.

Belirtilen tanım çerçevesinde hizmet sağlayıcı, hem barındırma (hosting) ve caching hizmetleri sağlayan hizmetleri, hem de bir ağa bağlantı sağlayan hizmetleri kapsamaktadır. Ancak, iletişim veya benzer veri işleme hizmetleri de sağlamakta olmayan bir içerik sağlayıcı (örneğin İnternet sitesinin barındırılması için bir hosting şirketiyle anlaşmış bir kişi) bu tanım kapsamına alınmamıştır.⁷⁹

Hizmet sağlayıcılığı teriminin Sözleşme’de olduğu gibi TTK’da da *üst kavram* olarak kullanıldığı ve yerinde olduğu kuşkusuzdur. Teknolojinin baş döndürücü gelişme hızı düşünüldüğünde kapsayıcı bir kavramın tercih edilmesi isabetlidir. Ancak, *konu sorumlulukların belirlenmesi olunca*, bilişim ağlarında hangi hizmetleri sağlayanların “*hizmet sağlayıcı*” kavramına dahil olacaklarının net ve yoruma ihtiyaç bırakmayacak şekilde belirlenmesi gereklidir. Oysa, bu hususta ne TTK ne de diğer mevzuatımızda bir açıklık yoktur. Suçları belirleyen kanun hükümleri açık ve seçik nitelik taşımamalı (nullum crimen sine lege certa), farklı anlamlara gelen kaypak ve çok kapsamlı terimlerin kullanılmaması gerektiğinin kanunilik ilkesinin sonucu olduğu unutulmamalıdır.⁸⁰ Dolayısıyla, TTK’nın 58/4. maddesi kapsamında hizmet sağlayıcıların kim olduğu ve sorumluluklarının belirlenmesi kanunilik ilkesi açısından çeşitli hukuksal

olarak anılacaktır). Sözleşme ve eklerinin İnternet ve Hukuk Platformu tarafından yapılan Türkçe çevirisi için bkz. http://www.binbilen.org/belgeler/Siber_Suclar_Sozlesmesi.pdf (22.03.2011).

⁷⁸ Servis sağlayıcı (service provider) ; açık sistemler ara bağlaşım modelinde bir hizmet kullanıcı-sına bir hizmeti sağlayan tüm alt katmanlar veya kısaca “*internet hizmet sağlayıcısı*” olarak tanımlanmaktadır. Bkz. SANKUR, Bülent: *İngilizce-Türkçe Ansiklopedik Bilişim Sözlüğü 2005*, İkinci Baskı, İstanbul Aralık 2004, s. 738.

⁷⁹ Bkz. Gereke, No. 27.

⁸⁰ İÇEL Kayıhan/ DONAY Süheyl: *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap*, 4. Bası, Beta Basım, İstanbul Ekim 2005, s. 76.

sorunlara yol açabilecek nitelikte gözükmektedir.⁸¹ **2.1.2.2.6.2. Hizmet Sağlayıcıların Sorumluluğunun Şartları**

TTK 58/4. maddenin ilk cümlesinde yer alan ilkeye göre; haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmamış, iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmemiş veya fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmemişse, bu maddenin birinci fıkrasındaki davalar hizmet sağlayıcısı aleyhine açılmayacak ve tedbir kararı verilemeyecektir. Belirtilen kurala göre, hizmet sağlayıcılar hakkında TTK 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaların açılabilmesi için;

- a) Hizmet sağlayıcının haksız rekabet fiilinin iletimini başlatmış olması ya da,
- b) Hizmet sağlayıcının haksız rekabet fiiline ait iletimin alıcısını veya fiili oluşturan içeriği seçmiş olması veya
- c) Fiili gerçekleştirecek şekilde değiştirmiş olması *şartlarından birisi* gerçekleşmiş olmalıdır.

TTK ile hizmet sağlayıcıların sorumluluğu açısından benimsenen ilkenin Avrupa Topluluğu Elektronik Ticaret Direktifi (2000/31/EC)⁸² madde 12’de getirilen kural ile bire bir benzerlik taşıdığı dikkat çekmektedir.⁸³ Direktif’in “*Aracı hizmet (servis) sağlayıcıların sorumluluğu -Liability of intermediary service providers*” başlıklı 4. bölümünde yer alan “*Basit iletim - Mere conduit*” alt başlıklı 12. maddesinde “belirli koşulların varlığı durumunda” hizmet sağlayıcıların iletilen bilginin içeriğinden sorumlu tutulmamalarının sağlanması hususunda Üye Ülkelere yükümlülük getirilmektedir. Direktif’e göre;

- a) İletişim hizmet sağlayıcının kendisi tarafından başlatılmamışsa,
- b) İletişimde yer alan karşı tarafı (alıcıyı) seçemiyorsa; ve
- c) İletişimin konusu olan bilgiyi seçemiyorsa ve onu değiştirmiyorsa,

hizmet sağlayıcılar ilettikleri bilginin içeriğinden sorumlu tutulamayacaklardır (md. 12/1). Belirtilen 12. maddenin başlığından da anlaşıldığı üzere, burada hizmet sağlayıcının işlevi basit iletimden öteye geçmemekte-

⁸¹ Aynı doğrultuda bkz. KAYA, 2. Bölüm.
<http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

⁸² Elektronik ticaret direktifi metni için bkz. <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:NOT> (14.03.2011).

⁸³ Anılan Direktif’teki haksız rekabete ilişkin kuralların kapsamlı irdelemesi için bkz. VERMEER, s. 90-99.

dir. Bu nedenle, ilettiği içerikten sorumlu tutulmaması da doğaldır.⁸⁴ Elektronik Ticaret Direktifi 13. maddesinde “*caching*”⁸⁵ ve 14. maddesinde ise “*hosting*”⁸⁶ e yer vermiş ve yine hizmet sağlayıcıların *belirli şartlara uymaları halinde* caching ve hosting faaliyeti nedeniyle sorumlu tutulamayacaklarının Üye Ülkelerce sağlanması gerektiği ilkesine yer vermiştir. Direktif’in 15. maddesi ise, hizmet sağlayıcıların basit iletim (md.12), caching (md.13) ve hosting (md. 14) işlevlerini yerine getirmesiyle ilgili olarak, Üye Devletlerin hizmet sağlayıcılara genel bir yükümlülüğü zorla yükleyemeyecekleri hususunda bir “*güvence*” niteliği taşımaktadır. Dolayısıyla, Direktif’in belirtilen kuralları çerçevesinde ortaya konulan felsefesi ile TTK md. 58/4 ile getirilen ilkenin *genel olarak* uyuşturduğunu söylemek mümkündür.⁸⁷

Bir an için TTK md. 58/4’deki bu normun bulunmadığını düşünecek olursak –*ülkemiz uygulamasında çok çeşitli nedenlerle ve kolaylıkla erişimin engellenmesine yönelik tedbir kararları verildiği gözetildiğinde*-⁸⁸ bir haksız rekabet fiili nedeniyle hizmet sağlayıcılara kadar uzanarak çok farklı boyutlara ulaşabilecek, iletişim özgürlüğünü ağır biçimde ihlal edebilecek davalar ile karşılaşabileceğimizi düşünmek sanırım abartılı bir örnekleme olmayacaktır. Bir diğer anlatımla, TTK 58/4. maddesiyle getirdiği bu kural ile, hizmet sağlayıcılar hakkında dava açılabilmesini ve tedbir kararı verilebilmesini sıkı şartlara bağlayarak, hizmet sağlayıcılar yönünden “*güvence*” niteliğinde bir hüküm hüviyeti kazanmıştır. Böylelikle, hizmet sağlayıcılar aleyhine tespit, men veya ref davaları açılması, tedbir kararı verilmesi önlenmek istenmiş olup, isabetli bir yaklaşımdır.

2.1.2.2.6.3. TTK’da İçeriğin Geçici Olarak Kaldırılması ve Diğer Tedbirler

TTK 58/4. maddesinde haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesine veya önlenmesine ilişkin tedbir kararının hizmet sağlayıcı aleyhine de verilebileceğinden söz etmiş, ancak bunu “sıkı şartlara” tabi tutmuştur. Gerçek-

⁸⁴ Yine aynı Direktifin 12/3. maddesinde ise “*Bu maddenin bir mahkeme veya idari otoritenin, Üye Devletlerin hukuk sistemlerine uygun olarak hizmet sunucunun ihlali sona erdirmesini veya engellemesini talep etme imkanını etkilemeyeceği*” hususu belirtilmiştir.

⁸⁵ “*Caching*” terimi, ön belleğe alma anlamındadır.

⁸⁶ “*Hosting*” terimi, barındırma, yer sağlama anlamlarındadır.

⁸⁷ Diğer taraftan, Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi’nin bilişim ağları aktörlerinin ve dolayısıyla hizmet sağlayıcıların sorumlulukları konusunda özel bir düzenleme getirmediğini de hatırlatmak isteriz.

⁸⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. AKDENİZ Yaman/ ALTIPARMAK Kerem: *İnternet, Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme*, İmaj Yayınevi, Leeds ve Ankara, Kasım 2008, 157-171.

ten, hizmet sağlayıcı aleyhine verilecek tedbir kararının boyutlarının çok geniş olacağı düşünülerek bu şekilde etkileri geniş bir kararın hangi durumlarda verilebileceği özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur. İşte bu düşüncelerle kaleme alınan TTK 58/4. maddenin bilgi toplumu hizmetini durduran tedbir kararlarını engelleme amacına yönelik olduğu ve dördüncü fıkranın bu husustaki ilkesinin, sistemi durduran tedbir kararlarının - kural olarak- verilemeyeceği olduğu, maddenin TBMM’de görüşülmesi sırasında verilen önerge gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir.⁸⁹

TTK md. 58/4’e göre, hizmet sağlayıcılar hakkında tedbir kararı verilebilmesi için;

- a) TTK 54 ve 55. maddeler anlamında bir “*haksız rekabet*” fiili gerçekleştirilmeli,
- b) Haksız rekabet fiilinin olumsuz sonuçlarının kapsamlı veya vereceği zararların büyük olacağı durumlar söz konusu olmalı,
- c) Tedbir kararı verilmeden önce ilgili hizmet sağlayıcısı da dinlenilmelidir.

Belirtilen şartların gerçekleşmesi halinde, TTK 58/4. maddenin son cümlesi gereğince verilebilecek olan tedbir kararları da dört farklı türde olabilecektir, bunlar;

- 1) Haksız rekabet fiilinin sona erdirilmesine yönelik tedbirler,
- 2) Haksız rekabet fiilinin önlenmesine yönelik tedbirler,
- 3) Haksız rekabet fiilini oluşturan içeriğin geçici olarak kaldırılması,
- 4) Somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirler.

Görüldüğü gibi TTK, içeriğin geçici olarak kaldırılmasından başlayarak, somut olaya uyan uygulanabilir başka tedbirlere de karar verilebileceği kuralını koymuştur. Etkinin kapsamlı olmasının veya sonucun ağır olmasının önkoşul olarak getirilmiş olması yerinde bir yaklaşımdır.⁹⁰ Mahkeme, bu kapsamda haksız rekabet fiilinin özelliğine göre, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu⁹¹ md. 389’a göre belirleyeceği bir ihtiyati tedbirin uygulanmasına karar verebilecektir. TTK 58/4. maddenin son cümlesinin mahkemelere geniş bir takdir yetkisi tanımakta olduğu belir-

⁸⁹ Bkz. dn. 73.

⁹⁰ KAYA, . <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

⁹¹ Bkz. 04.02.2011 tarihli ve 27836 sayılı RG.

tilse de⁹², bu geniş yetkinin tanınma amacının iletişim özgürlüğü ve serbest rekabete dayanan piyasa ekonomisini asgari düzeyde etkilenmesi olduğu düşüncesindeyiz. Kanun koyucuya göre, böyle bir karar sadece uyumsuzluk konusu fiili değil, bilgi toplumu hizmetini durdurmaktadır.⁹³ Hâkim, tanınan yetki çerçevesinde haksız rekabet fiilini sona erdirmeye ve fiilin önlenmesine yönelik etkili, ancak bir o kadar da somut olaya uygun ve sonuçları yönünden en sınırlı etkiye sahip tedbire karar vermelidir. Uygulanacak tedbir belirlenirken bilişim ağlarının özgürlükçü ve küresel yapısı ile serbest rekabete dayalı piyasa ekonomisinin korunması hiçbir zaman hatırdan çıkarılmamalıdır.

Düşüncemize göre, TTK'nın tedbir kararı alınma sürecinde getirdiği en önemli yenilik, tedbir kararı verilmeden önce ilgili hizmet sağlayıcısının dinlenilmesi zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Bu kuralın -iyi işletildiği takdirde- haksız ve ölçsüz tedbir uygulamalarının bertaraf edilmesi amacına katkı sağlayabileceğine inanıyoruz. Diğer taraftan TTK, ülkemiz uygulamasında sıkça başvuru edilen erişimin engellenmesi gibi ağır bir tedbiri tercih etmeyip, sadece içeriğin geçici olarak kaldırılması gibi bir tedbire izin vermek suretiyle oranlılık ilkesini temel ilke olarak gözetilen yönüyle de dikkatleri çekmektedir.⁹⁴

2.2. TTK'ya Göre Haksız Rekabet Fiillerinde Cezai Sorumluluk

Haksız rekabet fiillerinin önlenmesi bakımından ilke olarak özel hukuk kuralları ile koruma yolunu seçen kanun koyucu, *son çare - ultima ratio* olarak bazı haksız rekabet fiillerini suç olarak tanımlayarak ceza hukuku araçlarına başvurulması yoluna gitmiştir. TTK'nın bu düzenlemesi "sınai mülkiyet kavramına dahil olan hususlarda cezai müeyyide ile kamu düzeninin korunması düşüncesi"⁹⁵ ürünüdür. Haksız rekabet suçları ile, serbest rekabete dayalı piyasa sisteminin sağlıklı biçimde işlemesi⁹⁶ yanında ülke ekonomisinin rekabet gücü ve diğer taraftan da tüketicilerin kişisel ekonomik yararlarının korunması amaçlanmaktadır.

⁹² KAYA, . <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

⁹³ Bkz. dipnot 69.

⁹⁴ Benzer bir görüşe göre; "5651 sayılı Kanunun uygulanması sırasında yaşanan DNS ve IP engelleme teknikleri sorunlarını göz önüne alırsak, Kanunun açıkça alınacak tedbiri tanımlaması ve tedbirleri bunlarla sınırlandırması yerinde olacaktır."

Bkz. KAYA, . <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

⁹⁵ DONAY/ ERMAN, s. 72-73.

⁹⁶ Bu suçların hukuki konusu esas itibarıyla rekabete dayanan ekonomik sistem olduğu görüşü için bkz. AYDIN, Hüseyin: *Türk Ticaret Kanunu'nda Haksız Rekabet Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008, s. 77.

2.2.1. TTK'da Yer Verilen Haksız Rekabet Suçları⁹⁷

TTK, haksız rekabet oluşturan tüm davranışları “suç” olarak tanımlamamıştır.⁹⁸ Kanun koyucu, **sadece** belirli bir vahamet arz eden haksız rekabet hallerini suç kabul etmiştir.⁹⁹ Bu anlamda, yeni TTK 62/1-a-b-c-d maddelerinde suç olarak tanımlanan haksız rekabet fiilleri şunlardır;

a) 55 inci maddede¹⁰⁰ yazılı haksız rekabet fiillerinden birini kasten işlemek (md. 62/1-a),

b) Kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi için kişisel durumu, ürünleri, iş ürünleri, ticari faaliyeti ve işleri hakkında kasten yanlış veya yanıltıcı bilgi vermek (md. 62/1-b),

c) Çalışanları, vekilleri veya diğer yardımcı kimseleri, çalıştırmanın veya müvekkillerinin üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak için aldatmak (md. 62/1-c),

d) İşçilerinin veya çalışanlarının ya da vekillerinin, işlerini gördükleri sırada cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlememek veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmemek (md. 62/1-d).

TTK'nın haksız rekabet suçlarına ilişkin düzenlemesi öncelikle norm yapma tekniği açısından eleştirilmektedir. Belirli bir kanuna yollamada bulunmak suretiyle soyut biçimde bu kanuna aykırı davranışların suç olarak tanımlanması, suçta kanunilik ilkesiyle bağdaşmamaktadır.¹⁰¹ Belirtilen atif şeklinde,¹⁰² yani 62/1-a maddesinde suç olarak düzenlenen fiilin hukuki sorumluluğu gerektiren 55. maddeye atif suretiyle düzen-

⁹⁷ Çalışmamızın kapsamı ve alanı göz önünde tutularak, bağımsız bir çalışma konusu oluşturabilecek derecede kapsamlı olan haksız rekabet suçlarının incelenmesine girilmeyecek, yalnızca suç tiplerinin hangileri olduğu ve konumuz açısından özellik gösteren bazı yönlere değinilecektir. TTK'da yer verilen haksız rekabet suçları hakkında kapsamlı bilgi için bkz. AYDIN, s. 60-179.

⁹⁸ ARKAN, *Ticari İşletme*, s. 313.

⁹⁹ DONAY/ ERMAN, s. 75. Yazarlara göre; ticari alana giren bütün haksız rekabet hallerinin ceza yaptırımını ile korunması daha yerinde olacak, haksız rekabetin suç haline getirilmesi mantığına ancak bu şekilde uygun hareket edilmiş olacaktır, bkz. DONAY/ ERMAN, s. 75-76. Bir görüşe göre; kanun koyucu haksız rekabet fiillerini suç olarak tanımlarken, büyük ölçüde tazminatı gerektirir haksız rekabet fiillerine sadık kalmıştır. Bu görüş için bkz. AYDIN, s. 118.

¹⁰⁰ Bkz. dn. 27.

¹⁰¹ ÖZGENÇ İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008, s. 116. Bir başka görüşe göre ise; açıklık ilkesi, tüm ceza hukuku kuralları yönünden gerekli ve geçerlidir, bkz. TOROSLU Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara Ekim 2008, s. 53.

¹⁰² Ceza hukukunda atif veya gönderme normları hakkında geniş bilgi için bkz. HAFIZOĞULLARI Zeki: *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987, s. 292-294.

lenmesi gerçekten de isabetli değildir.¹⁰³ Hukukun öteki dallarından yapılacak atıf – alıntıların, ceza normu olarak kabul edilip edilmeyecekleri doktrinde tartışılmaktadır.¹⁰⁴ Kanun koyucunun suç haline getirmek istediği fiili, yani suçun maddi unsurunu mümkün olduğunca açık biçimde göstermesi, ceza kanunlarının açık bir şekilde kaleme alınması gerektiği ve sonuçta ceza hukukunun güvence fonksiyonunu yerine getirebilmesi “*belirlilik ilkesi*” adı verilen temel kurala uyulması ile yakından ilgilidir.¹⁰⁵

TTK’nın getirdiği bir diğer norma, 62/1. maddenin (d) bendinde yer verilen kurala bilişim ağları ortamında işlenen fiiller yönünden bakıldığında problem doğurma ihtimali göze çarpmaktadır. Bu kurala göre; “*çalıştıran veya müvekkil, işçileri veya çalışanları ya da vekillerinin işlerini gördükleri sırada Kanun’un 62/1-a-b-c maddeleri kapsamında cezayı gerektiren bir haksız rekabet fiilini işlediklerini öğrenip de bu fiili önlemedikleri veya gerçeğe aykırı beyanları düzeltmedikleri*” takdirde suç faili olarak sorumlu tutulabileceklerdir.¹⁰⁶ TTK md. 62/1-d bendinde yer verilen kuralın 5846 sayılı Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’nun (FSEK) mülga 74. maddesi¹⁰⁷ ile benzerliği dikkat çekmektedir.¹⁰⁸ Haksız rekabet fiillerini önlememek ve düzeltmemek ani suçlardan olup, mütemadi suç değildir, dolayısıyla haksız rekabeti öğrenip de önlememek veya düzeltmemek ile suç tamamlanmış olur.¹⁰⁹ Ancak,

¹⁰³ AYDIN, s. 119-120.

¹⁰⁴ Bu tartışmalar için ayrıca bkz. HAFİZOĞULLARI, *Ceza Normu*, s. 294.

¹⁰⁵ ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner: **5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I**, Turhan Kitabevi, 2. bası, Ankara 2006, s. 181-182.

¹⁰⁶ Belirtilen suç tipi “*Cezayı müstelzim haksız rekabet fiilini men etmeme suçu*” olarak adlandırılmakta olup, ayrıntılı bilgi için bkz. AYDIN, s. 175-177.

¹⁰⁷ 5846 sayılı Kanunun 74. maddesi 23.01.2008 tarih ve 5728 sayılı Kanun’un 578. maddesi ile kaldırılmıştır. Bkz. 08.02.2008 tarih ve 26781 sayılı R.G.

¹⁰⁸ FSEK’in anılan mülga maddesi “*71, 72, 73 ve 80 inci maddelerde sayılan suçlar, hizmetlerini ifa ettikleri sırada bir işletmenin temsilcisi veya müstahdemleri tarafından işlenmiş ise, suçun işlenmesine mani olmıyan işletme sahibi veya müdürü yahut her hangi bir nam ve sıfatla olursa olsun işletmeyi fiilen idare eden kimse de fail gibi cezalandırılır*” kuralına yer verilmekte idi. 5846 sayılı FSEK’nun 74. maddesi yeni bir faillik kalıbı yarattığı, başkasının fiilden sorumlu olmak anlamında bir tür “**objektif sorumluluk**” esasına yer verdiği gerekçesi ile doktrinde yoğun eleştirilere maruz kalmış ve hüküm ilga edilmiştir. Ancak, kanun koyucunun 2008 yılında 5846 sayılı Kanun yönünden yürürlükten kaldırdığı normatif kuralın benzerine üç yıl sonra, bu defa TTK’da çalıştıran veya müvekkilin sorumluluğu açısından yer vermiş olmasına dikkat çekmek istiyoruz. Bu eleştiriler hakkında geniş bilgi için bkz. HAFİZOĞULLARI, Zeki: “**Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi**”, *AÜHF Dergisi*, 1999, C. 48, s. 1-4, s. 3-5. (**Fikir ve Sanat Eserleri**).

¹⁰⁹ DONAY/ ERMAN, s. 82.

suç olarak tanımlanan fiilin maddi unsurunun ne zaman ve hangi durumda gerçekleşmiş sayılacağına tespiti kolay gözükmemektedir.¹¹⁰ Çalıştıran veya müvekkilin, işçi, çalışan ya da vekillerin gerçekleştirdikleri haksız rekabet fiillerini ne zaman öğrenmiş sayılacağı,¹¹¹ hangi durumlarda önlemenin veya gerçeğe aykırı beyanın düzeltilmişinin kabul edileceği gibi hususların belirlenmesi güçlük taşımaktadır. Üstelik, bilişim ağları ortamında işlenen fiiller açısından düşünüldüğünde anılan unsurların tespiti bir kat daha zorlaşmaktadır. Ağ yapısındaki araçların ve içeriğin oluşumuna katkı verenlerin fazla olması, içeriği farklı biçimlerde erişime sunanların veya iletenlerin bulunması gibi nedenlerle ağ ortamında haksız rekabet oluşturan fiillerin ve sorumluların belirlenmesi türlü güçlükleri akla getirmektedir. Örneğin, fiilin önlenmesi veya gerçeğe aykırı beyanın düzeltilmesine ilişkin gecikmeden doğan zararın hizmet sağlayıcıdan mı, yoksa çalıştıran veya müvekkilin kusurundan mı kaynaklandığı hangi ölçüte göre belirlenecektir? Bu ve benzeri sorular cevap beklemektedir. Sonuç olarak, sorumlulukların sınırlarının net ve belirlenebilir biçimde çizilmemiş olması nedeniyle, TTK'nın 62/1-d maddesinin cezaların şahsiliği ilkesini ihlal eden bir norm olduğu düşüncesindedir.

TTK 62/1' de belirtilen fiillerin haksız rekabet suçu olarak kabul edilip cezalandırılabilmesi için, bu fiillerin **daha ağır cezayı gerektiren başka bir suç oluşturmaması gerektiği** de hatırdan çıkarılmamalıdır (TTK md. 62/1-son cümle).

2.2.2. TTK'ya Göre Haksız Rekabet Fiillerinde Ceza Sorumluluğunun Hukuki Niteliği

TTK yer verdiği haksız rekabet suçları yönünden kusur sorumluluğunu aramaktadır. Haksız rekabet suçlarının düzenlendiği 62/1. maddenin (a) ve (b) bentlerinde “**kasten**” terimine yer verilmesi bunu doğrulamaktadır. Aynı maddenin (c) ve (d) bendinde gösterilen fiiller için aynı terime, kasten sözcüğüne yer verilmediğini görmekteyiz. Anılan maddenin (c) bendinde “*aldatma*” ve (d) bendinde ise “*önlememek veya düzeltmemek*” şeklindeki hareketlerden söz edilmektedir. Bahsedilen bu hareketlerin

¹¹⁰ Benzer görüşü savunan Aydın'a göre; “*Cezayı gerektiren haksız rekabet fiilinin engellenmemesi veya gerçeğe aykırı beyanların düzeltilmemesi, haksız rekabet fiilinin mahiyetine göre değişiklik arz edebileceği gibi, belirli bir süre de alabilir*”. Bkz. AYDIN, s. 176.

¹¹¹ Aydın'a göre; Bu anlamda genel bir değerlendirme yapmaksızın, her somut olayın özelliğine göre fiilin engellenmemesi veya gerçeğe aykırı beyanın düzeltilmemesi hususlarının gerçekleşip gerçekleşmediğini belirlemek gereklidir. Bkz. AYDIN, s. 176.

ancak kastla işlenebileceği ortadadır.¹¹² Türk Ceza Hukuku Sisteminde kural, kast sorumluluğu olup (TCK md. 21-23), haksız rekabet fiilinin taksirli biçimi de suç olarak tanımlanmadığından, TTK'nın 62/1-c-d bentlerindeki suçların da ancak kasıtlı işlenebileceğini kabul etmek gerekmektedir.

Haksız rekabet suçlarında –Kanunun özel kastı aramadığı durumlarda kural olarak, failin genel kast ile hareket etmiş olması suçun manevi unsurunun oluşumu için yeterlidir. TTK, şu durumlarda özel kastın varlığını aramaktadır, bunlar; TTK md. 62/1-b'deki “*kendi icap ve tekliflerinin rakiplerinininkine tercih edilmesi kastı*” ve yine md. 62/1-c'deki “*üretim veya ticaret sırlarını ele geçirmelerini sağlamak*” kastıdır.¹¹³ Özel kastın arandığı bir diğer hal ise, TTK md. 62/1-a'da yapılan atıf nedeniyle md. 55/1-c-2. bentte yer alan “*kendisine yetkisiz olarak tevdi edilmiş veya sağlanmış olduğunun bilinmesi gerektiği hâlde yararlanmak*” kastıdır.

2.2.3. Şikayet Hakkı ve Yaptırım

Belirtilen haksız rekabet suçu, takibi şikayete bağlı bir suç olup,¹¹⁴ TTK 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan herhangi birisi şikayet hakkını kullanabilecektir. Kanun koyucu, haksız rekabet suçları açısından şikayet hakkına sahip olanların kapsamını hayli geniş tutmuş, hukuk davası açmaya yetkili olanlar ile şikayet hakkına sahip olanlar arasında bir ayırım gözetmemiştir.¹¹⁵ TTK 56 ncı madde gereğince hukuk davasını açma hakkını haiz bulunanlardan birinin şikâyeti üzerine soruşturma yapılabilir (TTK md. 62/1-son).

Bu suçun yaptırımı ise, her bir bent kapsamına giren fiiller dolayısıyla iki yıla kadar¹¹⁶ hapis veya adli para cezası¹¹⁷ olarak öngörülmüştür. Görül-

¹¹² DONAY/ERMAN, s. 82. AYDIN, s. 80.

¹¹³ Aydın'a göre bu iki halin dışında 6762 sayılı Kanun'un 57/1-6. maddesindeki “*kendisine veya başkasına menfaatler sağlamak maksadıyla*” hareket etmiş olma da bir özel kast biçimidir, Bkz. AYDIN, s. 80. Ancak, şunu belirtmeliyiz ki, yeni TTK'nın anılan maddeye karşılık gelen md. 55/1-b-2. bendi karşısında bu görüşe katılmak mümkün gözükmemektedir. Gerçekten de yeni TTK'nın anılan “*Üçüncü kişilerin işçilerine, vekillerine ve diğer yardımcı kişilerine, haketmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek, kendisine veya başkalarına çıkar sağlamaya çalışmak*” biçimindeki normunda özel kast aranmamakta, fiilin genel kast ile işlenmiş olması yeterli gözükmemektedir.

¹¹⁴ Bu konuda ayrıca bkz. DONAY/ERMAN, s. 84.

¹¹⁵ AYDIN, s. 103.

¹¹⁶ TCK madde 49/1'e göre, süreli hapis cezası, kanunda aksi belirtilmeyen hallerde bir aydan az olamayacaktır.

¹¹⁷ TCM md. 52/1'e göre, adli para cezası, beş günden az ve kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde yediyüztuz günden fazla olmamak üzere belirlenen tam gün sayısının, bir gün karşılığı olarak takdir edilen miktar ile çarpılması suretiyle hesaplanacaktır. Aynı maddenin ikinci fık-

düğü gibi, kanun koyucu, haksız rekabet suçları için seçimlik ceza sistemini¹¹⁸ benimsemiştir.¹¹⁹ Hakim, TCK 61. maddede yer verilen genel kural çerçevesinde cezayı kişiselleştirerek belirleyecektir. TTK'da haksız rekabet suçları için öngörülen cezalar, bazı ülkelerle kıyaslandığında düşük kaldığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir.¹²⁰ Gerçekten de, belirtilen yaptırım modeline göre haksız fiil nedeniyle verilebilecek cezanın asgari haddi beş gün karşılığı 100 TL adli para cezası olabilecektir. Suçla korunmak istenen hukuki menfaat göz önüne alındığında, belirtilen alt sınırlardan başlayan cezanın ne ölçüde caydırıcı olacağı sorusu akıllara gelmektedir.

TTK md. 68/1-son cümlede yer alan kural gereğince “ her bir bent kapsamına giren fiiller” ayrı bir suç kabul edilerek cezalandırılacak, aynı anda birden çok bendin¹²¹ ihlali halinde her fiile ayrı ceza verilecektir.

2.2.4. Haksız Rekabet Fiillerinde Tüzel Kişilerin Cezai Sorumluluğu

Bilindiği üzere, Anayasamızın 38. maddesindeki "Ceza sorumluluğunun şahsiliği" kuralı var olduğu sürece tüzel kişiler suç faili olamayacaklardır.¹²² TCK da tüzel kişilerin suç faili olabileceklerini kabul etmemektedir. Bu kural gereğince, tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamayacak, ancak, suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar uygulanabilecektir (TCK md. 20/2).

rasında da, adli para cezasının miktarı belirlenirken en az yirmi ve en fazla yüz Türk Lirası olan bir gün karşılığının, kişinin ekonomik ve diğer şahsi halleri göz önünde bulundurularak takdir edileceği belirtilmiştir. Bu kurallar çerçevesinde haksız rekabet suçu işleyenlerin, seçimlik cezalardan adli para cezası tercih edildiğinde *en az 100 TL, en fazla ise 73.000 TL adli para cezası* ile cezalandırılmaları mümkün gözükmektedir.

¹¹⁸ Seçimlik ceza sisteminin yerindeliğine dair bkz. DONAY/ ERMAN, s. 83.

¹¹⁹ 6762 sayılı TTK aynı nitelikteki fiiller için “*bir aydan bir yıla kadar hapis veya beş yüz liradan on bin liraya kadar ağır para cezasıyla veya her ikisiyle birlikte cezalandırılma*” kuralını getirmekte (md. 64/1. fıkra-son cümlesi), böylece fiilin ağırlığına göre, hürriyeti bağlayıcı cezanın para cezası ile birlikte tayin edilmesi bile söz konusu olabilmekteydi.

¹²⁰ Bkz. AYDIN, s. 99, dn. 158.

¹²¹ Burada norm yapma tekniği açısından problemlerli bir durum göze çarpmaktadır. Kanunun “*her bir bent*” ile kastettiği 62/1-a-b-c-d bentleri midir, yoksa 62/1-a’da yapılan atf nedeniyle 55. maddede “haksız rekabet hâllerinin başlıcaları” olarak sayılan altı ana bent ve bunların altında yer alan yirmibir alt bent midir? Bunu normun metninden çıkarmak güç gözükmektedir. Kanunun gerekçesi ile TBMM görüşme tutanaklarında da bu konuda bir açıklama bulunamamıştır. Ancak, amaçsal yorum yaparak kanun koyucunun muradını anlamak mümkün olacaktır. Kanun koyucunun “her bir bent” ile kastettiği 62/1. maddenin a,b,c,d bentleri olduğu görüşündeyiz. Aksi düşünceye göre, bir haksız rekabet fiili ile birden çok iyiniyet kuralına aykırı davranışın gerçekleşmesi durumunda hükümlenilecek ceza miktarı bakımından arzu edilmeyen sonuçların da ortaya çıkabileceği düşüncesindeyiz. Bkz. TBMM’nin 04.12.2008 Perşembe günlü 26. Birleşim tutanakları s. 31-36. <http://www.tbmm.gov.tr> (29.03.2011).

¹²² ÖZEN, *Tüzel Kişiler*, s. 84.

“Tüzel kişilerin cezai sorumluluğu” başlığını taşıyan TTK 63’ün madde başlığı ile içeriği uyumlu değildir.¹²³ Haksız rekabette tüzel kişilerin cezai sorumluluğunu düzenleyen 6762 sayılı TTK’nın 65. maddesi kusursuz sorumluluk hali yarattığı gerekçesiyle haklı eleştirilere maruz kalmakta idi.¹²⁴ Belirtilen eleştirilere neden olan 6762 sayılı TTK’nın 65. maddesinin son cümlesindeki “*Şu kadar ki; para cezası ve masraflardan hükmi şahıs bu hakiki şahıslarla birlikte müteselsilen mesul olur*” kuralı isabetli olarak yeni TTK’ya alınmamıştır. Böylelikle, kamu para cezasından tüzel kişinin müteselsilen sorumlu tutulmasının Anayasa’nın ve TCK’nın “cezaların şahsiliği” ilkesine aykırılık oluşturduğu tartışması,¹²⁵ yeni Kanun’da yer verilmeyen hüküm yönünden ortadan kalmış gözükmektedir.

Yeni TTK, haksız rekabet fiillerinin tüzel kişilerin işlerini görmeleri sırasında işlenmesi halinde, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları hakkında da 62. maddedeki cezai sorumluluk hükümlerini uygulanacağı ilkesini benimsemiştir (TTK md. 63/1-ilk cümle). Anılan kural, bizatihi tüzel kişi ile değil, tüzel kişi adına hareket eden veya etmesi gerekmiş olan organın üyeleri veya ortakları ile ilgili gibi gözükse de kusur esasına dayalı bir sorumluluk biçimi değildir. Her ne kadar, kanun koyucunun bu norm ile sorumlu tuttuğu organın üye veya ortaklarını, tüzel kişinin işleri görülürken daha dikkatli davranmaya sevk ettiği düşünülebilecek ise de, kişinin kendi fiiline dayanmayan böyle bir sorumluluk biçimi cezaların şahsiliği ilkesine aykırı düşmektedir.¹²⁶ Dolayısıyla, kusur ilkesi açısından yukarıda değindiğimiz problem taşıyan noktalara benzer çekinceler,¹²⁷ tüzel kişilerin cezai sorumluluğu yönünden de aynen geçerlidir. Doktrinde, yerinde olarak “*tüzel kişilerin cezalandırılmasının ceza hukukunda çıkarılıp idari ceza hukuku alanına taşınarak idari yaptırımlar ile karşılanmasının mevcut hukuk sistemimize ve suç siyasetine uygun düşeceği*” düşüncesi¹²⁸ savunulsa da, TTK bu düşünceyi benimsememiştir.

Nitekim, haksız rekabet fiilinin bir tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde işlenmesi hâlinde ise, tüzel kişi hakkında bunlara özgü güvenlik tedbirlerine de karar verilebileceği 63/1. maddenin son cümlesinde belir-

¹²³ 6762 sayılı TTK’nın 65. maddesi de aynı başlığı taşımakta idi. 6762 sayılı Kanun döneminde yapılan benzer eleştiri için bkz. DONAY/ ERMAN, s. 73. AYDIN, s. 73.

¹²⁴ Bu eleştiriler için bkz. DONAY/ ERMAN, s. 82-83.

¹²⁵ Bu tartışmalar için bkz. DONAY/ ERMAN, s. 73-75. AYDIN, s. 74-75.

¹²⁶ DONAY/ ERMAN, s. 83.

¹²⁷ Bkz. 2.1.2.2.5.

¹²⁸ Bu konuda geniş bilgi için bkz. ÖZEN, *Tüzel Kişiler*, s. 63-88.

tilmiştir. Tüzel kişiler yönünden getirilen bu kural, Anayasa ve ceza hukuku ilkeleriyle uyumludur.

SONUÇ

Bilişim alanına getirdiği kuralları ile dikkat çeken 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu, ticari işletmeleri ve dolayısıyla ekonomik sistemi bilişim ağları aracılığıyla gelebilecek haksız rekabet fiillerine karşı korumanın günümüzde çok önemli bir duruma geldiğinin farkındalığıyla, bu konudaki temel ilkeleri belirlemeyi amaçlamaktadır.

Kanun'un "*basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının sorumluluğu*" başlığını taşıyan 58. maddesiyle, haksız rekabet fiillerine ilişkin olarak belirtilen kuruluşların sorumluluklarına ilişkin temel ilkelere yer verilmiştir. Bu kurala göre, haksız rekabet halinde 56 ncı maddenin birinci fıkrasının (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı olan tespit, tecavüzün men'i ve tecavüzün ref'i davaları "**kural olarak**" içeriğın sahipleri ile ilan veren kişiler aleyhine açılabilir (md. 58/1). Kural olarak sorumlulukları bulunmayan bilişim kuruluşlarına ancak istisnaen, yani TTK'da öngörülen belirli bazı şartların gerçekleşmesi durumunda başvurulabilecektir. İlk bakışta yerinde olarak düşünölebilecek TTK 58. madde ile getirilen ilkenin kapsamının ve dolayısıyla sorumlulukların belirlenmesinde güçlük bulunduğu düşünölmektedir. Hemen belirtmeliyiz ki, bu problemin ilk nedeni TTK'nın "*tercih ettiği*" terminolojidir. Örnekeleyecek olursak, "*bilişim kuruluşları*", "*her türlü bilişim işletmeleri*", "*iletiyi bilişim aracına koymak veya koydurmak*", "*bilişim aracı*", "*hizmet sağlayıcı*" terimlerine mevzuatımızda ilk kez rastlanmaktadır. Kanun, bu terimlerle neyi ifade etmek istediğini belirtmemiştir. Bu konuda bize yardımcı olabilecek veriler maalesef Kanun'un gerekçesinde ve hazırlık çalışmalarında da yer almamaktadır. Durum böyle olunca, Kanun'un kullandığı birçok terimi adeta "*çözmek*" gerekmektedir. Bilişim teknolojilerinin çeşitliliği göz önünde tutulduğunda, TTK 58/1. maddenin kapsamı yönünden açıklanan belirsizlik, haksız rekabet oluşturan içeriğın oluşturulması ve iletilmesinde herhangi bir şekilde işlev yüklenen tüm kişi veya işletmelerin *fiilin gerçekleşmesindeki fonksiyon ve katkılarına bakılmaksızın* sorumlu tutulmaları gibi tehlikeli bir sonuca yol açabilecektir. İşte, açıklanan bu problemlerin doğma olasılığına karşılık kanun koyucudan beklenen, sorumlulukların tereddüde yol açmayacak biçimde belirlenmesini sağlamak bakımından, anlamı net olmayan kavramlara yer vermemesi ve hangi faaliyetlerin sorumluluğu doğuracağıın açık bir şekilde bildirilmesi iken, yeni TTK'nın bu konuda ciddi eksiklikler taşıdığını belirtmeliyiz.

TTK'nın haksız rekabet hallerinde bilişim kuruluşlarına dair sorumluluk esaslarını Basın Kanunu kurallarına paralel olarak ele aldığını görmekteyiz. Örneğin; basın kanunlarında –kural olarak- cezai sorumluluk yönünden yer verilen kademeli sorumluluk sistemi TTK'nca haksız rekabet halinde basın, yayın, iletişim ve bilişim kuruluşlarının özel hukuk sorumluluğu konusunda tespit, tecavüzün men'i ve tecavüzün ref'i davaları yönünden benimsenmiştir. Yine, yazılı basında yayınlanan eserler için tanınan bir hak olarak karşımıza çıkan “anonimlik hakkı” konusunda da haksız rekabet fiilleri yönünden, TTK'nın 58/1-c maddesi ile, yazılı basın yanında radyo-tv yayıncılığı ve İnternet yayıncılığını da kapsama almıştır. Oysa, yazılı basın ile bilişim ağlarının nitelikleri ve dolayısıyla düzenleme yapılırken göz önünde bulundurulması gerekli ilkelerin birbirinden çok farklı olduğu kuşkusuzdur. Diğer taraftan, TTK'nın 58. maddesinde getirilen ilkelerin İnternet ağı'na özgülenmiş olan ve bu alanda “temel kanun” olarak nitelendirilebilecek 5651 sayılı Kanun'da ve TTK ile neredeyse aynı zamanda kabul edilen 6112 sayılı Kanun'da benimsenen ilkeler ile uyumlu olduğunu söylemek de güç gözükmemektedir.

Getirilen sorumluluk sistemine hukuki niteliği yönünden bakıldığında ise, TTK md. 58/1'de haksız rekabet oluşturan iletiyi bilişim aracına koyan veya koyduran kişi ve ilan servisi şefi ile bilişim işletmeleri veya kuruluşlarının sahiplerinin sorumluluk sistemi kanundan doğan ve objektif (kusursuz) sorumluluk biçimindedir. Bu anlamda, TTK hukuk sistemimizde kusursuz sorumluluğa yer veren yeni bir kurala adeta imza atmıştır.

TTK ile hizmet sağlayıcıların sorumluluğu açısından benimsenen ilkenin Avrupa Topluluğu Elektronik Ticaret Direktifi (2000/31/EC) madde 12'de getirilen kural ile bire bir benzerlik taşıdığı dikkat çekmektedir. Belirtilen kural, hizmet sağlayıcılar yönünden “güvence” niteliğinde bir hüküm hüviyeti kazanmış, böylelikle, hizmet sağlayıcılara karşı hemen dava açılması veya aleyhlerine tespit, men veya ref davaları açılması, tedbir kararı verilmesi önlenmek istenmiştir. TTK hizmet sağlayıcı aleyhine tedbir kararı verilmesini sıkı şartlara tabi tutmuş, bu anlamda en önemli yenilik, tedbir kararı verilmeden önce ilgili hizmet sağlayıcısının dinlenilmesi zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Bu kuralın –iyi işletildiği takdirde- haksız ve ölçsüz tedbir uygulamalarının bertaraf edilmesi amacına katkı sağlayabileceğine inanıyoruz. Diğer taraftan TTK, ülkemiz uygulamasında sıkça başvuru alan erişimin engellenmesi gibi ağır bir tedbiri tercih etmeyip, sadece içeriğin geçici olarak kaldırılması gibi bir ted-

bire izin vermek suretiyle oranlılık ilkesini temel ilke olarak gözeten yönüyle de dikkatleri çekmektedir.

Haksız rekabet fiillerinin önlenmesi bakımından *ilke olarak* özel hukuk koruması yolunu seçen kanun koyucu, *son çare - ultima ratio* olarak bazı haksız rekabet fiillerini suç olarak tanımlayarak ceza hukuku araçlarına başvurmuştur. Suç olarak tanımlanan bilişim ağları ortamında işlenen bazı fiiller (TTK 62/1-d) yönünden bakıldığında, sorumlulukların sınırlarının net ve belirlenebilir biçimde çizilmemiş olması nedeniyle kanunilik ilkesi açısından problem doğurma ihtimali göze çarpmaktadır. Diğer yandan, TTK’da haksız rekabet suçları için öngörülen cezalar, bazı ülkelerle kıyaslandığında düşük kaldığı gerekçesiyle haklı olarak eleştirilmektedir. Yeni TTK’nın tüzel kişilerin cezai sorumluluklarına ilişkin 63. maddesinin de, kişinin kendi fiiline dayanmayan bir sorumluluk biçimini kabul ederek cezaların şahsiliği ilkesi ile kusur ilkesine aykırı düştüğü dikkat çekmektedir.

Son söz olarak, bilişim ağları ortamında işlenebilecek haksız rekabet fiillerini önlemeye ilişkin kapsamlı kurallar getirme düşüncesiyle kaleme alınan yeni TTK’nın, bilişim ağlarını basın hukuku kuralları çerçevesinde ele alma şeklindeki bakış açısının yerinde olmadığını belirtmeliyiz. Pozitif düzenlemeye bakıldığında ise, ilgili normların farklı anlamlarda yorumlanmaya neden olabilecek, “kendine özgü” terminolojisi ile özellikle sorumluluklarının belirlenmesi açısından çeşitli hukuksal sorunlara yol açabilecek potansiyeli barındırdığı ve yine kusura dayanmayan sorumluluk halleri yarattığı görülmektedir. Bu nedenlerle TTK’nın, Anayasa ve ceza hukuku sistemimizi belirlilik ilkesi (Anayasa md. 38, TCK md. 2), kusur ilkesi ve cezaların şahsiliği ilkesi (Anayasa md. 38, TCK md. 20) yönünden ihlal eden hükümler taşıması, yeni Kanun’un dikkat çeken yönleridir.

KAYNAKÇA

AKDENİZ Yaman/ ALTIPARMAK Kerem: *İnternet, Girilmesi Tehlikeli ve Yasaktır, Türkiye’de İnternet İçerik Düzenlemesi ve Sansüre İlişkin Eleştirel Bir Değerlendirme*, İmaj Yayınevi Leeds ve Ankara, Kasım 2008.

ARKAN Sabih: *“Haksız Rekabet-Gelişmeler-Sorunlar” BATİDER*, Cilt XXII, Sayı: 4. (*Haksız Rekabet*).

ARKAN Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, gözden geçirilmiş 7. baskı, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 2005 (*Ticari İşletme*).

ARTUK Mehmet Emin/ GÖKÇEN Ahmet/ YENİDÜNYA A. Caner: *5237 Sayılı Yeni TCK’ya Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Turhan Kitabevi, 2. bası, Ankara 2006.

AYDIN, Hüseyin: *Türk Ticaret Kanunu’nda Haksız Rekabet Suçları*, Yetkin Yayınları, Ankara 2008.

ÇEHRELİ Murat: *“Sanal Suçun İngiltere’ye Yıllık Faturası 27 Milyar Sterlin”* <http://www.turk.internet.com/haber/Yazigoster.php3?yaziid=31448> (18.02.2011).

ÇEKER Mustafa: *“Türk Hukukunda Rekabetin Korunması ve Yeni Rekabet Düzeni”* *BATİDER*, Cilt XVIII, Sayı: 3, Ankara 1996.

DECOCQ Georges: *“Cyber Consumer Protection and Unfair Competition”* *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.3 (December 2007), <http://www.ejcl.org> (18.03.2011).

DONAY Süheyl/ ERMAN Hasan: *Sınai Mülkiyet Aleyhine Suçlar, İhtira Beratı, Marka, Haksız Rekabet, Sanayi Suçları, İlgili Mevzuat*, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti, İstanbul 1973.

DÖNMEZER Sulhi: *Basın ve Hukuku, Giriş, Genel Prensipler, Basın Hürriyeti, İdari Rejim, Ceza Rejimi*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, genişletilmiş ve yeniden gözden geçirilmiş dördüncü bası, İstanbul 1976 (*Basın ve Hukuku*).

DÖNMEZER, Sulhi: *Matbuat Suçları, Matbuat Kanununa Göre Suçlar, Müeyyideler, Yargulama Usulü*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1946 (*Matbuat Suçları*).

DÖNMEZER Sulhi/ ERMAN Sahir: *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, C. II*, Beta Yayınevi, 11. Bası, İstanbul 1997.

EREN Fikret: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Bası, Beta Basım, İstanbul Ocak 2008.

ERMAN Sahir/ ÖZEK, Çetin: *Açıklamalı Basın Kanunu ve İlgili Mevzuat*, Alfa Yayınevi, İstanbul 2000.

ERSOY Yüksel: *“Genel Hukuki Koruma Çerçevesinde Bilişim Suçları”*, *AÜSBF Dergisi*, Haziran-Aralık 1994, C. 49, No: 3-4.

HAFIZOĞULLARI Zeki: *Ceza Normu, Normatif Bir Yapı Olarak Ceza Hukuku Düzeni*, Seçkin Kitabevi, Ankara 1987. (Ceza Normu).

HAFIZOĞULLARI, Zeki: “Fikir ve Sanat Eserlerinin Cezai Himayesi”, *AÜHF Dergisi*, 1999, C. 48, S. 1-4, s. 3-5. (Fikir ve Sanat Eserleri).

İÇEL Kayıhan/ DONAY Süheyl: *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku Genel Kısım, 1. Kitap*, 4. Bası, Beta Basım, İstanbul Ekim 2005.

İÇEL Kayıhan/ ÜNVER Yener: *Kitle Haberleşme Hukuku*, Beta Yayınevi, Sekizinci Bası, İstanbul 2009.

KARAYALÇIN Yaşar: *Özel Hukukda Meseleler ve Görüşler, Hukuki Mütalaalar (1988-1991) IV*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara 1992.

KAYA Bedii: “Yeni Türk Ticaret Kanununun 58. Maddesinin Bilgi Toplumu Hizmet Sağlayıcıları Açısından İncelenmesi”, <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=31810> (21.03.2011).

KÖKSAL Aydın: *Bilişim Terimleri Sözlüğü*, Türk Dil Kurumu Yayınları, Ankara 1981.

KILIÇOĞLU Ahmet: *Şeref Şahsiyet ve Özel Yaşama Basın Yoluyla Saldırlardan Hukuksal Sorumluluk*, Gözden geçirilmiş genişletilmiş II. Bası, AÜHF Yayınları No. 496, Ankara 1993.

MANOP Burcu: “Türk Ticaret Kanunu (TTK) Ve TTK Tasarısı Açısından Haksız Rekabet Hükümlerine Bir Bakış”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, Y. 2007, C.12, S.3.

MEMİŞ Tekin: “Hukuki Açidan Kitlelere E-Posta Gönderilmesi (Spamming)” <http://www.hukukcu.com/bilimsel/kitaplar/spamming.htm> (29.03.2011).

MEMİŞ Tekin/ BOZBEL Savaş: “Marka ve Haksız Rekabet Hukuku Bakımından Adwords Reklamı” *e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi*, Kasım 2008, Sayı: 81. <http://www.e-akademi.org> (24.03.2011).

ÖNDER Ayhan: *Ceza Hukuku Genel Hükümler, C. II*, Beta Yayınevi, İstanbul 1989.

ÖZEK Çetin: *Basın Suçlarında Ceza Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1972.

ÖZEN Muharrem: *Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk*, US-A Yayıncılık, Ankara 1998 (Objektif Sorumluluk).

ÖZEN Muharrem: “Türkiye Cumhuriyeti’nde ve Kuzey Kıbrıs Türk Cumhuriyeti’nde Süreli ve Süresiz Yayınlarda Ceza Sorumluluğu”, *AÜHF Dergisi*, C. 50, S. 3, Ankara 2001 (Ceza Sorumluluğu).

ÖZGENÇ, İzzet: *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 3. Bası, Seçkin Yayınevi, Ankara 2008.

REİSOĞLU Safa: *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 21. Bası, Beta Basım, İstanbul Ocak 2010.

SANKUR, Bülent: *İngilizce-Türkçe Ansiklopedik Bilişim Sözlüğü 2005*, İkinci Baskı, İstanbul Aralık 2004.

TOROSLU, Nevzat, *Ceza Hukuku Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, 12. Baskı, Ankara Ekim 2008.

VERMEER Marike: *“Unfair Competition Online and the European Electronic Commerce Directive”*, *Annual Survey of International & Comparative Law*, Vol. 7 [2001], Iss. 1, Art. 7.

<http://digitalcommons.law.ggu.edu/cgi?article=10618&context=annlsurvey&sei-redir=1#search=’Unfair+Competition+law+and+internet’> (19.02.2011).

YAVAŞ Murat: *“Haksız Rekabet Kavramı ve Bu Alandaki Koruyucu Dava ve Tedbir Türleri” Mehmet Somer’e Armağan, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi Armağan Özel Sayısı*, Cilt 12, Sayı 1-3, 2004-2006, İstanbul Haziran 2006.

YAZICIOĞLU R. Yılmaz: *Bilgisayar Suçları, Kriminolojik, Sosyolojik ve Hukuki Boyutları İle*, Alfa Yayınları, İstanbul 1997.

YENİDÜNYA A. Caner/ DEĞİRMENCİ Olgun: *Mukayeseli Hukukta ve Türk Hukukunda Bilişim Suçları*, Legal Yayıncılık, İstanbul Nisan 2003.

http://www.binbilen.org/belgeler/Siber_Suclar_Sözlesmesi.pdf (22.03.2011).

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/html/185.htm> (22.03.2011).

<http://www.dildernegi.org.tr/TR/Sozluk> (15.03.2011)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:EN:NOT> (14.03.2011).

<http://www.tbd.org.tr> (15.03.2011)

<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/dönem23/yil01/ss96.pdf> (15.03.2011).

<http://tdkterim.gov.tr> (15.03.2011)

<http://www.tubisad.org.tr/Tr/News/Sayfalar/YeniTicaretKanunu.aspx> (18.02.2011).

<http://www.turk.internet.com/portal/yazigöster.php3?yaziid=31174> (28.03.2011).