

BİLİŞİM HUKUKU

Panel Notları



2012



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI



Genel Yayın Sıra No: 211
2012 / 13
ISBN No: 978-605-5316-27-3

Yayına Hazırlayan
İstanbul Barosu Yayın Kurulu

Tasarım / Uygulama / Baskı

Ege Reklam Basım Sanatları Ltd.Şti.
Esatpaşa Mah. Ziyapaşa Cad. No: 4/1 Ataşehir -İSTANBUL
Tel: (0216) 470 44 70 | www.egebasim.com.tr

Birinci Basım: Ağustos 2012
Bu kitap İstanbul Barosu Yönetim Kurulu Kararı ile bin adet
basılmıştır.

İSTANBUL BAROSU
ve
İSTANBUL TİCARET ÜNİVERSİTESİ

BİLİŞİM HUKUKU KONFERANSI
07 Mayıs 2010



İSTANBUL BAROSU YAYINLARI

İstiklal Caddesi Orhan Adli Apaydın Sk.
Baro Han Beyoğlu / İstanbul
Tel: (0212) 251 63 25 (pbx)
Faks: (0212) 293 89 60
dergi@istanbulbarosu.org.tr

İÇİNDEKİLER

I. OTURUM

Bilişim Sistemleri ve Ceza Hukuku

Av. Gökhan AHİ.....	7
Muhammer YÜCEL.....	11
Av. Murat Volkan DÜLGER.....	27
Av. Ramazan ARITÜRK.....	46
Av. Serhat KOÇ.....	58
Av. Nilay ERDEM.....	73

II. OTURUM

Çevrimiçi Yayıncılık WEB 2.0

Prof. Dr. Nevzat KOÇ.....	88
Yrd. Doç. Dr. İrfan AKIN.....	97
Seda AKAY.....	105
Av. Sertel SIRACI.....	108
Güzide SOYDEMİR.....	111
Başak PURUT.....	112

III. OTURUM

Çalışma Hayatı ve Bilişim Hukuku

Av. Taner SEVİM.....	88
Av. Ali Osman ÖZDİLEK.....	151
Av. Burcu ERDOĞAN.....	153

BİLİŞİM HUKUKU KONFERANSI

07.05.2010

AÇILIŞ

Sunucu - “Bilişim Suçları” konulu panelin Oturum Başkanı olarak Sayın Gökhan Ahi’yi ve panelistler Av. Murat Volkan Dülger, Av. Serhat Koç, Muammer Yücel, Avukat Nilay Erdem ve Av. Ramazan Arıtürk’ü kürsüye davet ediyorum.

I. OTURUM

Av. Gökhan AHI

(Oturum Başkanı)

Birazdan Ceza Hukuku konusunda bir tartışma yapacağız. Buradaki tartışma; klasik, herkesin sırasıyla bir bildiri sunacağı, arkasından da soru cevap kısmına geçilecek bir tartışma olmayacak. Hiç kimsenin bildirisi olmadan aklımıza gelen konuları doğrudan tartışacağız, doğrudan soru soracağımız bir ortam olacak ve aktif bir tartışma yapacağız. Bu aktif tartışmanın içerisinde konuyla bağlantılı sorusu olan varsa anında soracak ve ben de mümkün merteye soruların hepsini Oturum Başkanı olarak almaya çalışacağım.

Ceza hukuku diyoruz, ama ceza hukuku derken aslında ben konuklarımızın da izniyle şöyle küçük bir giriş yapmak istiyorum: ceza hukuku biraz daha özel bir alan. Hukukun diğer alanlarına baktığımız zaman biraz daha

böyle serbesti vardır, hakimın hüküm koyma yetkisi vardır, ama ceza hukuku özgürlüğü ilgilendiren ve bizzat özgürlüklerle ve toplum düzeniyle ilgili birincil alan olduğu için onun bazı özel kriterleri ve ilkeleri vardır. Mesela en başta suçta ve cezada kanunilik dediğimiz bir ilke vardır, ikincisi kıyas yasağı ilkesi vardır. Mesela kanunda açıkça suç olarak tanımlanmayan bir eylemden dolayı kimseye ceza veremezsiniz veya açıkça tanımlanmayan bir cezayı kimseye uygulayamazsınız. Bu kuralları bilişim teknolojileri ile birlikte düşündüğümüzde, ceza hukuku açısından biraz zor durumlar ortaya çıkabiliyor. Neden zor durumlar ortaya çıkıyor? Çünkü TCK kazuistik yöntemle hazırlanmıştır ve öyle olmak zorundadır. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi de burada uygulanacağı için bilişim teknolojileri (Özellikle internet) geliştikçe sürekli yeni suç tipleri, yeni zararlar ortaya çıkmakta, fakat Ceza Hukuku aynı oranda buna yetişememektedir. Bunlar, tabii güncel sorunlar olarak karşımıza çıkıyor. Mesela, bu sıralar en çok rastladığımız sahte profil yaratma örneğine değinirsek (örneğin Facebook'ta bir arkadaşınız adına sahte profil yaratabiliyorsunuz); ancak Ceza Hukuku anlamında baktığımızda suçta ve cezada kanunilik ilkesi gereğince burada bir suç oluşmamıştır çünkü TCK'de tanımlanmış bir eylem yok, ancak özel hukuk açısından baktığımızda bu fiil kişilik haklarını ihlal eden, dolayısıyla tazminatı ilgilendiren, bir davranış olarak karşımıza çıkıyor. O yüzden Ceza Hukuku'nun bazı özelliklerini burada vurgulamak istedim.

Bunun dışında bilişim suçlarında delil elde etmeyle ilgili bazı problemlerimiz var. Çünkü

bilgisayardan elde edilen delillerin hassas deliller olduğu herkesin malumudur. Bu deliller o kadar hassastır ki her zaman isteyen istediği şekilde bu onları değiştirebilir, yeni baştan yaratabilir, yok edebilir, bunun gibi birtakım imkânlar olduğu müddetçe de bu alan oldukça tartışmalı ve gri alan olarak kalacaktır. Çünkü teknoloji geliştikçe daha fazla imkân elde ediyoruz ve elde ettiğimiz bu imkânlar suçun kovuşturulmasında ve delillendirilmesi aşamasında da gerçekten büyük problemler yaratabilmektedir.

Bir yandan bunun yanlış anlaşılıyor olması, yanlış uygulanıyor olması gerçekten masum insanların ceza almasına yol açabilirken, diğer yandan da gerçekten suç işleyen insanların cezasız kalmasına da yol açabiliyor. O yüzden burayı gri bir alan olarak değerlendiriyorum. Umarım Türkiye’de çok sık yapmaya çalıştığımız ceza hukuku toplantıları ve bilişim teknolojileri ilişkisi değerlendirdiğimiz toplantılar sonucunda uygulamacılara yol göstermiş oluruz ve bu uygulamacılar kendi önüne gelen uyuşmazlıklarda örnek olabilecek kararlara imza atarlar.

Ben hemen tartışmayı burada başlatıyorum küçük bir giriş yaptıktan sonra. İlk tartışmak istediğim şey aslında şu: Türk Ceza Kanununa bakıyoruz, Türk Ceza Kanunu bir bilişim sistemi diye bir tanım getirmiş. Hani 243 var, 244 var, 243 ve 244’te açık açık bir bilişim sisteminden bahsediyor ve bilişim sisteminin içerisinde bilişim sisteminin kendisine zarar verirsiniz bazı suçlardan bahsediyor. “Tahrip ederseniz...” şeklinde bir suç tanımı var. ”Eri-

şilmez kılarısanız, Engellerseniz...” diye bir suç tipi var. Bunlardan başka “Bilişim sistemi üzerindeki verileri yok eder, değiştirirseniz...” diye bir suç tipi var, ama soru şu: Bilişim sistemi nedir? Kimdir? Bu nedir?Yenilir mi? İçilir mi? Yani bir bilişim sistemini nasıl tanımlamamız gerekir? Ben o konuyla ilgili öncelikle savcımın fikirlerini almak istiyorum.

Savcım sizin bilişim sistemi hakkında söyleyeceklerinizi duymak istiyoruz.

Muammer YÜCEL

(Cumhuriyet Savcısı)

Daha önce katıldığım bilişim sistemi konulu birkaç toplantıda, bilişim sistemini tanımlamak için hazırlanırken, bu terimin anlamını internette araştırdığımda, bilişim sisteminin bilgi işlem olarak tanımlandığını gördüm. Bilgi işlemi insanlara anlatmakta çok güçlük çekiyoruz. Bu terim genellikle ad, soyadı, kimlik bilgisi, TC kimlik numarası, banka hesabı vb. gibi birtakım bilgilerin aktarılması olarak düşünülürken, bilgisayar dünyasının sadece bir ve sıfırların işlenmesinden ibaret olduğunun tüm meslektaşlara ve ilgililere anlatmak gerekiyor. Ancak bu şekilde değerlendirilmediği için, sanıyorum ki konuya belki biraz alelacele bir giriş olacak, ama son Yargıtay Ceza Genel Kurulu kararını da eleştirmek gerektiğini düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Bu Yargıtay Ceza Genel Kurulunun kararı bilişim sistemine bir tanım mı getiriyor sizce?

Muammer YÜCEL - Hayır, tam aksine, verilen karar bize bilişim sisteminin yeterince kavranmadığını gösteriyor, çünkü bilgisayarla işlenen banka hesaplarının boşaltılması türünden suçların bilişim sistemi aracı kılınarak hırsızlık olarak tanımlanmasını çok da doğru bulmuyorum, bence bilişim sisteminin tanımı çok daha farklı olmalı. Bilişim sistemi, bir bilgisayar yapısı içerisinde bir ve sıfırların işlenmesi olduğundan, bu bir ve sıfırların değiştirilmesi ve işlenmesi suretiyle işlenen tüm suçların ben bilişim suçları olarak tanımlan-

ması gerektiğini düşünüyorum. Şimdilik söyleyeceklerim bu kadar.

Av. Gökhan AHİ - Aslında ben de burada hemen bir katkı yapayım, ben bilişim kelimesinden başlamak istiyorum. Bilişim kelimesini birçok insan bilgisayarlı iletişimin kısaltması gibi düşünüyor veya birçok insan başka bir anlamı olduğunu düşünüyor, ama bilişim kelimesinin kökeni aslında “Bilmek” filinden geliyor; Tabii ki, işteş fiil olarak şekil değiştirebilir; tıpkı ‘karmak’tan karışmak, ‘savmak’tan savaşmak gibi. Buradaki bilişim kelimesi de ‘bilişmek’ten geliyor; yani ‘karşılıklı bilmek’ten ve karşılıklı bilmekten türeyen bu kelime ‘bilişim’ olarak karşımıza çıkıyor. Bunun sonucu olarak da, bilişim sistemine karşılıklı bilmeyi sağlayan sistem diyerek onu tanımlamış oluruz. Ancak hangi cihazlar ve sistemlerin de bilişim sistemine dâhil olacağını belirlemek gerekir. Örneğin, piyasada kullanılan akıllı bir fırınları ele alalım; Bu tür fırınlara komut veriyorsunuz, “Şu saatte, şu yemeği, şu kadar derecede pişir” diyorsunuz ve akıllı fırınlar o komutu uyguluyor. Bu bir bilişim sistemi midir? Bu konuda ben Volkan’ın değerlendirmelerini rica edeceğim. Bilişim sistemi sizce nedir?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ben aynen Gökhan Bey’in düşündüğü gibi düşünüyorum, çünkü ben yüksek lisans tezimi yazdığım da ki tezim daha sonra da 2004 senesinde kitap olarak da basılmıştı, buradan yola çıkmıştım. O zamanlar bugün günlük hayatımızda çok sık kullandığımız, PDA dediğimiz el bilgisayarları veya programlanabilir çamaşır makineleri, bulaşık makineleri gibi cihazlar pek yaygın

değildi. Hâlbuki bugün bunlar aracılığıyla da bir suç işlemeniz veya bunlar dolayısıyla bir suçun mağduru olmanız çok mümkün. Aynı zamanda ben medikal sektöründe de bazı şirketlere hizmet veriyorum. Örneğin piyasada “Ventilatör” denilen cihazlar var. Bu ventilatörler yaşam destek ünitelerine ve hastanelerin merkezi bilgisayar sistemlerine bağlanırlar. Bir şekilde bu merkezi sistemlerin dışarıyla, özellikle de internetle bağlantısı olduğunda herhangi bir kişinin ventilatörünü kapatıp ölmesini dahi sağlayabilirsiniz. Bunlar artık fiksasyon değil, uygulanabilecek işlemlerdir. Bu nedenle, “Bilişim sistemi nedir?” sorusuna Muammer Beyin de dediği gibi, sizin de dediğiniz gibi bilginin elektronik ortamda işlenebildiği her türlü sistem bilişim sisteminin içine girer cevabını vermek istiyorum. Ben, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun çok iyi bir ceza kanunu olduğunu düşünenlerdenim. Çünkü kanunumuz modern suç teorisine göre temellendirilmiştir. Bunun yanında, bazı eksiklikleri olmasına rağmen genel olarak iyi bir yasadır. Normatif olarak yasada bilişim sisteminin tanımlanmaması da bu açıdan çok doğru bir seçimdir. Bunun nedeni de çok iyi bildiğimiz üzere bilişim sisteminin sürekli gelişiyor olmasıdır. Dün bir televizyon programında 1980’li yıllar ile ilgili bir program izledim ve hemen aklımdan o zamanlar LCD’nin, internetin, lap topların olmadığını geçirmeye başladım.

Av. Gökhan AHİ - Bir de şunu belirtmek istiyorum internet 1991’de kullanılmaya başlanmış biliyorsunuz; yani 1991 yılında Türk Ceza Kanunu’nda internet hiç yoktu, internet

sadece üniversiteler arasında çok basit bir sistemdi, halka açık değildi, ama biz 1991'deki suçları 2005'e kadar internet için kullanabildik.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Şöyle bir şey söylemek istiyorum, isim vermeyeceğim, kitapta yazmıştım: Bir hocamız, bilişim sistemleri üzerine yasanın yeni yürürlüğe girdiği zamanlarda bir makale yazıyor ve şunu söylüyor: “Bu kavramlar aslında yasaya konulmuş, ama çok da gerekli bir şey değil, çünkü biz bunları yakın gelecekte uygulanabilecek bir şey olduğunu söylemiyoruz” demiş ve çok da kesin söylemiş, yani kıvıracak bir nokta da bırakmamış ki biz hukukta yazarken normalde bunu yapmıyoruz, hep kıvıracak bir yer bırakıyoruz. Daha sonra da ben “Bu öngörüsüzlük nasıl olabilir?” diye eleştirmiştim. Yasa çok fazla kullanıldı, birebir biz uygulamada da kullandık bunu. O yüzden bilişim sistemini bir dar kalıba sokmak gerektiğini düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Anladım.

Ben hemen meslektaşına döneceğim, Ramazan Bey'e. Biz hani cezadan bahsettik, ceza kazuistiktir dedik, eylemin tanımlı olması lazım, vb dedik, peki, bilişim sistemi açık bir tanım yok, hâlâ tartışıyoruz; mühendislere sorsak başka bir tanım yaparlar, bilgisayar programcılarına sorsak başka bir tanım yaparlar. Dönüp hukukçulara sorsak, “Tartışıyoruz, tam karar veremiyoruz” derler. Siz ne diyorsunuz bu konuda Ceza Kanununda kazuistik olduğunu düşünürsek?

Av. Ramazan ARITÜRK - Aslında ben TCK'nin yapısı hakkında biraz daha farklı düşünüyorum konuşmaları dinlerken onu da not almıştım. Ceza kanunu aslında kazuistik olması çok düşünülen bir kanun değil, bilakis normatif bir kanundur, aksi takdirde uygulanması söz konusu değildir.

Ben de bilişim konusunda, “Acaba bilişim nedir?” diye biraz araştırma yaptım ve Türk Dil Kurumu'nda bir tarif buldum, ve bunu iki defa okumama rağmen anlamakta zorluk çektim. Buna rağmen, bunu burada bir kez daha okumayı tercih ediyorum.

Türk Dil Kurumu, sözlüğünde bilişimi tarif etmiş; “İnsanoğlunun teknik, ekonomik ve toplumsal alanlardaki iletişimde kullandığı ve bilimin dayanağı olan bilginin özellikle elektronik makineler aracılığıyla düzenli ve ussal biçimde işlenmesi bilimi”dir. Başka bir tanımda da “Bilgi olgusunu bilgi saklama, erişim dizgeleri, bilginin işlenmesi, aktarılması ve kullanılması yöntemlerini toplum ve insanlık yaşamını gözeterek inceleyen uygulamalı bilim dalıdır”. Bundan başka “Disiplinler arası özellik taşıyan bir öğretim ve hizmet kesimi olan bilişim, bilgisayar ya da içeride olmak üzere bilişim ve bilgi erişim dizgelerinde kullanılan türlü araçların tasarlanması, geliştirilmesi ve üretilmesiyle ilgili konuları da kapsar”.

Arkadaşlar, anladığınızı ümit ediyorum.

Av. Gökhan AHİ - Birazcık uzun bir tanım oldu, ama aslında sonuçta “Bilgisayarlar aracılığıyla karşılıklı iletişim” şeklinde tanımlanabilir.

Av. Ramazan ARITÜRK - Bakınız değerli arkadaşlar, aslında kanun koyucunun da, bilişim suçları konusunda kafasının karışık olduğunu düşünüyorum Kanun koyucular bu kanunları yaparken aslında ceza kanununda olması gereken netlikte, bu terimlerin tam anlamını ifade edememiş.

Ben size söyleyeyim müsaadenizle: 243. maddenin 1. fıkrasını okumak istiyorum “*Bir bilişim sisteminin bütünlüğüne veya bir kısmına hukuka aykırı olarak giren ve orada kalmaya devam eden kimse cezalandırılır*”. Kanun “...giren ve orada kalmaya devam eden...” diyor. Sayın Başkan’ın demiş olduğu gibi girmek ve kalmak. Bir sisteme girdiniz, insanların bu konuda rızası yok. Peki, kalmak nedir, bu eylem kaç saniye sürmelidir, vb. sorular cevapsız kalmaktadır.

Av. Gökhan AHI - Aslında bu da tartışacağımız konulardan biriydi, çok iyi değindiniz. Hakikaten nedir bunun ölçüsü?

Av. Ramazan ARITÜRK - Kaç gün kalacak bu kişi ya da nasıl olacak?

Değerli arkadaşlar, ben iki gün önce Türksat’taydım. Bu uydu yer hizmetlerinde bir vesileyle, bir işlevselle gittiğim zaman orada teknisyenlerle görüşüm ben. Türkiye’nin uzaydaki birtakım iletişimlerini, hatta askeri birtakım bilgileri filan da aktarıyorlar. Dediler ki, şöyle bir problemden bahsettiler: “*Biz radyo frekansıyla haberleşiyoruz*”; yani bir noktadan, mesela Ankara’daki bir askeri üstün örnek veriyorum, Afganistan’daki oradaki askerlerle haberleşiyorlar. Diyor ki, “Bizim bilemediği-

miz bir sistemle birileri bu iletişimi engelliyor zaman zaman ve anlık, bir an, mikron saniye oranda bir zamanda sistem bozuluyor”. Buna girdi, peki, adam orada durmadı ki, ama sistem bozuldu. Eğer bunu Türkiye’den bir kişi yapıyorsa bizim ceza kanunumuza göre arkadaşlar suç işlemiş olmuyor. Niye? Çünkü suçta ve cezada kanun ilkesi söz konusu. Kanun diyor ki, “*Girecek, orada duracak*”.

Av. Gökhan AHİ - Belki buna kanun koyucu “Sisteme yanlışlıkla girmeleri suç saymayalım” gibi bir amaç uygun görmüş olamaz mı? Aslında güzel bir bakış açısı olamaz mı? Gerekçede de vardı sanki böyle bir şey.

Av. Ramazan ARITÜRK - Gerekçede var, ama arkadaşlar bu çok doğru bir gerekçe değil ve kanun düzenlemede bana göre çok doğru ve yerinde bir şey değil. Neden? Çünkü artık teknoloji o kadar çok gelişmiştir ki, belki bir saniyelik, belki bir mikron saniyelik, girip çıkma ile oradaki bütün bilgileri almaya ehil olacak insanlar vardır veya olacaktır. Onun için, kanun koyucumuzun bu süre ile ilgili olarak kesin bir zaman dilimi ölçüsünün olmamasının temel sebebi teknoloji ve bilişim sektörünün inanılmaz hızlı gelişmesidir. Bu sektörler o kadar çok hızlı geliyor ki arkadaşlar, bunun bir an için kesin ve net olarak düzenlenmesi çok kolay değil. Gerçekten de ben de birçok makale okudum. Bu konuda birçok arkadaşımızın tezler hazırlamış olmasına ve ayrıca çok güzel kitaplar yazılmış olmasına rağmen her birinin zihninde halen daha bu bilim ya da bu bilişim noktasının tam oturabilmiş olmadığını görüyoruz.

Av. Gökhan AHİ - Anladım.

Ben bu konuda aslında biraz farklı düşünüyorum sayın meslektaşım; Örneğin, sisteme girdik, ama girdiğimiz zaman orada kalmaya devam etme fiilinin gerçekleşip gerçekleşmediğini biraz somut olgulara göre değerlendirmek gerekecektir. Demek istediğim şey, girdiğim zaman 6 karakterli bir şifre görüp, “*Aa!, Yanlışlıkla girdim*” deyip kapatmakla, oradaki şifreyi öğrenmekle, satırlar boyu veya mega baytlar boyunca bilgiye erişip “*Aa!, Ben yanlış girdim*” deyip çıkmak herhalde aynı olmasa gerek. Bunu böyle mi düşünmek lazım bilemiyorum?

Av. Ramazan ARITÜRK - Değerli meslektaşım, tabii ki şöyle bir şey söz konusu: Biraz önce biz de “Girmek” fiilinden bahsettik. Buradaki problem bilişim sistemine girmenin veya orada kalmanın süresinin nasıl tespit edileceğidir. Ben bu tespitin uygulamada çözüleceğini düşünüyorum. Öte yandan, siz kalkıp da 6 karakterli bir şifreye girmeye çalışıyorsanız, artık hüsnüniyetten bahsetmek biraz zordur.

Av. Gökhan AHİ - Ben de aynı şekilde düşünüyorum ,öyle düşünüyorum.

Av. Ramazan ARITÜRK - Ama şöyle de olabilir: Yanlışlıkla insan kendi şifrenizi yazarken bir karakter fazla, bir karakter eksik yazarak bir sisteme girebilir. Ancak sonra bu sistemin kendi sistemi olmadığını fark eder ve hemen oradan çıkabilir.

Av. Gökhan AHİ - Evet, burada da suçun işlenmemiş olması lazım, yoksa herkesi suçlamış oluruz ki kazara girmek özellikle bilişim sistemlerinde çok mümkün olabiliyor.

Ben hemen Serhat Bey'den bu konuda bilgi isteyeceğim. Serhat Bey aynı zamanda teknik altyapısı olan da bir insan. Siz bu konuda ne diyorsunuz? Bilişim sistemini aslında biraz tartıştık, ama kısaca bir katkı alacağım. Onun dışında şunu da sormak istiyorum hazır Ramazan Bey bir konuyu açmışken, “*Bütününe veya bir kısmına*”dan ne kastediliyor olabilir?

Av. Serhat KOÇ - Bu terime ben de çok takılıyorum.

Av. Gökhan AHİ - Ve ayrıca orada kalmaya devam etme olgusunu da biraz değerlendirmenizi istiyorum.

Av. Serhat KOÇ - Çalışayım.

Kanun koyucu maddeyi yaparken neler düşünmüş, ben o süreci bilmiyorum. Gerekçeyi okudum, anlamaya çalıştım, ama bir madde-nin daha başında “*Bilişim Sistemi*” dediği için, kanun koyucunun bilişim sisteminin ne olduğunu bildiğini düşünüyorum. Ancak maddeyi okuyup da uygulamasına baktığımda, mad-denin en çok anlık ileti programları dediğimiz programları şifrelerin ele geçirilmesine yönelik değerlendirildiğini, ikinci olarak da, çeşitli sunuculara yapılan saldırılarda kullanıldığını görüyorum. Dolayısıyla sunucu gibi çok büyük bir yapı dosyalarının içinde barındırıldığı büyük bilgisayarlar ve onları barındıran şirketlere yapılan saldırılarla aynı zamanda kişilerin kendi hesaplarının bulunduğu anlık ileti programlarının şifrelerinin çalınmasının aynı maddeyle düzenlenmiş olmasını açıkça anlayamıyorum. Dolayısıyla gittiğim teknik okullarda bilgisayar mühendisliklerinde, bilgisayar programcılıkla-

rında sürekli bunu sordum arkadaşlara; “Bilişim sistemi nedir? Acaba MSN messenger veya Skype gibi programların şifresini ele geçirerek bu programlarda oturum açtığınızda, bu eylemin bilişim sistemine girmek olarak değerlendirilir miyiz? Başka bir ifade ile bu programlar bilişim sistemi olarak değerlendirilir mi? Yoksa sadece sunucular mı sistemdir? Büyük bir şey mi anlamalıyız bilişim sisteminden?” diye sorduğumda genelde bilgisayarlıların, teknik insanların konuya bakış açısı anlık ileti programlarının dahi bir sistem olduğu; ancak ben bu fikre katılmıyorum. Öte, ama yandan bugüne kadar bu soruyu sorduğum teknik bilgiye sahip insanların, bugüne kadar sorduklarının yüzde 100 bana şifreleri elde edip MSN dâhil her türlü anlık ileti programına veya internet sitelerine şifreleri elde edip girmenin, onların da bir sistem olduğu ve o sisteme başkasının rızası olmadan hukuka aykırı şekilde girdiğiniz olacağını söyledi. Çünkü onlar bu tip en küçük programları bile bilişim sistemi olarak kabul ediyorlar.

Ancak “kalmak” eylemi ile ilgili olarak benim de bir bilgim yok. Sanırım bunun tespitini hakimlere bıraktılar.

Av. Gökhan AHİ - her somut olayda ayrıca değerlendirilecek gibi.

Av. Serhat KOÇ - Somut olayda nasıl çözüleceğini ben de bilmiyorum.

Av. Gökhan AHİ - Ben hemen Nilay Hanım’dan da fikirlerini almak istiyorum.

Serhat Bey dedi ki; “E-mailleri ve anlık iletileri ben bilişim sistemi olarak değerlendirmiyorum”. Siz de aynı şeyi mi düşünüyorsunuz?

Av. Nilay ERDEM - Ben aslında değerlendiriyorum. Neticede onları da bilişim sisteminin bir parçası olarak görmek gerekir diye düşünüyorum.

Girme ve kalma kısmında da size katılıyorum; bence o anlık girmenin niyet ile ilgili bir şey olduğunu düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Niyet ve belki korunan hukuki değer diyebilir miyiz aslında?

Av. Nilay ERDEM - Evet, korunan hukuki değeri de etkiler. Zaten dünyada da girmek ve kalmak şeklinde düzenlenmiş bu suç. O yüzden öyle bir mantık olduğunu düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Aslında kanun koyucu burada çok da yanılmamış diyebilir miyiz?

Av. Nilay ERDEM - Diyebiliriz gibi.

Av. Gökhan AHİ - Ama tabii aslında Ramazan Bey de endişelenmekte haksız değil. O “ceza hukuku normatif bir bilim dalıdır” diyor ve özgürlüğü ilgilendiren bir alan olduğu için bunun sınırlarının çizilmesi gerektiğini düşünüyor.

Av. Nilay ERDEM - Belki de daha net çizilmesi gerekir.

Av. Gökhan AHİ - Ama bu sınırlar nasıl olacak?

Peki, Savcım, bu sınırları nasıl çizmeliyiz? Burada bir sınır olmalı mı? Diyelim ki, bilişim sistemine tanım getirdik fakat orada kalmanın ölçüsünü zamanla içtihatlar mı belirleyecek? Yoksa birilerinin, örneğin mühendislerin ortaya bir ölçü, kriter koyması gerekir mi?

Muammer YÜCEL - Yargıtay'ın genelde kullandığı bir deyim gibi, ben de her olayın kendine göre değerlendirilmesi gerektiğini düşünüyorum. Ben buradaki kalmak deyiminin ceza kanunu ile değil ceza hukukunun genel kavramlarıyla açıklanması gerektiği kanaatindeyim. Kast ve saik gibi kavramların burada öne çıktığını düşünüyorum.

Kalmak eylemi küçük programlar da bilişim sistemi mi olarak değerlendirilir mi? Anlık iletiler bilişim sistemine dâhil midir? Veya kendileri bilişim sistemi midir? Bu tartışmayı Serhat meslektaşına bırakacağım. Ancak kalmak deyiminin burada yasaya aykırı bir düşünceyi gerçekleştirmek amacıyla; yani kastı açıkça ortaya koyar nitelikte sistemde beklemek olması gerektiğini düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Somutlaştırayım: Siste-me kazara girilmiş olabilir fakat o sırada bir işi çıkmıştır, örneğin bir telefon görüşmesi yapmıştır ve sistemde hakikaten bir müddet beklemiştir. Telefon görüşmesinden ötürü yaklaşık 1,5 dakika süreyle sistemde kaldığı kullanılan cihazın IP bilgilerinden anlaşılmaktadır veya sistemden çıkmak istedi ancak teknik bir problem yüzünden veya başka bir durum yüzünden sistemden çıkamadı. Böyle durumlarda kastı, saiki belirlemek biraz güç olmaz mı?

Muammer YÜCEL - Orada yine aynı şekilde o oturumu belirleyen logların titizlikle incelenmesi gerektiğini düşünüyorum. Girmiş ve ne yapmış? Hatta buraya gelirken uygun bir örnek aradım, Hacking'le ilgili minik bir video göstermek istiyordum. İsimlerin görünmediği uygun bir şey bulamadığım için getirmedi

açıkçası. İzlediğim videoda tabir yerindeyse eli çabuk bir hacker'ın bir web sitesine girip oradaki veri tabanını alıp çıkmasını acaba nasıl hackleniyor biçimindee bir merakla izleyen 15-16 yaşındaki çocuğun internet kafede otururken "PHP kodunun açığı şu şekilde bulunur" diye de çok rahatlıkla araştırma yaptığı görülüyordu. Aslında birazcık çalışsak hepimiz hacker olabiliriz. Çünkü eskiden sadece "Black Book, Hacker's Book" gibi İngilizce kaynaklar vardı internette, ancak şimdi çok rahatlıkla nasıl hack yapıldığına dair Türkçe kaynaklar bulabiliyorsunuz.

Bu yöntemlerden bir tanesini merak edip, internet kafenin birinde deneyen bir çocuğun veya "Aa, demek ki bu siteye bu şekilde girilebiliyormuş" dedikten sonra çıkan bir çocuğun kastı ile çok hızlı bir şekilde kredi kartlarının ve güvenlik kodlarının bilgilerinin bulunduğu veri tabanını alıp çıkan bir hackerin sistem de kalma süreleri çok farklı olabilir. Hangi hareketlerin cezalandırılacağı noktasında ceza hukukunun kast ve saik gibi genel kavramlarını her olaya ayrı ayrı titizlikle uygulamak zorundayız diye düşünüyorum.

Bu nedenle ben tekrar aynı şeyi söyleyeceğim: Bilişim sistemiyle ilgili suçların tümünde temelde yatan tek bir şey var diyorum; birler ve sıfırlar. Birler ve sıfırların kullanılabilirdiği her şeyin bu suçların konusu olabileceğini düşünüyorum. Arabamın cebimdeki uzaktan kumandasındaki kod eğer birler ve sıfırlarla bir entegrenin içine hapsedilmişse bu bir bilgidir. Ayrıca bu bilgiyi çalmak için, ki bir soruşturmada böyle bir cihaz ele geçirdik, yurt dışında dekoderler üretiliyor.

Av. Gökhan AHİ - Hatta bu kodu arabayı kilitlerken hareketsiz hale getirmek için yani kapılar kilitlemesin diye “Jammer” diye tabir edilen cihazlar kullanılıyor. Bu cihazların kullanıldığında siz kapıları kilitlediğinizi zannediyorsunuz, ancak kapılar kilitlenmemiş oluyor.

Muammer YÜCEL - Kilitlenmemiş oluyor ya da fail elinde minicik bir entegre cihazı ve, küçücük bir LCD ekranla otoparkta bekliyor. Siz hiç habersizce gidiyorsunuz ve aracınızın anahtarının düğmesine basıyorsunuz. O sırada onun ekranına o kod düşüyor ve o da o cihazı alıp götürüp bir anahtar yapma makinesine bağlıyor ve yeni anahtar üretiyorlar.

Av. Gökhan AHİ - Peki, bilişim vasıtasıyla hırsızlığın tanımı var mı?

Muammer YÜCEL - Tabii ki bence bilişim vasıtasıyla hırsızlık bu olmalı.. Şuranın girişinde eğer bir elektronik kilit varsa, deneme yanılma yoluyla da olsa tuşlayarak ben o kilidi devre dışı bırakıyorsam ve içeri girip bir şeyler çalıyorsam artık bilişim suretiyle ya da bilişimi aracı kılarak veya bilişim gereçlerini kullanmak suretiyle, artık hangi adı verirsiniz verin, bu suretle hırsızlığın çok tipik bir örneğini işlemiş olurum diye düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Peki, kameraları engellersek, kameraları etkisiz hale getirirsek?

Muammer YÜCEL - Bakın, işte...

Av. Gökhan AHİ - Ama bu kameraları mekanik olarak da bilişim kullanarak da etkisiz hale hale getirebiliriz.

Muammer YÜCEL - Bu konuda ben hakikaten belki gariptenebilecek bir heyecana sahibim. Çünkü tekrar dönüp aynı şeyi söyleyeceğim; bir ve sıfırları değiştirerek bir şeyleri engelliyor ya da çalıştırıyorsanız bu bilişimdir. Bu benim en basit tanımım. Bilişim vasıtasıyla veya bilişim aracı kullanarak, yani bir ve sıfırları değiştirerek bir suç işliyorsanız, bilişim sistemi içerisinde suç işliyorsunuz demektir diye düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Teşekkür ederim.

Sanırım Ramazan Bey bir şeyler diyecekti. Buyurun Ramazan Bey, söz sizde. Bir şey mi vardı bilmiyorum.

Av. Ramazan ARITÜRK - Farklı bir örnek-
le teyit etmeye çalışacağım: Sizin örneğinizdeki hackeri ele alalım. Bu kişi, çok kısa bir sürede sisteme girip bilgiyi alıyor. Öte yandan, bir de merak saikiyle girenler var, çocuktan bahsettiniz demin. Peki, bu arada teşebbüs kavramını bu durumda nasıl açıklıyorsunuz? Bu durumda bu tip suçlarda hareket teşebbüs aşamasında kalabilir mi?

Muammer YÜCEL - Bu konuda çok geniş bir tartışmaya girmek gerekiyor: Tabii ki eğer çocuk yaptığının bilincindeyse, eski deyimle sarih ve mümeyyiziyse ve bunun bir suç olabileceğini düşünerek sisteme girmeyi deniyorsa, bence eyleminin teşebbüs aşamasında kaldığını düşünmeliyiz. Çünkü bu bir deneme bile olsa bir sonraki eyleme temel yaratacak bir bilginin edinilmesi olacaktır.

Av. Gökhan AHİ - Savcım, hazır bu tartışma başlamışken ben bu sırada hemen şunu

sormak istiyorum. Aslında ben başka bir konuyu tartışmaya açacaktım, ama burada biraz alevlendi: Teşebbüs kısmında belki şunu diyebilir miyiz: Acaba bilişim sistemine karşı yapılan suçlarda teşebbüs olur mu?

Bu suçlarda teşebbüs olmazmış gibi geliyor. Bilmiyorum aynı fikirde misiniz? Bu soruyu, sizden sonra bir de Volkan'a sormak istiyorum izninizle.

Muammer YÜCEL - İşin teknik boyutundan önce hukuki boyutunu tartışmalıyız. Bu halde bir eve giren, ancak hiçbir şey çalmadan çıkan hırsız, hırsızlık suçunu tamamlamış mıdır?

Av. Gökhan AHİ - Hayır.

Muammer YÜCEL - Hayır. O zaman bir bilişim sistemine girip hiçbir zarar vermeden çıkan kişi de bence bu suçu tamamlamamıştır. Bu nedenle teşebbüs olmayacağı kanaatindeyim.

Av. Gökhan AHİ - Ama Savcım, hırsız eve girdi, hiçbir şey çalmazsa konut dokunulmazlığı ihlal suçu oluşmuş olur ama burada hiçbir şey almadan çıkarsa bir hacker, bir suç oluşmaz.

Muammer YÜCEL - Haklısınız, bilişim sistemine girme suçu oluşur ama benim söylediğim şey o değil. Hırsızlıktan bahsediyoruz, bir şeyin çalınmasından bahsediyoruz. Herhangi bir şey almadan çıkıyorsa sadece bilişim sistemine girme suçu olur diye düşünüyorum.

Muammer YÜCEL - Bilişim sistemleri o kadar karmaşık olabiliyor ki, fail sisteme gir-

miş ve nasıl girileceğine ilişkin bilgileri almış olabileceği gibi, sistem sürekli değiştiği için bir daha girmeyi denediğinde karşısında güvenlik duvarı da bulabilir; yani önceki girişinde edindiği bilgileri kullanamayabilir. Kısaca orada yine olaya bakmak zorundayız. Eğer fail girip bir şey almadan çıkarsa; geçen süre zarfında orada ne yaptı? Veri tabanının hangi sayfasında bulundu? Hangi lokasyonda yer aldı? Kendi kapasitesini, oradan bilgileri ne kadar sürede çekebileceğini öğrendi ve çıktı. Sonuç olarak bilişim sistemine girdi ve orada kaldı, yani suç tamamlandı, ancak hırsızlık suçu bence oluşmadı.

Av. Gökhan AHİ - Savcım, ben hemen Volkan'a dönmek istiyorum, bir de onun görüşlerini alıp sonra sizinle bu konuyu tartışmaya devam etmek istiyorum..

Teşebbüs mü? Değil mi? Nedir? Buyurun Volkan Bey.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ben bir kere çok farklı düşünüyorum. Dediğim gibi ben yeni gelen suç sistemiyle?

Av. Gökhan AHİ - Savcı uygulamanın içinde bir insan, siz de uygulamanın içerisinde ve bu konuda bir kitap da var aslında.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Evet, var. Şöyle bir şey, bir kere neticesi harekete bitişik suç tipi diye bir suç tipi var. Bu suç tipi klasik ceza hukuku öğretisinin görüşü. Bu yasa bunu göz önüne alarak yapılmamış, çünkü neticesi harekete bitişik suç dediğinizde eylemi daima onkolojik olarak alıyorsunuz. Hâlbuki hep ne diyoruz? Normatif. Kanun yapıcı bir ey-

lemin neticesine önem vermemiş ise, neticeyle ilgilenmiyorsa, biz de ceza hukukçusu olarak o neticeyle ilgilenmeyiz. O yüzden illa ki bir hareketin sonucunda bir neticenin olması gerekmez. Netice varlık bilimi açısından mutlaka vardır, yani bir şey yaptığınızda dış dünyada bir etkisi mutlaka vardır, ama ceza hukuku bununla ilgilenmez.

Bu yasanın maddesine baktığımızda fail, hukuka aykırı olarak oraya giren ve orada kalmaya devam edendir. Yasa koyucu neticeye hiç önem vermemiş. Hareketi yaptığında netice var veya yok, suç oluşmuş. Peki, ben bu hareketi parçalara bölebiliyorum mu? İspat ayrı bir şey. Ben bu hareketi parçalara bölebiliyorum mu?

Av. Gökhan AHİ - Yani, film karesi gibi bölmekten bahsediyorsunuz.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Evet. Diyelim ki, geldim ve şu düğmeye basmakla beraber,, sistemin içine girdim. Bu hareketi parçalara bölemem ben, istesem de bunu yapamam. Ancak önüme kitapları, defterleri açsam, şifre kırıcı programlarım olsa ve onlarla belirli şifreleri kırmaya, büyük bir sistemin içine girmeye çalışıyorsam, hareketlerimi parçalara bölebiliirim. Dolayısıyla, eğer somut olayda hareketler parçalara bölünebiliyorsa, her suça teşebbüs mümkündür.

Av. Gökhan AHİ - Ama bunu öğrenmek için de yapabiliriz.

Av. Murat Volkan DÜLGER - İşte, o sırada da polis geliyor, baskın yapıyor, kısıvrak yakalıyor, götürüyor.

Av. Gökhan AHİ - Burada suç var mı?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Teşebbüs var mı, yok mu?

Av. Gökhan AHİ - Teşebbüs var mı? Benim hacker kitabı okumam teşebbüs müdür?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Hayır, kitap okumanız tabii ki teşebbüs değil. Biz bağımsız hareketleri cezalandırmıyoruz.

Av. Gökhan AHİ - Açmışım sistemi, bir-iki tane böyle ufak tefek deneme yapıyorum, ama bir yere girmiyorum; bu suç olabilir mi?

Bakın, o zaman çok tehlikeli bir noktaya gideriz. Çünkü biliyorsunuz ki şu an dünyada bütün ülkelerde özellikle örgütlü suçlarda hazırlık hareketlerinin cezalandırılması gibi bir eğilim var.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Evet, böyle bir işletme eğilimi var.

Av. Gökhan AHİ - Biz eğer hazırlık hareketlerini cezalandırmaya kalkarsak değişik bir toplum oluruz, sokakta yürüyemeyiz. “Niye yürüyorsun? Aa!, Sen bombalamaya gidiyordun”a gider olay.

Av. Murat Volkan DÜLGER - İşte, bunun olmaması lazım.

Av. Gökhan AHİ - Bunun olmaması lazım. Eğer hacker kitabı okuyorsam polis geldiğinde beni bilişim suçunun şüphelisi olarak götürmemeli, değil mi?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Değil. Derece derece gidelim: Kitabı okuyorsunuz diyelim Buna nasıl hazırlık hareketi diyebilirsiniz?

Çünkü biz de bu işi öğrenmek için aynı kitapları okuyoruz. Bu işin nasıl icra edildiğini öğrenmek için, polis de aynısını okuyor ki bu iş başka türlü öğrenilemez. Ancak, önümde kitap açık, program açık, belirli bir siteye yönelik olarak, belirli bir sisteme yönelik olarak bazı programları kırmaya çalışıyorum, sisteme giriyorum, İspat sorununu geçiyorum, o sırada girdiniz.

Av. Gökhan AHİ - Kırmış mı?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Hayır, kırmamış, ama kırmış mı nasıl anlayacağız?

Muammer YÜCEL - Network üzerinden bir saldırı yapıyor, sürekli bir saldırı var.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Saldırı yapıyorum ve başaramıyorum. Teşebbüsten dolayı cezalandırılacak mısınız, cezalandırmayacak mısınız?

Av. Gökhan AHİ - Bana göre teşebbüsten dolayı cezalandıramayız, çünkü kırmış olması girmiş olduğunun bir ispatı değildir. Bu suçun maddi unsuru girmek ve orada kalmaya devam etmekse, ben girmeden o suç işlenmez; yanlış mı düşünüyorum, bilmiyorum.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ceza hukukunda normatif düzenlemeler, daima gerçekleşmiş, bitmiş bir eylemi göz önüne alınarak düzenlenirler. Teşebbüs durumunda ise, hareket ceza normunda tanımlandığı gibi gerçekleşmemiştir ama kişi içindeki suç işlemeye ilişkin iradesini ortaya koymuştur. Deriz ki, “*Ne yapacağız, bu adam tipik eylemi tamamlanmadı tamamlanmadı diye, Git!*” mi diyeceğiz?, “*Git-*

me” de demeyeceğiz. Ne yapacağız? Bu adamı cezalandıracağız. O yüzden teşebbüsün zaten kendisi normun cezalandırılabilirliğini genişleten bir kavramdır.

Av. Gökhan AHİ - O zaman bu suçun zarar veya tehlike suçu olduğunu belirlememiz gerekecek ? Bu aşamaya da girmiş oluruz.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bu, bir tehlike suçudur. Zaten bir suçta neticenin gerçekleşmesi aranmıyorsa o bir tehlike suçudur. Bakın, şu düşünceden kurtulalım, okulda bize hep bu öğretildi: Klasik ceza hukukunda neticeye önem verilir, netice varsa her şey olur. Hâlbuki insanın dış dünyaya, harekete yansıyan iradesi önemlidir.

Av. Gökhan AHİ - Ama harekete yönelik irade dediğimiz zaman düşüncüyü de suç sanacak eyleme kadar gideriz.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Az önce kastı tartışıyordunuz. Burada atlanılan çok önemli bir nokta var. Nedir? Bir bilişim sisteminin bütününe veya bir kısmına hukuka aykırı olarak giren kişinin eyleminde hukuka aykırılığı tespit etmeniz gerekiyor. Demin sizin veya savcının söylediği, çocuk örneğini ele aldığımızda; çocukta zaten hukuka aykırılık bilinci yoksa ona bir şey yapamıyorsunuz. Peki, bu hukuka aykırılık bilinci nedir?

Av. Gökhan AHİ - Zaten orada manevi unsurlar devreye giriyor.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Aynen öyle.

Muammer YÜCEL - Tabii, demin söylediğim gibi, suç işlediğinin farkında olmak zorundayız..

Av. Gökhan AHİ - Çünkü ceza kanunumuzda kast esastır ve kast cezalandırılır ama belli koşullarda taksir de cezalandırılır. Ancak bunun dışında sırf eylem gerçekleşti diye ceza verilmeyebilir, çünkü kast yoksa ceza da yoktur; ceza hukuku öğretisinde genel anlayış bu yöndedir.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Peki, bu durumda teşebbüsü cezalandırmayacak mıyız?

Av. Gökhan AHİ - Ama teşebbüse özel bazı suçlar zaten öngörülmüş. Bunlar dışında kalan suçlarda da teşebbüs olup olmayacağı zaten suçun gelişinden de değerlendirilebiliyor.

Ben Serhat'ın da fikirlerini merak ediyorum bu arada.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bir şey söylememe müsaade eder misiniz?

Dediğiniz gibi kast esastır, taksirle işlenebilecek eylemler tek tek yasa maddesinde gösterilir. Hâlbuki teşebbüs, uygulanabildiği, hareketin parçalara bölünebildiği durumlarda failin o hareketlerinden dolayı cezalandırılması için genel kısımda gösterilmiştir. Aksi takdirde dersiniz ki; “Belirli suçlar açısından, teşebbüs suçu diye bir suç tipi vardı eskiden. O zaman teşebbüs olan ve açık açık suç işleme iradesini ortaya koyan pek çok hareketi cezalandırmazsınız.”

Av. Gökhan AHİ - Anlaşıldı, teşekkür ederim.

Serhat, bu konuda siz neler diyorsunuz?

Av. Serhat KOÇ - Açıkçası ben ceza normuna Volkan kadar hakim değilim ama şunu söyleyeyim: Dediğiniz gibi pek çok kişi bu tür şeyleri öğrenmek ya da akademik amaçlı yapıyor; sistemlere giriyor. İşte, orada hukuka aykırılığın tespiti önemlidir. Sonuçta hukuka aykırı giriyor mu, girmiyor mu? Bütün madde aslında onun üzerinde durmuş. Hatta devamında “Rızası dışında” diye devam ediyor. Dolayısıyla, önce hukuka aykırılığı tespit etmek lazımdır. Üniversitede akademik çalışma esnasında yapılan saldırı olmuyor, örneğin bir hoca öğrencilerine bunun nasıl yapılacağını gösteriyor. Çünkü bunlar bilgisayar mühendislerinin kullanması gereken teknikler olabilir. Bu örnekten devam edersek, herhangi bir zarar vermeden girip çıkıyorlar; dolayısıyla, sadece girip çıkmak hukuka uygun mu, değil mi? Mesela, ben bu örnekte “*Hukuka uygun*” derim. Başka bir şekilde söyleyecek olursam, sisteme girmek veya orada kalmak akademik çalışma ya da bir şahsi çalışma dâhilinde yapılabilir. Veya bunlardan başka böyle bir şeyi evinizde otururken yaptınız; sadece girdiniz ve hemen çıktınız. Bu süre zarfında herhangi bir veri yazmadınız. Bazen şöyle şeyler de olur; Beyaz şapkalı hackerler sisteminize girip: “Burada böyle bir açık var” diye bir yazı bırakırlar ve çıkarlar. O da bir veri yazmak olur ve suç olarak nitelendirilmez. Bu durumda kişinin bu eylemi hukuka uygundur diyemem.

Av. Gökhan AHİ - Aslında, bu hareket suçtur.

Av. Serhat KOÇ - Çünkü oraya veri yazmıştır. Kanun koyucu “*Bilişim sistemine veri koymak suçtur*” diye buyurmuş. O zaman kişi,

bir beyaz şapkalı hacker diye o hukuka uygun demem. Ancak loglarda sadece girdi ve çıktı şeklinde gözüküyorsa, eylem hukuka uygundur ve o kadar sorun değildir.

Av. Gökhan AHİ - Aklıma komik bir örnek geldi, hemen onu anlatmak istiyorum.

İçişleri Bakanlığı bir firma ile, İçişleri Bakanlığı'nın sitelerinin ve bilişim sistemlerinin güvenliğinin test edilmesi için bir anlaşma imzalıyor. Firma, bakanlığın tüm sistemlerine, bakanlığın izniyle ve bilgisi dahilinde giriyor ve saldırılar yapıyor. Daha sonra, Emniyet ve Jandarma Genel Komutanlığı da ilgili bakanlığa bağlı olduğundan onların sistemlerine de aynı işlemleri yapıyorlar. Tabii bu saldırıların sonucunda firmanın Türkiye'deki tüm personeli, *"Vay siz bizim sistemimize nasıl sızarsınız"* diye eş zamanlı gözaltına alınıyor. Sonradan İçişleri Bakanlığı devreye giriyor ve olay anlaşılıyor, *"Ya, işte, bu test amaçlıydı, şuydu, buydu, size bilgi geçilmedi"* şeklinde açıklamalarla olay tatlıya bağlanıyor.

Ben konuyu biraz dallandırmak için Nilay Hanım'a sormak istiyorum; Korunan hukuki değerleri düşündüğümüzde TCK'nin öngördüğü yaptırımlar biraz çelişki değil mi? Mesela, Jandarma'nın, Emniyet'in sistemini ele geçirmemle, bir kişinin MSN şifresini ele geçirmem arasında TCK'ye göre bir fark yok. Sadece kamu kurumlarına saldırırsam yarı aralığında cezam artıyor. Ancak kamu kurumu değil de, özel bir şirketin çok gizli bilgilerine, formüllerine, patentlerine ulaşmam ile de MSN şifresini ele geçirmiş olmamın verilecek ceza açısından bir farkı yok. Verilecek cezanın alt sınırı ve üst

sınırı aynı. Burada bir tuhaflık yok mu? Korunan hukuki değere göre bu cezalar farklı olmamalı mı? Sizce de bir dengesizlik yok mu?

Av. Nilay ERDEM - ...kadar ... sadece para ... ?

Av. Gökhan AHİ - Maksimumu 1 yıl, eğer kamu kurumu olursa 1,5 yıla çıkıyor.

Av. Nilay ERDEM - Belki ortaya hukuk davaları yoluyla bir takım yaptırımlar ile çözüm bulunması sonucu çıkabilir. Ama onun dışındada doğru, belki o belli bir şekilde hakim tarafından dengelenebilir...

Av. Gökhan AHİ - Çok ilginç: Ben sizin MSN adresinizi ele geçirsem verilecek cezaya alt sınır koyulmadığından (galiba), mahkûm olacağım cezanın süresi bir veya iki gün de olabilir, bir yıl da olabilir. Öte yandan milyon dolarlık formülleri ele geçirirsem, verilecek ceza yine bir yıl; burada enteresanlık var.

Av. Nilay ERDEM - Ama TCK md.244 var.

Av. Gökhan AHİ - Tabii 244'ün de veri ele geçirme kısımları var.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Düzenleme-deağık bir sorun var. Benim bu yasada anlayamadığım bir madde var.

Av. Gökhan AHİ - 243'e 2 demeyin lütfen.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Tabii ki 243'e 2. Biz kendi aramızda tartışmıştık.

Av. Gökhan AHİ - Övünmek gibi olmasın, o madde benim maddemdir.

Av. Murat Volkan DÜLGER - O madde yanlış bir madde bana göre, çünkü diyor ki,

“... fıkrada tanımlanan fiillerin, eylemlerin; yani girme ve kalma eyleminin, bedeli karşılığı yararlanılabilen sistemler hakkında işlenmesi halinde verilecek ceza yarım alanına kadar indirir”. Bakın bu garip düzenlemelerden biri.

Av. Gökhan AHİ - Ben bir açıklama yapabilir miyim?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bir saniye, müsaade edin, ben anlatayım, sonra siz açıklayın.

“Yarı oranına kadar arttırılır” dese evet, bu madde süper bir madde, doğru bir madde ama öyle demiyor

Muammer YÜCEL - Çünkü bu madde ticari amaçlarla alakalı bir madde.

Av. Gökhan AHİ - Ben bunun hikâyesini anlatmak istiyorum.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bir saniye, Sayın Başkan. Biz cezaları neye göre dilimlendiriyoruz? Korunması amaçlanan hukuki değerlere göre dilimlendiriyoruz. Burada hem sistem güvenliğinin hukuki değeri korumuyor, hem de o sistemde yapılan ticaretin hukuki değeri korumuyor; yani iki birim ceza vermem lazım. Ben diyorum ki “*Sen benim, Volkan Dülger’in, adresimi kırarsan, problem değil ama koskoca şirketini kırarsan “Vay kötü şirket, her şey sana müstahaktır”* diyoruz. Hikâyesi buna benzer bir şey mi? Dinliyorum.

Av. Gökhan AHİ - Yok öyle değil. Hikâyesi şu şekilde: 2004 yılında bilişim suçlarıyla ilgili bir alt komisyon oluşturuldu. Hakim, savcı ve avukatlardan oluşan bu alt komisyon

Akçakoca'da toplandı. Aslında taslakta böyle bir madde yoktu, ben böyle bir madde olmasını çok ısrarla istedim. Taslağa bu madde girdi, ama tabii bu metinle girmemişti. Bu maddede bu kamuya açık, herkesin erişebileceği bilgilerden bahsediliyordu. Biz taslağı meclise bu şekilde gönderdik. Sayın vekillerimiz de sağ olsun başka hiçbir şeyi değerlendirmeyip, sadece benim önerdiğim bu maddeyi alıp buraya koydu. Burada tekrar kendilerine teşekkür ediyorum. Hatta bu durumu bilen arkadaşlar "Bu Gökhan'ın maddesi" diyorlar ama doktrinde birçok bilim adamı bu maddeyi eleştiriyor. Ben de eleştiriyorum. Çünkü bu madde istediğimiz gibi gitmedi. Bu tarz bir madde ile amaçladığımız şey şuydu: Mesela bir ara Sabah Gazetesi'nin web sitesinden yararlanmak abonelik karşılığında oluyordu. Ancak normalde Sabah Gazetesi zaten herkese bu hizmeti veriyor mu? Para karşılığında veriyor. O halde zaten herkese açık olan ve para karşılığı yararlanılan sisteme girme suçu tam cezalandırılmasın diye düşünmüştük; biz bunu istemiştik. Aslında amaç buydu.

Muammer YÜCEL - Tabii ki, uygulamada bu biçimde gelişmiyor. Örneğin birtakım insanlar ortaya tüm bilgi ve birikimlerini, teknolojik imkânlarını ve paralarını koyuyorlar. Sadece şifreyle ulaşılabilecek çeşitli siteler oluşturuyorlar ve bazı bilgisayar konusunda yetkin arkadaşlar bu şifreleri daha sonra internette başka sitelere koyabiliyor. Bu siteler, bir pornografik site de olabiliyor, bir dijital kütüphane de olabiliyor.

Av. Gökhan AHİ- Ben pek dijital kütüphaneye rastlamadım, genelde pornografik yayınlar da oluyor.

Salondan - Akademisyenler arasında pornografik sitelere, yasal olmayan sitelere, izinsiz girme işi yaygındır.

Muammer YÜCEL - Evet, evet, hatta benden sistemik lüpus eritomosis diye bir hastalık ilgili bilgi toplamam istenmişti. Bu hastalığın tedavi yöntemi yok ; Amerika’da vakıflar var ve bu vakıflar nedense, hastalığın yavaşlatılması için yapılan çalışmaları bile o kadar sıkı izliyorlar ki; bu bilgilerin bulunduğu sitelere girmek NASA’nın sitesine girmek kadar zor. Öte yandan, bu sitelerin şifrelerini aradığınız zaman şifrelerin boş bir web sayfasında sadece “Password” başlığı altında yayınlandığını görürsünüz. Türkiye’de de benzer durumlar var ve sayın meslektaşım, Sayın Ahi’nin girişimleri sonucunda buralara müdahale eden kişiler daha az ceza alıyorlar.

Av. Gökhan AHİ - Ben memnunum Savcım.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bu müdahale sabah tartıştığımız emniyeti suiistimal suçunu mu, kredi kartını kötüye kullanmak suçunu mu oluşturacak?

Av. Gökhan AHİ - Evet, mesela sabah burada çay sırasında, Volkan Bey çok enteresan bir uyuşmazlık konusu getirdi. O da şuydu: Bir şirket, çalışanına şirkete ait bir kredi kartı veriyor ve diyor ki “*Bu kredi kartı cebinde bulunsun ve şirkete ait harcamalarını bu kredi kartından rahat rahat yap*”. Kartı alan eleman kendi özel harcamalarını da bunu kullanarak

yapıyor. Buraya kadar her şey normal, ama burada tartışılan konu şu: Bu eleman, TCK md. 245'teki kredi kartının kötüye kullanılması suçu mu işlenmiştir? Yoksa bildiğimiz basit emniyeti suiistimal suçu mu işlenmiştir.

Muammer YÜCEL - TCK md. 245 benim de takıntılı olduğum bir madde. Maddeye mesleğime uygun bir bakış açısıyla baktığım zaman bir sıkıntı görüyorum. İzin verirseniz madde-nin girişini çok kısa okuyacağım: “*Başkasına ait bir banka veya kredi kartını her ne surette olursa olsun ele geçiren veya elinde bulunduran kimse*”. Peki, sayın meslektaşım havanın sıcak geldiğini düşünelim. Sayın Meslektaşım ceketini çıkarttı, cüzdanı cebindeydi, ben de bir fırsatını buldum ve kredi kartının arkasındaki security number dâhil olmak üzere üzerindeki bilgileri aldım ve bir kâğıda not ettim. Kredi kartını da cebine koydum. Sonra internet üzerinden, bu suçlarla uğraşan çoğu hukukçunun önüne geldiği gibi, bir şirketten kontör aldım. Kredi kartını elimde bulundurdum mu? Hayır, sadece bilgisini bulundurdum. İşte, açılış konuşmasındaki noktaya döndük; Yargıtay'ın şimdilerde yaptığı gibi acaba genişletici bir yorumla bu bilgileri kullananı TCK md. 245/1'den mi mahkum etmeliyiz? Yoksa bazı maddelerde karşımıza çıktığı gibi “*gibi*” sözcüğüyle örnekseyerek genişleterek herhangi bir sınırlandırmaya tabi tutmadan uygulamalı mıyız?

Av. Gökhan AHİ - Ceza kanununda kıyas yasağı ilkesi var!

Muammer YÜCEL - O da var. Ya madde-
nin yeniden yapılandırılması gerek, ya da bu
suçlarda kredi kartı fiziksel olarak sanığın
elinde değilse ne olacağının değerlendirilip,
tartışılması gerektiğini düşünüyorum. Meslek
yaşamımda, yasa koyucunun Yargıtay'ın ka-
rarlarına uygun hükümler çıkardığını görüyo-
rum. Ancak kişisel düşüncem böyle olmaması
gerektiği yönünde. Hatta belki çok aykırı gele-
cek ama mademki yeni gelişen suç tiplerinden
bahsediyoruz, o zaman yeni hukuk kurallarını
ya da hukuk tanımlarını da ortaya koymamız
gerekliyor. Deminden beri söylemek istiyord-
um, konu geçti ama bunu yine tartışmaya
açmak gerektiği kanaatindeyim; Tehlike suçu
mu, zarar suçu mu? Sorusunu sordunuz bi-
raz önce. Bilişim yoluyla işlenen suçlarda öyle
durumlar oluyor ki bir aşamaya kadar o suç
tehlike suçuyken enter'e bastığınız anda zarar
suçu oluyor. Suçun, tehlike suçundan zarar
suçuna dönüşüp dönüşmeyeceği hakkında bir
tartışma şimdiye kadar bildiğim kadarıyla çok
yapılmadı ama bunun yapılması gerektiğini ve
yasaya bir biçimde alınması gerektiğini düşü-
nüyorum.

Av. Gökhan AHI - 9-10-11 Haziran'da
İzmir'de yapılacak Uluslararası Bilişim Huku-
ku Sempozyumunda tartışılacak konulardan
biri de bu olacak.

Ben hemen Serhat'a döneceğim.

Muammer YÜCEL - Burada çok güzel bir
kavram olabilir, tehlikeye bitişik zarar suçu
gibi bir kavram. Ama bakın, hakikaten gülme-
yin, netice olarak yeni kavramlar üretmek zo-
rundayız. Bir tehlike var.

Av. Gökhan AHİ - Arası bir şey olmalı.

Muammer YÜCEL - Evet, amaca yönelik birtakım verileri klavyeden giriyorsunuz. O aşamada henüz amaç (Netice) gerçekleşmediği için tehlike suçu gibi değerlendirilebilecek boyutları varken sadece bir tuşa basarak artık zarar suçuna dönüşüyor.

Av. Gökhan AHİ - Benim burada sadece katılmadığım tek nokta, zarar suçuyla tehlike suçuna bir arası olması gerektiğine bilişim suçları açısından katılmıyorum. Eğer biz tehlike suçu dersek ve bu konudaki hazırlık hareketlerini cezalandırmaya kalkarsak bilimin ve bilgisayar teknolojisinin gelişmesine sekte vurabiliriz diye düşünüyorum.

Nitekim, ceza hukukuyla ilgili değil ama şöyle bir bilgi vermem de gerekiyor: Mesela Amerikan hukukunda yazılımlar patentleniyor ve patent numarasıyla bunlar işlem görüyor ve başka hiç kimse üretemiyor bu yazılımları. Ama Avrupa hukukunda yazılımlar patentlenmiyor, patent yasağı var. Çünkü diyorlar ki “Ben yazılımı patentlersem yazılım gelişmesinin önüne sekte vururum, yazılımlar gelişmez, insanlık yararlanamaz”. Ben de bu düşüncayı temel alarak bilişim suçlarının tehlike suçu olarak değerlendirilmesine bireysel olarak karşıyım.

Serhat’a hemen döneceğim, Serhat’ın bu kredi kart numaralarıyla ilgili düşüncesini öğrenmek istiyorum.

Muammer YÜCEL - Sanıyorum zaman sınırtısı olduğu için dönüyorsunuz.

Av. Gökhan AHİ- Daha önce makalelerini okuduğum ve kendisini dinlediğim için biliyorum ki Serhat'ın da bu kredi kartının sadece numaralarıyla ilgili bazı ilginç görüşleri vardı. Biraz bahsedelim Serhat Bey.

Av. Serhat KOÇ - Ben maddenin üzerinden giderek bir şey söylemek istiyorum: “Başkasına ait” diye başlıyor 245. madde. Dolayısıyla, kanun koyucuya göre bu kartın birine ait olması gerekiyor. Bugün benim bildiğim kadarıyla teknik olarak kimseye ait olmayan ama aslında kredi kartı firmalarının belirli blog numaraları arasından daha sonra üretilmek üzere hazır numaralar üretilip, teknik cihazlarla, örneğin diğer marketlerin verdiği üyelik kartlarına entegre ederek o kartı o anda dünyada bulunmayan yeni bir karta dönüştürüp, bununla işlem yapabilmek mümkün. Dolayısıyla, bunu yapan bir insan, bu maddede cezalandırılmayacak demek ki. Çünkü kartın başkasına ait olması gerekiyormuş.

Av. Gökhan AHİ - Bu numaraların bir mülkiyeti olabilir mi?

Muammer YÜCEL - Bankaya ait olduğunu düşünebiliriz.

Av. Serhat KOÇ - Ama kartın diyor işte, onu da anlamış değilim. Numara kavramı, kartın kendisinden bağımsız bir kavramdır.

Av. Gökhan AHİ - Bu kredi kartı konusunu ben etraflıca tartışacağım ama aslında başka bir konuya girmek istiyorum. Yine başta konuştuğumuz konuya benzer bir konu. Hackerler diyoruz, aslında hackerlik biraz üst bir kavram. Hacker olmak gerçekten her baba yi-

ğidin harcı olmayan bir şey. ???... dediğimiz kavramlar veya high ???... dediğimiz insanlar var, ama ben “*Bu nedir?*” diye sormuyorum. Aslında, sormak istediğim şey şu: Hacker önce başka bir kavram var, bu kavramın aslında sadece hackerlar veya ???... için kullanılması gerekmiyor; bilakis polisin de, avukatların da bunu kullanması gerekiyor.

Av. Serhat KOÇ - Sosyal mühendislerin...

Av. Gökhan AHİ - Sosyal mühendislik diye bir kavram var. Sosyal mühendislik deyince iş biraz değişiyor. Lütfen sosyal kelimesine ve mühendislik kelimelerine takmayın. Aslında, biz toplum mühendisliği anlamına gelen bir anlamda kullanıyoruz, ama kaldırım mühendisliği gibi bir şey değil bu. Toplum mühendisliği dediğimiz şey: “*Kişinin veya toplumun genel davranışlarını önceden saptayarak zayıf noktaları tespit etmeye yönelik bir çalışma veya kişinin ne yönde nasıl eylem yapacağına dair bir tahminde bulunma sanatı*” olarak tanımlanabilir, ki bunu çok kullanırlar. Örneğin sosyal mühendis ne yapar? Facebook hesabınızın şifresi, örneğin, toplumun yüzde 60'ının 123456'dır. Bu ispatlanmış bir şeydir, bir kısmının 999999'dur, bir kısmının da doğum tarihinin iki kez tekrar edilmiş halidir. Bunu bilmek için biraz sosyal mühendis olmaya gerek var, biraz araştırma yapmaya gerek var.

Ne diyorsunuz sosyal mühendislik konusunda Serhat?

Av. Serhat KOÇ - Gittiğim bazı seminerlerde sosyal mühendislik konusunda bazı uygulamalar izledim. İnternette bir insanın sadece

adını, soyadını bilerek başlanılan bir yolculukta 10 dakika içinde oradan oraya atlayarak, karşınızdaki kişinin aslında size 10 dakikada anlatamayacağı kadar bilgi edinebiliyorsunuz; yani sosyal paylaşım sitelerinden giderek, hatta e-devlet uygulamalarını kullanarak, oradaki açıklardan yararlanarak her türlü numarayı bulup ondan sonra da onları kullanabiliyorsunuz. Kevin Mitnick diye biri vardır, bilirsiniz belki, çok fazla bilgisayar kullanmadan sadece telefonla, tabii Amerika’da telefonla işlerin yürütülebilmesinden de yararlanarak, dediğiniz sosyal mühendislik yöntemiyle aradığı insanların üstü veya onlarla aynı mesleği yapan meslektaşları olarak tanıtarak pek çok bilgiyi elde edip sonra bütün bunları çok rahat bir şekilde herhangi bir bilişim sistemine girmeden de öğrendiği şifrelerle, aynı şifreleri hiçbir zaman değiştirmeden pek çok parayı hesaptan hesaba aktarabildi.

Av. Gökhan AHİ - Çok enteresan, Kevin Mitnick dünyaca ünlü hacker olarak biliniyor, ama aslında hacker değil, adamın teknik bilgisi yok.

Av. Serhat KOÇ - Evet, aslında bir hacker değil aksine bir sosyal mühendistir, toplum mühendisidir.

Av. Gökhan AHİ - Adamın hakikaten bir teknik bilgisi yok.

Av. Serhat KOÇ - “Aldatma Sanatı” diye bir kitap var; Bay Kevin’ in yaptığı şey de dolandırıcılıktır, bir nevi aldatmadır.

Av. Gökhan AHİ - Peki, burada ben Nilay Hanım’a döneceğim. Burada bir tehlikeden

bahsetti. Tehlike suçuna girmiyorum artık da, sosyal ağlarda, orada, burada kullandığımız bilgilerin kullanımıyla ilgili bir soru soracağım. Örneğin, okulumuzu yazıyoruz, ailemizi yazıyoruz, onu bunu yazıyoruz, resimleri paylaşıyoruz, meyhanede göbek atarken çekilmiş resimler, bunlar hepsi böyle el altında, çok açıkta duruyor. Bunlar bu bilişim suçları için iştah kabartmıyor mu? Yoksa sınırlı kullanmak mı gerekiyor? Bunu kanunla korumak mı gerekiyor? Ne yapmak gerekiyor?

Av. Nilay ERDEM - Mutlaka, zaten her gün görüyoruz bunu. Dediğiniz gibi hacker olmaya gerek yok, normal vatandaş da bir tanıdığının ya da hiç tanımadığı birinin fotoğrafını alıp dediğiniz gibi sosyal paylaşım sitelerinde profil oluşturabiliyor. Dediğiniz gibi tam olarak bununla ilgili bir suç olmadığı için ne yapılacağı bilinemiyor. Bu sefer konu 5651 ya da diğer yasalarda erişimin engellenmesi, site kapatma gibi mevzulara yansıyor. Bu hep pratikte yaşanan bir şey ama dediğiniz gibi konu ancak kişilik haklarının ihlali noktasında değerlendirilebildiği için mevcut düzenlemeler içinde çok da bir şey yapılamıyor.

Av. Gökhan AHİ - Peki, şu olsa, hani 1981'den bu yana kişisel verilerin korunması kanun taslağı duruyor, hani bu gelse bir şeyleri değiştirir mi, korur mu?

Av. Nilay ERDEM - Sanıyorum o, eksikleri olan bir taslak; özellikle devlet açısından çok fazla istisnası var. Ancak mutlaka bizim de öyle bir yasaya ihtiyacımız var.

Av. Gökhan AHİ - Anlaşıldı.

Bu arada ben Ramazan Bey'e döneceğim. Siz Ticaret Üniversitesi'nin Hukuk Müşavirisiniz aynı zamanda. Ticaret Üniversitesi'nde bir not sistemi var, artı, içinde öğrencilerin mail sisteminin olduğu, bir portal işletiyorsunuz ve bu portalın içerisinde herkesin giremeyeceği, sadece akademik personelin girebileceği bir bilgi ağı da var. Hiç başınıza bir şeyler geldi mi? Not değiştiren öğrenci oldu mu?

Av. Ramazan ARITÜRK - Yok, yok. Ben size şöyle söyleyeyim: Şu ana kadar böyle bir talihsiz bir kazayla karşılaşmadık aslında ama bizim üniversitemizin teknik konularda iyi bir desteği var. Bu sebepten dolayı sürekli bizim bilgi işlemler yeniliyor kendisini. Hatta mütevelli heyeti bu konuda hızını alamadı; dünyaca ünlü bir şirketle üniversitenin bilgi altyapısının yeniden oluşturması için bir aylık bir çalışma yapıldı; Üniversitenin bütün bilgi altyapıları yeniden gözden geçirildi, çünkü böyle bir ihtimalden bahsedilmişti.. Böyle bir çalışma var. Çok şükür şimdiye kadar olmadı.

Av. Gökhan AHİ - Ya da haberiniz yoktur Bu da çok normal.

Av. Ramazan ARITÜRK - Ben buna katılıyorum. Bizim bildiğimiz kadarıyla haberimiz yok. Arkadaşlar, kalkıp da yüzde 100 demek çok mümkün değil. Çünkü dünyanın en iyi korunan Pentagon'una girip çıkıyorlarsa ve 6 ay boyunca Pentagon'un bundan haberi yoksa bizim şurada İstanbul Ticaret Üniversitesi'ne birilerinin girmesi mümkündür.

Av. Gökhan AHİ - Suç yok mudur? Haber yoksa suç da yoktur.

Av. Ramazan ARITÜRK - Aslında arkadaşlar, şurada ben şöyle düşünüyorum: Bu bilişim suçları günümüzde hakikaten çok yeni. Temel özgürlüklerle, diğer insanların haklarını ihlal etme konusu çok hassas bir çizgide gidiyor burada; Bu işin ne kadarı özgürlük, ne kadarı değil? Katılmadığım bir noktayı belirtmek istiyorum. Üniversitedeki hocaların veya akademisyenlerin veya birilerinin deneme maksadıyla birtakım böyle hackerlik yapmasının hukuka uygun olarak değerlendirilmemesi gerektiğini düşünüyorum. Biz buna böyle bakamayız. Baktığımız takdirde o zaman herkes *“Ben bunu araştırıyordum, merak saikiyle bunu yaptım”* diyerek savunma yapabilir. Bu halde de herkesin özel birtakım bilgileri başkasına geçebilir ve biz bunu denetleyemeyiz. Arkadaşlar eğer bilgi edinilecekse, bunun bir yolu, yöntemi olması lazım. Bunun için bir deneme sahası olması lazım. Bu durum, elimdeki silahın ateşleyip ateşlemediğini anlamak için Sultanahmet Meydanı’nda bir iki kişiye nişan alıp ateşlememe benziyor. O sebepten dolayı bu bilişim suçları konusunda ben bu tür işlemlerde biraz daha muhafazakâr davranıyorum. Çok kolay bir şey değil ama yasanın bu konuda çok daha iyi düzenlenmesi lazım. Ben de 5237 sayılı Yasa’nın 765 sayılı Yasa’ya göre daha mantıklı bir sistematik içinde düzenlendiğini düşünüyorum. Öte yandan da günümüz teknolojisine karşı yetersiz kaldığını düşünüyorum. Özellikle bilişim suçları konusunda önümüzdeki zamanlarda mutlak surette bu durumun düzelmesi gerektiğini düşünüyorum. Hatta kanunun çıktıktan hemen sonra bu bilişim suçlarıyla ilgili yeni düzenlemeler

yapıldı, bugün de buna ihtiyaç var diye düşünüyorum.

Biraz önce kredi kartlarıyla ilgili verilen çok güzel bir örnek vardı; kredi kartının bilgilerini aldım, X marketten verilenleri karta ben yükledim ve ben burada işlem yapıyorum. Oysa kanunda “Bir başkasının sahip olduğu kredi kartı”, yazıyor. Ancak olaydaki kredi kartı başkasının değil. Kart fiziki olarak bana ait. Ancak içindeki bilgiler başkasına ait. Kanun hazırlanırken bunlar düşünülmemiş.

Av. Gökhan AHİ - O halde suçun oluşup oluşmayacağı konusunda tereddütler hâsıl olabilir.

Av. Ramazan ARITÜRK - Tabii ki. Eğer suçta ve cezada kanunilik ilkesi varsa ki var, böyle bir durumda siz faile ceza veremezsiniz. Neden ceza vereceksiniz? Kanunda böyle bir şey düzenlenmemiş. Sayın Başkan, bu tür tartışmalar gelecek için iyi oluyor. Buradaki birçok arkadaşımız, özellikle de öğrenci arkadaşlarımız, önümüzdeki zamanlarda bunları tartışarak daha iyi sonuçlara varabiliriz.

İki gün önce, arkadaşlarımdan söylediği sosyal paylaşım sitesinde, bizim büroyla ilgili bir olay yaşadık: Benim kimlik bilgilerimi alıp, müvekkillerimizden para toplamaya çalışmışlar. Neyse ki müvekkiller “Allah Allah, Ramazan böyle iş yapmazdı ama” demişler. Sonra müvekkiller telefonla bize döndüler de durumu düzeltebildik (Gülüşmeler)

Av. Gökhan AHİ - Üstat, böyle bir para toplanırsa haberimiz olsun!!! (Gülüşmeler)

Galiba savcım bir katkı yapacak, daha sonra da Volkan Bey.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Hemen üstüne okuldan çalınan bilgi ile ilgili bir örnek vermek istiyorum Ben bir askeri lisede okudum ve oradan mezun oldum ama ismini vermeyeyim.

Salondan - İki tane var.

Av. Murat Volkan DÜLGER- Yok, dört tane var.

Yıl 1990, daha 1991'deki o ceza kanunu değişiklikleri falan daha yok. Bizde de çok gelişmiş, çok güzel bir bilgisayar laboratuvarı var. Çünkü o zamanlar, devlete ödenen vergiler ilgili yerlere aktarılıyordu. Okulda her şey bilgisayar üzerinden gidiliyor ve sistem şöyle işliyordu: Bir hafta sırf sınav oluyor, sınavların olduğu hafta ders olmuyordu. Diyelim ki fizik sınavı var; lise 1, lise 2, lise 3 aynı anda fizik sınavına girerdi. Sınav sorularını da fizik bölümü hazırlarlardı. Ancak o dönemin Öğretim Başkanlığı, sınav sabahında soruların hemen bastırılıp getirilebilmesi için, bunların bilgisayar sisteminde tutulmasını istedi. Tabii, askeri lise öğrencileri zeki oldukları kadar da yaramazlardır. Bizim üst sınıflardan bazı ağabeylerin okuldan atılma ihtimali vardı. Normalde eğitim dışında giyilmeyen kamufajları giyiyorlar ve bir akşam başkanlığın önünde nöbet tutan askeri etkisiz hale getirip, bilgisayarları sökerek bu sınav sorularını ele geçirmişler. Bilgisayarların içinden bu soruları alıyorlar ve bastırıyorlar. Soruları çoğaltıp dağıtıyorlar ve sorular bir gün önceden çözülüyor. Çoğaltıp dağıtıyorlar ve sorular bir gün önceden çözülüyor. Herkes aynı soruların çıktığı sınava giriyor. Sınava girerken de

“Notları daha önce iyi olanlar çok iyi yapmasın, kötü olanlar da abartmasın ki dengeleyelim” deniliyor. Aradan bir, iki tane çatlak çıkıyor. Normal zamanlarda fizikten hep sıfır aldıkları halde bu sınavdan yüz alıyorlar ve haliyle bu durum bir hayli dikkat çekici hale geliyor. Yapılan bir araştırma sonucunda yetkililer durumu anladılar. Kısaca, bu iş ortaya çıktı. O çocukların cezalandırılmaları gerekiyordu ve o zamanki dönemde bilişim suçlarını içeren bir ceza yasası yoktu. Buna rağmen çocukların hepsi okuldan atıldılar. O arkadaşlar bu hareketleri internetin olmadığı bir ortamda icra ediyorlar. Ancak, bugün sınırsız bilgi ve imkân kaynağı internet var. Ticaret Üniversitesi’nde buna benzer olayların olup olamayacağını bilemiyoruz. Ama bunlar hep olabilen ve bence olmaya devam da edecek.

Muammer YÜCEL - Öncelikle ben meslektaşına teşekkür ediyorum, Unvanlarımıza bakılırsa, benim daha muhafazakâr davranmam gerekirken de bu rolü o üstlendiği için ben daha rahat konuşacağım.

Sosyal mühendislik benim hobi alanlarımdan biridir. Çünkü balın sineği çektiği gibi sürekli sosyal mühendislik girişimlerine muhatap oluyorum. Bunun mağduru durumundayım. Çankaya Emniyet Amiri tarafından bir yakını ya da bir müvekkili ya da kendisi aranmayan var mıdır? Yok değil mi?

Salondan - Hep Çankaya’dan arıyorlar değil mi?

Muammer YÜCEL - Evet.

Aslında Türkiye sosyal mühendislik bir

hayli yaygın bir uğraş haline geldi. İzin verirsiniz Türk tipi sosyal mühendisliğin güzel bir örneğini sizinle paylaşmak istiyorum Birisi sizi “Be, Çankaya Emniyet Amiri’yim” diye arıyor arka fondan “amirim, mamirim” biçiminde bir takım telsiz sesleri duyuluyor. “Sizin telefonunuzdan PKK’yla görüşme yapılmış. O nedenle bizim bunu çözmemiz lazım. Bize şu kadar kontör atarsan, seni olaya dâhil etmeden bu işi çözeriz” deniliyor. İfadesini aldığım, kontör satan bir telefoncu dedi ki “Adam telefonla konuşurken hazır olda duruyordu. “Emredersiniz” diye konuşuyordu”.

Bakın, elimde sizler için sakladığım birkaç örnek var. Bir tanesi şu: Bu kısa mesaj, bana Ramazan Bayramı civarında gelmişti. Lütfen cümlelere de dikkat ediniz: “Değerli abonemiz, S’nın “P.yaşatır seni!”, Ramazan Bayramı’na özel kampanyasından 100 000 ve 10 000 lira ödül ikramiyesinde hattınız 1 500 hat arasından 9. çıktı. 10 000 TL ödül ikramiyesi kazandınız. P. bilgi ve işlem için filan filan filan numarayayı arayınız. P. genel merkezleri”.

Size bir şey söyleyeyim mi? Aynı dönemde burayı arayıp 3 700 lira civarında bir miktardaki kontörü gönderdikten sonra “Ya, sizin bir de veraset intikal vergisi ödemeniz lazım. Çabucak bize iki tane 800 liralık havale yapın” denildiği için, bu iki tane 800 liralık havaleyi yapıp da sonra dolandırıldığını anlayarak şikâyete gelen insanlarla karşılaştım.

Av. Gökhan AHİ - Bakın, ben size şöyle söyleyeyim Savcım: Bu suçun mağduru olarak avukat dahi bize geldi. Artık siz anlayın.

Muammer YÜCEL - Hatta evet, bu doğru, Küçükçekmece’de çalıştığım zaman dilimi içerisinde nöbetçi olduğum bir akşam 84 yaşındaki annem İzmir’den beni aradı, dedi ki “Evladım, Ankara’dan bir emniyet amiri arayıp duruyor. Numarası şu. Bir ilgilenir misin?”

Av. Gökhan AHİ - Tabii, zevkle ilgilenirim.

Muammer YÜCEL - Tabii, tabii. Aradım. Adam ısrarla emniyet amiri olduğunu söylüyor. Diyorum ki “*Beyefendi, bakın, ben Küçükçekmece Cumhuriyet Savcısıyım, hatta şu anda Nöbetçi Cumhuriyet Savcısıyım. Lütfen konuyla ilgili belge varsa savcılığımızın faks numarası şu, gönderin ya da bana makam telefonunu ver, ben seni arayayım*”. Tabii ondan sonra birbirimizin hal ve hatırını sorduk ve kapattık.

Ama arkadaşlar, bakın, sosyal mühendisliği sadece bilişim sistemine entegre edersek ileriki süreçte ortaya arızalar çıkar. Çünkü sosyal mühendislik kavramına, Kartepe’deki Çalıştay’daki bir sosyolog arkadaşımız, önce şiddetli bir biçimde karşı çıktı ve dedi ki “*Ne demek sosyal mühendislik?*” Ondan sonra Kevin Mitnick’in getirdiği bir kavram olduğunu filan dilimiz döndüğünce anlatmaya çalıştık. Sosyal mühendislik kavramı yaşamın her alanında uygulanabiliyor dedik. Bir bakıyorsunuz “*MSN’deki arkadaşınızın online olup olmadığını görmek ister misiniz*” diye bir e-mail geliyor, tıklıyorsunuz, gidiyorsunuz. “*MSN hesabınızla şifrenizi girin, size software yollayalım*” deniliyor. Giriyorsunuz ve anında heckleniyorsunuz. Benim kanaatimce bu bir sosyal mühendislik eseri ama burada bir kavramı tartışmaya başlamalıyız diye düşünüyorum. Bu konu Sayın

Dülger'in de tartışmalara katıldığı bir konu; Bilişim suçları, bilişim aracı kılınarak bilişim marifetiyle işlenen suçlar gibi bir ayrıma gitmek zorundayız diye düşünüyorum; öyle değil mi Sayın Dülger?

Av. Gökhan AHİ - Zaten aslında teoride de, şu ana kadar yazılan kitaplarda da genelde böyle bir ayrıma gittiklerini görüyoruz. Bu şekilde değerlendiriyorlar. Mesela, Avrupa Siber Suçlar Sözleşmesi var. Avrupa Hukuku'nda, ağa karşı işlenmiş suçlar, veriye karşı işlenmiş suçlar, sisteme karşı işlenmiş suçlar ayrımı varken, biz korunan hukuki değere göre veya suçun işleniş şekline göre sınıflandırmışız.

Muammer YÜCEL - Evet, ama sonuçta uyguladığımız yasa maddeleri aynı olduğu için sonuç değişmiyor.

Av. Gökhan AHİ - Bu arada ben şuna takmış durumdayım: TCK md., 244 verilere karşı işlenmiş suçlar için yapılan bir düzenleme. TCK md. 243'te sisteme giriyoruz, ama TCK md.244'te hem verilere müdahale ediyoruz, hem de sistemi işleyişini değiştiriyoruz; engelliyoruz, virüs gönderiyoruz veya çalışma sistemini değiştiriyoruz. Bunlar güzel de, TCK md.244/4 bana tuhaf bir madde gibi geliyor; suçta ve cezada kanunilik ilkesine ters bir madde gibi geliyor. Aynı mı düşünüyoruz Volkan Bey?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Aynı düşünüyoruz. Çünkü niye aynı düşünüyoruz? Malum, ceza yasasında suçla korunan hukuki değere göre bir sistematik var.

Av. Gökhan AHİ - Hatta, aslında maddeyi okursak hatırlamış oluruz.

Av. Murat Volkan DÜLGER- Diyor ki, “Yukarıdaki fıkralarda tanımlanan fillerin işlenmesi suretiyle kişinin kendisinin veya başkasının yararına haksız bir çıkar sağlamasının başka bir suç oluşturmaması halinde 2 yıldan 6 yıla kadar hapis” diyor.

Av. Gökhan AHİ - Çok enteresan değil mi? Diyor ki, eylem yok, bir şey yok, yukarıdaki eylemlerden bir menfaat elde edilirse ki hangi eylem menfaatsizdir onu bilmiyorum, başka bir suç yoksa eğer 2 yıldan 6 yıla kadar diyor; çok tuhaf değil mi?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Esas problem şu: Hep bilişim suçları, bilişim suçları diyoruz ve bunun sonucunda da bize bilişim hukukçusu diyorlar. Ancak bilişim suretiyle, bilişim araçları suretiyle işlenen suçların, örneğin 100 tane suç işleniyorsa bunun zaten 96, 97 tanesi klasik suçların sanal ortamda gerçekleştirilmesidir; yani az önce anlattığım ventilatör örneğinde olduğu gibi, tabancayı çekip vurmuşsun veya ventilatörü bilişim sisteminden kapatıp adamı öldürmüşsün. Ortadaki eylem, yani adam öldürmek eylemi aynı. Burada ne yapılabilir? Bilişim suretiyle işlenmesi nitelikli hal olarak düzenlenebilir. Çünkü faile ulaşmak çok daha zor, öte yandan failin bu işi yapması çok daha kolay. Hukuki ve sosyolojik temele dayanan fikirlerle, mantıklı düzenlemeler yapılıyor, ancak belirli bir noktaya geliyorsunuz ki burada sırf doğrudan hedef alınan nokta bilişim sistemi veya mağdurun veya suçtan zarar görenin kullandığı sisteme karşı yapılan

eylemler. Bunlar için ayrı suç tipleri düzenlenmiş. Buraya gelmiş, yasa koyucu bunları yapmış, daha sonra 244/4'ü koymuş. Bunları yapmaktaki düşüncesi şu: Oraya girer, buraya girer, şuraya girer, ama öyle eylemler olur ki ben bunu şu an göremiyorum, onlara girmezse, oradan sekirse buraya girer; mentalite olarak çok kötü değil, düzenleme olarak kötü. Çünkü belirlilik ilkesine aykırı. Hangi eylemler, hangi suç tipinde nasıl cezalandırılacak bilemiyorum.

Av. Gökhan ALTİ- Ama biz ne diyoruz? Suçta ve cezada kanunilik ilkesi geçerlidir. Bu ilke dünyanın her ülkesinde, hatta eminim ki Afrika ülkelerinin çoğunda dahi geçerlidir. Bilmiyorum Serhat bu konuda ne diyecek.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ama bakın, şöyle bir şey var, diyor ki “Yukarıdaki fıkra da tanımlanan eylem”; yani 1’de, 2’de, 3’te ne varsa, bu eylemlerin neticesini düzenliyor. Ayrıca bir de zarar verirsen, seni buradan cezalandırırım diyor. Bir de bu maddenin şöyle bir kötülüğü var, Savcım da onlarla aynı görüşte olmadığı için atış serbest; rahat söyleyebilirim. Yargıtayımız TCK md.245 gibi bazı torba hükümleri çok seviyor. Hukukçu olup kafa yormaktansa, örneğin kredi kartını görünce işiniz bitti. Örneğin deminki emniyeti suiistimal suçu örneğini ele alalım. Sayın Savcım da emniyeti suiistimal diyor ama eminim ki böyle bir dava konusu olduğunda, Yargıtay “K” harfini görünce o iş bitmiştir. Hüküm TCK md. 245’ e göre kurulur. Yargıtay, şunu bile tartışma gereğini hissetmeyecek: “Burada failin tek eylemiyle yasanın birden çok maddesi

delinmektedir. Burada fikri içtima olabilir mi?” diyemeyecek. Bunu bile düşünmeden, kredi kartını görüp TCK md.245’e girecek. TCK md. 244/4’te de böyle bir şey var, çünkü dolandırıcılığa ve hırsızlığa baktığınızda dolandırıcılıkta ve hırsızlıkta bilişim sistemlerinin kullanılması nitelikli hal olarak düzenlenmiş, ben böyle bir karar bilmiyorum; her şey 244/4. Bu madde şüphesiz sıkıntılı maddelerden birisi.

Av. Gökhan AHİ - Hayır, sıkıntısından vazgeçtim ama TCK md. 244/4 her bilişim suçlusunun kafasında sallanan bir kılıç gibi duruyor.

Muammer YÜCEL - TCK md.244’ teki eylemler hırsızlığın konusu olabilir sorusunu sorduğunu hiç düşünmüyorum. O da atıl bir madde olarak kaldı ve sözlerim tartışma yaratabilir ama Yargıtay burada “*Bu madde çok atıl kaldı, uygulanamaz kaldı, bari biz bunların tümünü burada toplayalım*” diye bir düşünceyle olsa gerek, bu şekilde uygulamaya başladı.

Av. Gökhan AHİ - Ki 6 sayfa sadece karşı oyu var o kararın.

Muammer YÜCEL - İşte, konuya birazcık derinlemesine giren, biraz analiz eden meslektaşların bunu ortaya koyacağından eminim ama bu maddenin sadece işlevsiz kaldığı düşünülerek bilişim sistemini kullanmak suretiyle hırsızlık suçu oluşur diye düşünmemek lazım.

Av. Gökhan AHİ - Aslında işlevsiz de değil, örneklerini burada verdik. Bir fabrikada malları soyacaksınız, aslında yapmış olacağınız eylem klasik hırsızlık. Hırsızlığın tanımı

da nedir? Bir kimsenin rızası olmadan onun zilyetliğinde olan malı kendi zilyetliğinize ve tasarrufunuza geçirmektir. Tanım bu kadar. Siz bunu bilişim vasıtalarının sağladığı kolaylıkla yaparsanız, kişinin malını koruyamayacak durumda olmasından yararlanarak yaparsanız, iki kişiyle işlerseniz verilecek cezalar arttırılır. Silahla işlerseniz artırıcı bir sebeptir, pardon gasptır falan filan, böyle gidiyor.

Muammer YÜCEL - Güvenlik kameralarının internet üzerinden kontrolü mümkün ise hacklanması de mümkündür.

Av. Gökhan AHİ - Çok basit bir mantık, evet.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bir şey eklemek istiyorum; oradaki görüşe tamamen katılıyorum, çünkü şu unutulmuş: Suçun nitelikleri düzenlendiğinde suçun temel şekli değiştirilmiyor, temel şekli olduğu yerde duruyor, teorik açıdan da bu böyle. Yalnızca deminki gibi bazı eklemelerle suçun işlenmesi daha kolaylaştıran veya zorlaştıran veya sonucunu arttıran unsurları düşünüp nitelikli hal yapıyor. Buradaki çözüm şu: Yine aynı bölümde, mala karşı suçlar içinde bilişim hırsızlığını, bilişim dolandırıcılığını ayrı birer madde haline koyacaksınız, hangi eylemlerin nasıl olabileceğini de oraya tanımlayacaksınız ve tıkr tıkr uygulayacaksınız. Nitelikli hal uygulaması çözüm değil, Yargıtay da buradan gidiyor.

Av. Gökhan AHİ - Hatta biz, Serhat hatırlıyorsunuzdur, bu bilişim vasıtasıyla hırsızlık konusunu daha önce tartışmıştık: Bankada duran para, bankada bankanın zilyetliğinde

duruyor, ama elektronik olarak duruyor, fiziki olarak bir para yok. Bu paranın fiziki olarak değil, ama elektronik olarak bir veri olarak yer değiştirilmesi hırsızlık suçunun tanımına girer mi bir kere? Girmez demiştik.

Av. Serhat KOÇ - Bence girmez, ben de aynı fikirde olduğumu söylemişim. Orada veri değiştirme olabilir. Sonuçta olsa olsa veri değiştirme olabilir en fazla, çünkü eğer o sistemde duran bir paraysa; biz onu para olarak değil, sistemde kayıtlı bir veri olarak görüyoruz. Siz o parayı başka bir yere gönderdiğinizde aslında bir veriyi başka yere göndermiş oluyorsunuz. Bunları hep söylediğimiz gibi, Volkan Bey çok güzel söyledi: Yargıtay hukukçu olup gerçekten olayları değerlendirmek yerine, kredi kartı gördüğünde sürekli kredi kartı maddesini uygulamaya çalışıyor. Ben de suçta ve cezada kanunilik ilkesi nerede kalıyor gerçekten anlamıyorum. :Belki daha yeni hukukçu olduğumdandır, çok fazla bir şey söylemek istemiyorum Yargıtay hakkında ama sürekli bu tür şeyler var. Mesela o maddede “*kredi kartını her ne suretle olursa olsun ele geçirmek*” diye bir cümle var, onu da tartışmak isterim. Bu maddelerin, 243’le başlayan maddelerin başlığı bilişim suçlarıdır. Buna rağmen orada “*Her ne suretle olursa olsun*” diye bir şey geçiyor ve ben de “Bilişim marifetiyle her ne suretle olursa olsun” şeklinde anlıyorum. Ancak hem Yargıtay, hem de doktrinde bazı hocalarımız, “Her ne suretle olursa olsun” u gerçekten öyle algılıyorlar; yani Yargıtay’ın da bir kararı vardı yanlış hatırlamıyorsam, bankamatik önündeki kişileri etkisiz hale getirip kartlarını alıp öğrendikleri şifreyle kartlarından para çekmeyi de 245’e sokmuştu

Cidden kötü ve tutarsız bir karardı.

Av. Gökhan AHİ - Aslında orada bir yağma suçu var.

Av. Serhat KOÇ - Bu kadar basit şeyler bile nasıl algılanamıyor? Gerçekten bilişim denilince insanların kafası çok karışıyor herhalde.

Av. Gökhan AHİ - Peki, şöyle bir şey olur mu? Ben şimdi klavyeyi aldım, birisinin kafasına vurdum, bu bilişim suçu olur mu?

Av. Serhat KOÇ - Bu soru bize çok soruluyor. İnsanların kafası karışık. Çünkü bilişim sisteminin ne olduğu sorusuna bilgisayar mühendisleri bile cevap veremiyorsa, teknik bilgiye sahip olmayan insanların kafasının karışık olması çok normal. Bilişim sistemini kanuna yazmışız ama bilgisayar mühendisleri bile bunun ne demek olduğunu açıklayamıyor.

Av. Gökhan AHİ - O zaman sorunumuz biraz uygulamada. Tamam, maddeleri tartışıyoruz, haklısınız maddelerde saçmalıklar var ama bunlar uygulamayla, içtihatla düzelecek diyoruz. Ancak uygulamada özellikle delillerin toplanması konusunda birtakım aksaklıklar var.

Av. Gökhan AHİ - Delil toplama kısmına sonra geleceğim. O da çok önemli bir konu ama delil toplamayı tartışmak için önümüzde biraz daha süre var. Bu oturumun sona ermesi için daha 40 dakikamız var.. Uyumayın! 40 dakikamız daha var Biz burada tartışmaya devam ediyoruz. Uygulamaya gelelim. Uygulamada neler yaşıyorsunuz? Ne oluyor? Ne bitiyor? Bir sürü dava var, bu davalarda hakimlerin, sav-

cıların olaylara yaklaşımı, polislerin yaklaşımı ne şekilde? Bu arada savcılar dikkatli olun.

Av. Serhat KOÇ - Sonuçta 5651 Sayılı Kanun'da yaşanan şey, belki 5237 Sayılı Kanun'da da yaşanıyor diyebiliriz. 5651 sayılı Kanun yapıldığında Web 2.0 yoktu. Erişimi engellemelerle birlikte gündeme geldi ve olmadığı için bütün kanun aslında çok büyük bir hukuksuzluğa yol açar gibi bir şeyle karşılaştık. Niye? Çünkü kanun yapıldığında olmayan bir teknik durum, bugünlerde ortaya çıktı. Kanunun aslında ilgilendiği temel konular, bugün en çok işleyen, hukuksuzluğu en çok yapılan ortamlardan birinde oldu. TCK' da da bilişim sistemi denilmiştir. Ancak, örneğin savcım sürekli bir ve sıfırlar diyor; yakın gelecekte bir ve sıfırların dışında da bilişim sistemi olacak. Bugünün bilişim sistemini Ahmet Koltuksuz Hoca, bize İzmir'de verdiği seminerde bir ve sıfırlar olarak tarif etmişti ve insan ve bilgi işleyen elektronik sistemler birleştiğinde bilişim sistemi olur demişti. Ancak yakın gelecekte insansız bilişim sistemleri de olacak. Mesela bu Türk Ceza Kanunu 20 yıl sonra değişmemiş olursa veya yeni bir madde eklenmemiş olursa böyle bir sorunla da karşı karşıya kalabilir. Çok önceden konuşuyorum ama sonuçta determinist; yani kararı, ne yapacağı belli olan sistemler yerine non-determinist, ne yapacağı belli olmayan, bir ve sıfırın dışında da girdiler girilebilen, kendi kendine karar verebilen, insan iradesi olmadan çalışabilen sistemler olduğunda, onlara karşı bir suç işlendiğinde yine TCK md. 243'ü mü uygulayacağız? Oraya girmek ve kalmak ne olacak? Açıkçası, ben bu

ve bunun gibi olası sorunları şu andan itibaren bile düşünmek istiyorum.

Av. Gökhan AHİ - Mesela, akıllı buzdolabı kafasına göre her gün alışveriş yapıp, bir de markete borçlu olur, bunun sonucunda icra takibe gelirlirse “ Ben almadım, makine almış...vb.” diye itiraz edebilecek miyiz?.

Muammer YÜCEL - Bir diğer yandan, Sayın Dülger az önce “Suç orada duruyor. Suçu tabir yerindeyse, biraz makyaj yaparak farklı bir suça dönüştürüyoruz.” dedi.

Uygulamada karşılaştığım bir soruşturma oldu. Belki içinizde o soruşturma ile ilgili olan meslektaşım vardır. Bir çete vardı. Bu çete bir bankanın ATM'lerinin ön paneline, ayrıca bir panel yerleştirmek suretiyle banka ve kredi kartı bilgilerini alıyordu. Siz gidiyorsunuz ATM'ye, kartınızı takıyorsunuz. Hiçbir sorun yok. Key pad'ın üzerinde bir tane mikro delik var. Onun üzerinde ise küçücük bir kamera var. Şifrenizi giriyorsunuz, yapacağınız işlemi yapıp paranızı çekiyorsunuz ve kartınızı ile paranızı geri alıyorsunuz. Buraya kadar hiçbir sorun yok. Normal bir şekilde makbuzunuz basılıyor. Onu da alıyorsunuz. Çete üyeleri daha sonra o ön paneli ilintilendirilmiş cihazda biriken bilgileri alıp bilgisayar yardımıyla bir başka şirketin kartının manyetik bandına yükleyip kullanıyorlardı.

Burada “Bilişim suretiyle hırsızlık mı” demeliyiz? TCK md. 158 maddede yer aldığı gibi bilişim sistemlerinin araç olarak kullanılması suretiyle dolandırıcılık mı demeliyiz? Yoksa bir başka suç mu oluşur? Öyle olaylarla kar-

şlaşıyoruz ki konumuz olan bilişim suçlarına ilişkin maddelerin tamamının, bizi ileriye götürebilir, ileriye görebilen, kapsamlı maddeler olması gerektiğini düşünüyorum

Bilmiyorum, belki Sayın Dülger farklı bir açıklama getirebilir ama sadece buna ayrılmış bir bölüm ve o bölümde de olabildiğince ucu açık maddeler olması gerekiyor diye düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Ben yine uygulamaya döneceğim, uygulamaya tam giremedik. Aslında uygulamayla ilgili bir şey de anlatmak istiyorum.

Salondan - Sayın Başkan, bir sorum var.

Av. Gökhan AHİ - Ben en başta, istediğiniz zaman söz isteyebilirsiniz demiştim. Şu ana kadar isteyen olmadı ama isteyen olursa veririm. Peki, buyurun bakalım..

Katılımcı - Serhat Koç Bey sıfırlardan ve birlerden bahsetti, gelecekte değişebilir dedi.

Av. Gökhan AHİ - Bu arada Katılımcımız mühendis hukukçularımızdandır. Kendisi, hem mühendis, hem de hukukçudur.

Katılımcı - Bilgisayarlar biliyorsunuz analog bilgisayarlardır. Bunlar voltaj ve akım kullanırlar. Bilgisayarların voltaj veya akım kablolarının kalın olması gerekir. Ayrıca çok da hassastırlar,fakat büyük bir süreorganik bilgisayarlar için daha sıfır ve bire ihtiyaçları var? O zamanki bilgisayarlar da yine sıfır, bir kullanacaklar.

Av. Serhat KOÇ - Evet, organik bilgisayarları söylemeye çalışmıştım.

Katılımcı - Fakat kedilerine yüklenen ilk programlara ilave olarak gördükleri ve ölçtüklerini alıp değerlendirerek onlardan bir şey öğrenip ona göre hareket etme yeteneğine sahip olacaklar. Teşekkür ederim.

Av. Gökhan AHİ - Ben teşekkür ederim.

Uygulama demiştik. Soru var değil mi? Tabii.

Katılımcı - Sorum “ DS” ne??? demek? ??? orada kalmak, ama ??? diye bir ??? var. Burada ne oluyor? ...??? yaparsak...???

Av. Gökhan AHİ - Bu soruyu kim cevaplamak ister? Serhat?

Av. Serhat KOÇ -DOS denilen saldırı distributed of services; yani verilen servislerin kitle halinde, yoğun halinde tamamen durdurulmasıdır.. Bu genelde zombi bilgisayarlar kullanarak bir tane bilgisayara veya sunucular toplamına yapılan saldırı oluyor. Bunun tespit edilmesi de bugün oldukça güç. Siz sadece saldırının olduğunu anlıyorsunuz, çünkü saldırıyı yapan kişiye ulaşana kadar arada çok fazla network bilgisayar olduğu için, çok fazla zaman geçiyor.

Av. Gökhan AHİ - Ve de aslında, faile gidebilinceye kadar masum bilgisayarları ince liyoruz.

Av. Serhat KOÇ - Bu zombi bilgisayarlar, sizin evinizdeki bilgisayar da olabiliyor ve haberiniz dahi olmuyor. Belki sadece biraz yaşladığını hissedebiliyorsunuz. Dolayısıyla, benim gördüğüm kadarıyla bunlar suç duyurularında da pek yer almıyor. Çünkü bir şirke-

tin sisteminde “Dedos” hatası olduğunu söylemesi, bilgi güvenliği açısından durumunun iyi olmadığını gösterdiği için şirketin çıkarları ile çelişir. O yüzden “Dedos”lar şu anda hem teknik açıdan, hem de hukuki açıdan çözümsüz olarak gözüküyor. Bu problemin nasıl çözülebileceğini sormuştum fakat çözümünün şu an için son derece pahalı olduğunu ve bunun yanında henüz yüzde yüzlük bir başarı sağlanmadığı şeklinde bir cevap almıştım.

Katılımcı - DOS saldırı başka bir maddede düzenlenmiştir.

Av. Serhat KOÇ - Veriye karşı.

Katılımcı - ...

Av. Gökhan AHİ- Yani “Dedos” saldırısının cezasının ne olduğu mu soruldu?

Katılımcı - Cezası var mı yok mu?

Av. Serhat KOÇ - Cezası kesinlikle var.

Av. Gökhan AHİ - Bir dakika, cezası mutlaka var. Zaten kimse cezası yok demiyor. Ancak sorun şurada: Dedos saldırısında kimin saldırıldığını bilmek ve bunu tespit etmek kolay değil.

Katılımcı - **Dedos saldırıda** genel sorun girme ve kalma eyleminden sonra ortaya çıkıyor.

Av. Gökhan AHİ - Soruyu sorana soralım; soru neydi?

Katılımcı - Eğer bir dedos saldırısının herhangi bir cezai müeyyidesi var mı? Varsa nerede düzenlenmiştir?

Av. Serhat KOÇ - Var, 244.

Katılımcı- Örneğin kişinin, “Dedos” saldırısında yakalandığını düşünelim. Bundan sonra bana ulaşıldı ve, ben dedos saldırısını başlatan insanım. Bana geldiler “*Sen başlatmışsın saldırıyı*” dediler. “*Tamam*” dedim ama ne sisteme girme var, ne de sistemde kalma durumu var.

Av. Gökhan AHİ - “*Tamam*” demişsin yeter.

Av. Serhat KOÇ - Kanun koyucu “Sistemin işleyişini engelleme” diye bir suç düzenlemiş.

Av. Gökhan AHİ - Aslında o maddeye değinmedik tartışma sırasında, sadece TCK md. 244/4’e girdik.

Av. Serhat KOÇ - Biliyoruz diye geçtik, haklısınız.

Av. Gökhan AHİ - 244’ü okuyalım o zaman.

Muammer YÜCEL- Pratikte yaşadık biz bunu, bir soruşturmada yaşadık. Bir adanın reklâm işlerini götüren bir şirketin sahibi bir gün geldi, dedi ki “*Benim sitem dedos saldırısı altında ve ben bunu loglarla ortaya koyuyorum, Bir başka rakip şahıs daha var, onun da aynı adaya yönelik reklam alma operasyonları var ve sadece Alexa’da puanımı düşürmek için dedos ile bloke etmiş durumda, bir haftadır kimse siteme ulaşamıyor*”. Bize tomarlarla logları getirdi ve IP bilgilerini incelemeye başladık. Bu arada, İstanbul Emniyet Müdürlüğü Bilişim Suçlarla Mücadele Şubesi gerçekten konusundaki çok yetkin elemanların çalıştığı bir şube. Oradaki arkadaşlar bu IP numaralarını başka bir software vasıtasıyla analiz ettiler ve bir sefer şüphelenilen şahsın kendi evinden girip o sitenin erişilip erişilmediğine baktığını tespit

ettiler ve o suretle o soruşturmayı çözdük. Ancak her şeyden önce tartışılmaz bir şekilde tazminat hukukunu ilgilendiren yönü var. Bilişim sistemine erişimi engellediği için de çok tipik bir örnek, o fıkraya oturuyor.

Av. Gökhan AHİ - Bu arada uygulamadan örnek anlatacaktım.

Bir dosya geldi, iddianamede olay anlatılmış: Bir web sitesine girilmiş ve web sitesinin ana sayfası silinerek yerine “*the hacker*” şeklinde bir imza atılmış ama hacker “h.e” diye yazılıyor biliyorsunuz. Olayı soruşturan savcılık elde edilen IP numaralarını Emniyet’e soruyor, Emniyet de IP numaraları şu kişilere aittir diye getiriyor. Savcı da bakıyor, 8-10 tane IP numarası arasındakilerden birinde işlem yapan kişilerden bir tanesinin ismi H.E. ve iddianamesinde aynen şöyle yazıyor: “*Eylemi Hakkı Erdem işlemiştir, çünkü isminin kısaltmalarını imza şeklinde kullanarak suçu işlediğini beyan etmiştir*”; yani hacker ifadesinden dolayı Hakkı Erdem’e bu suç isnat ediliyor ve dava açılıyor. Bunun gibi örnekler var.

Ankara’dan sevgili avukat meslektaşımız Özgür Eralp’ ın anlattığı olaylardan biri şudur: Hacker Diablo diye bir adam iki sene boyunca Türkiye’de arandı. Emniyet Teşkilatı’nın bütün birimlerine “Hacker Diablo bulunsun ve ifadesi alınsın” şeklinde yazı yazıldı. (Gülüşmeler) Daha sonra “Hacker Diablo” nun öyle bir adam olmadığı anlaşıldı ve yazılar geri çekildi; bu da uygulamada böyle bir örnekler.

Bir ara IP’ lerin toplandığını söylediler, ama ben inanmıyorum. Belki bir avukat geyiği de

olabilir. IP bilgilerinin toplanması hakkındaki emri, görevliler iplerin toplanması şeklinde yorumlayıp, IP aramışlar şeklinde duyular aldık ama ben bundan emin değilim tabii.

Salondan - Sayın Başkan, buna kızmayalım.

Av. Gökhan AHİ - Yok, kızdığım için değil de ben bir hoşluk olsun diye anlattım. Çünkü biz bir geçiş sürecindeyiz. Burada uygulamacıları eleştirmek için söylemiyorum. Bunlar başa gelen hoş hadiseler ama şunu da unutmamak lazım: Uygulamacıları artık şu şekilde eleştirebilirim: Bundan sonra bu tip suçlarla çok sık karşılaşacağız. Genelde artık önümüze çıkacak; her yerde bilgisayar olacak ve her suçun içinde bilgisayar arayacağız. Bu sebeplerle uygulamacılar kendilerini yetiştirmek zorundalar. Bunu söylemek lazım.

Muammer YÜCEL - Bunun bu tür suçlara muhatap olan hukukçuların bir borcu olduğunu düşünüyorum.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Şimdi aramızda olmadığı için kendisini saygıyla da anaçığımız Avukat Fikret İlkiz üstadımızın bu konuda çok güzel bir örneği vardır. 2000'li yılların başında yanlış hatırlamıyorsam ağır ceza mahkemesinde görülen bir web sitesinin kapatılması davasında kendisi sanık müdafiydi. Kolluk görevlileri sanığın lap topuna el koyuyor ve hakime götürüyorlar. Amaçları laptopu hakime göstermekmiş. Öte yandan, hakime laptopu gösterebilmek için onu açıp; bu böyle olur, şu şöyle olur diye izah etmek için laptopu açmaya çalışıyorlar. Siyah renkteki lap top ha-

kime garip geliyor ve hakim diyor ki: “Hop hop kapatın onu, burası mahkeme salonu, böyle bir şey yapamazsınız!”. Tabii Fikret Bey “*Ya, nasıl olacak, bunu göstermeden nasıl anlatacağız*” diye isyanlarda. İşte, o günlerden bugünlere geldik.

Hemen bizi uygulamada yönlendiren iletişimin engellenmesiyle ilgili bir örneğe, geçmek istiyorum. Normalde teknik olarak suç unsuru barındıran bir sayfanın, bir resmin, herhangi bir şeyin kaldırılması, kapatılması tabii ki mümkündür. Ancak uygulamadan alıştığımız için hemen sitenin erişiminin engellenmesini talep ediyoruz. Hâlbuki sitede binlerce sayfa var. Kadıköy’de bir asliye hukuk mahkemesine gittik. Yaşı oldukça büyük bir hakime hanımdan, tamamının erişiminin engellenmesini istedik. Bir gün sonra kaleminden telefon edip bizi çağırdılar. Ben de gittim. Hakime hanım beni odasına oturttu ve bir kahve söyledi. Sonra da “*Bakın, siz bu konulardan anlıyorsunuz da, benim yeğenlerim bilgisayardan çok iyi anlıyor. Kendileriyle oturdum ve bu siteyi gösterdim. Nasıl böyle bir talepte bulunursunuz? Çünkü yalnızca sizin istediğiniz sayfaların, resimlerin kalkması bu suçun unsurunu ortadan kaldırıyor*” dedi. Söylemeye utandım ama söyleyebilseydim şöyle diyecektim: “*Verin, elinizi öpeyim, bizi anlayan bir tane hakim ile karşılaştık*”. “*Aa! Ben hemen düzeltirim*” dedim ve hemen düzelttim. O da hemen o resimleri kaldırttı. Böyle hukukçular da var.

Demin Muammer Bey’le de aynısını görüştük. Gerçi biz yıllardan beri bunları görüşüyoruz ama hakim, savcı, avukat olmak önemli

değil, hukukçu olmak, hukuk mesleğine gönül vermek; Bilişimciyseniz bilişime, cezacıysanız cezaya, yaptığınız işi iyi yapmaya çalışmak; önemlidir.

Av. Gökhan AHİ - Buna katılıyorum ama şöyle bir olgu var: Artık karşımızda başka bir alan, disiplin var; bu da her hukukçunun önünde var. Artık bir icra hukukçusu, ceza hukukçusu, gayrimenkul emlak hukukçusu gibi ayrımların bir anlamı yok. Çünkü öyle bir noktadayız ki, adam öldürmek suçunda bile, fail ile mağdurun bilgisayarları veya başka eşyaları, belki delil elde edilebilir şüphesiyle inceleme altına giriyor. Artık her ticari uyumsuzluğun içerisinde bir veri unsuru; bir yazışma, mailleşme var. Bunu artık inkâr edemeyiz. Bunu her hukukçunun artık basit de olsa teknik bilgiye, en azından arkada ne gibi sahip olma zorunluluğu var. Bilmiyorum yanılıyor muyum? Bunu sadece hukukçu, avukat olarak sınırlamayalım; hakimin de, savcının da, hatta, bilirkişilerin de daha iyi bilmesi lazım çünkü ne yazık ki, uygulamada bilirkişilerin çok da bilir olduklarını söyleyemiyoruz.

Av. Serhat KOÇ - TTK tasarısında zaten hüküm var. Bu nedenle elektronik verilerin delil niteliğinde olması için sorular var.

Av. Gökhan AHİ - Evet, buyurun.

Av. Ahmet ERDOĞAN - ...??? İnsanlık tarihi ???... 24 saat olarak ??? ateş 12. saatte bulundu. Yazı 15-16 saatte bulundu. Sonra da 1953'te transistörün bulunuşuyla buluşlar saniyelere indi. Burada mahkemelerimizin internetin gelişimini Avrupa Kara Hukuku içinde

yakalaması mümkün değil. Başka bir ifade ile tasarı hazırlanacak, meclise gidecek, ardından uygulamaya geçilecek. Acaba sistem burada Anglo Sakson Hukuku'ndaki gibi içtihatlarla mı yürüyecek?

Av. Gökhan AHİ - Aslında bir üstünlük, çünkü içtihatlarla yürüyen bir sistem.

Av. Ahmet ERDOĞAN - Hakim davaya bakacak, sonra olaya bakacak ve buna göre karar verecek.

Av. Gökhan AHİ - Biraz içtihatlarla yürüyen bir sistem.

Av. Ahmet ERDOĞAN - Daha yakın takip edecek. Bu konuda görüşünüz varsa dinlemek isterim.

Av. Gökhan AHİ - Ben de bu konuya katılıyorum. Çünkü Anglosakson sisteminde minimum düzenleme vardır ve minimum düzenleme içerisinde içtihatlar geleceği yönlendirir. Jurnal denilen bir sistem vardır ve jurnallara bakılarak kararlar verilir. Belki bu daha mantıklı olur. Çünkü teknolojinin hızına daha hızlı ayak uyduran bir sistem şey olur.

Ama yine burada bir ayırım yapmak lazım. Çünkü iş ceza hukuku olunca durum biraz değişiyor. Anglosakson Sistemi de olsa, suçta ve cezada kanunilik ilkesi asla değişmeyecek ilkelerden biri. Çünkü kişi hak ve özgürlüklerini yakından ilgilendiriyor. Biraz işe bu yönden bakmak gerek diye düşünüyorum.

SUNUCU - Bu arada ben de söz almak istiyorum.

Av. Gökhan AHİ- Bu arada sunucumuz söz alıyor.

SUNUCU - Evet, aynı zamanda Ticaret Üniversitesi Araştırma görevlisiyim. Aslında bu soracağım şey belki bir sonraki oturumda Osman Nihat Şen varken de konuşulabilirdi, ama gene de sormak istedim.

Av. Gökhan AHİ - O gelemeyecek ne yazık ki.

SUNUCU - İşte, eğer bilişim suçlarında erişimi engelleme üzerine tartışmak isterseniz aramızda da hazır bilgisayarlılar ve hukukçular bir aradayken bir fikir çarpıştırması yapalım.

Av. Gökhan AHİ- Ama sayın hocam erişim engelleme konusu aslında online yayıncılık bölümünde olmalı. Çünkü cezada çok çok daha öncelikli konularımız tartışılmalı.

SUNUCU - Evet, biliyorum ve tahmin ediyorum. Sadece fotoğrafı ya da videoyu; o satırı engelleyerek de çözüme ulaşabileceğinizi söylediniz ki bu doğrudur fakat bu gibi sorunlarda şöyle yapıyoruz hep: Bilgisayar mühendislerine anlattırıyoruz ve ondan sonra üzerine yorumlamaya çalışıyoruz. Onların hukukla ilgili herhangi bir alakası yok. Bütün salona soruyorum bunu: Bu tip filtrelemelerde, TCP paketlerinin tamamının kamu kurumunun elinde olması, bir bilgisayar tarafından sizin gönderen, giden, gelen trafiğinizin içeriğinin incelenmesi, özel hayatın gizliliği, mahremiyet, anonimlik hakkı gibi kişilik hakları bakımından bir sakınca yaratır mı? Bu hem teknik, hem de hukuki bir soru.

Av. Gökhan AHI - Burada doğrudan haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu oluşmuştur. Çünkü bir haberleşme faaliyeti vardır. Bu konuda kim bir şeyler söylemek ister?

Av. Serhat KOÇ - 5651 Sayılı Kanun'da erişimi engelleme yerine içerik kaldırma düzenlenmiş durumda. Buna rağmen, yanlış olmakla birlikte; 8. madde sürekli işletilerek erişime engelleme yapılıyor. Onun öncesinde uyarı kaldırma sistemi olan 9. maddeyi işletilip, mağduriyetinizi daha çok engelleyebilirsiniz. Çünkü içerik çıkartıldığında veya cevap düzeltme hakkınızı kullandığınızda bu sizi tatmin eder. Bunun sonucunda, erişim engellenmediği için biz o siteye girmeye devam ederiz.

İkincisi, tüm dünyada internet alan adlarının slash'tan sonrasının; yani URL kısmının, sitenin tamamının değil de; haksız içeriğin bulunduğu kısmının engellenmesi şu an için teknik olarak mümkün değil. Sürekli "Yeni bir gelişme oluyor mu?" diye soruyorum. İnternet Daire Başkanı Osman Nihat Şen de bunun böyle olduğunu söyledi. Ancak şu anda, sadece alt domainlere yani ana alan adından önce gelen kısma erişiminin engellenebildiğini söylüyor. Dolayısıyla, bundan dolayı bir kişinin hakkını korumaya çalışırken siz pek çok kişinin bilgiye eriştiği, kendini ifade ettiği bir siteyi kapatmış oluyorsunuz. Hepimizin bildiği site kapatmalar var, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuruldu. Dolayısıyla, o bahsettiğimiz Slash'tan sonra URL tabanında erişime engelleme kararı verilebilmesi için büyük bir altyapı çalışması yapılması gerekiyor. Bu çalışmanın maddi külfetleri var. Bununla ilgili olarak Osman Nihat Şen Bey'in tam ola-

rak söylediği şeydi: “Mahremiyet hakkı toptan gitmiş olacak, çünkü biz bütün paketleri, her şeyi, kimin nereye girdiğini görebileceğiz.” Dolayısıyla, “*Şu anki sistemde onu da çok önermiyorum*” dedi. Çalışmasını da yapmışlar, hatta interneti de biraz yavaşlattığını söylemişti bize yaptığımız bir röportajda.

Av. Gökhan AHİ - Evet, böyle de bir olgu var.

Buyurun Nilay Hanım söz sizin. Nilay Hanım, kasta erişimi engelleme konusunda da özel çalışmaları olan bir meslektaşımız.

Av. Nilay ERDEM - Orada filtrelemeden ziyade Serhat Beyin de dediği gibi madde 9’un işletilmesi var; genelde haksız içeriğin dâhil olduğu kısımların siteye bildirilip onların kaldırılması şeklinde bir sistem işliyor.

Av. Gökhan AHİ - Hazır Nilay Hanım söz almışken, ben biraz da içerik suçlarına girmek istiyorum. İçerik suçları dediğimiz şey, hakaret, halkı askerlikten soğutmak, gibi suçlardır.

Av. Nilay ERDEM - O kadar çok genişliyor ki.

Av. Gökhan AHİ - Evet, çok genişliyor. Bu suçlar hakkında ne söyleyebiliriz.

Av. Nilay ERDEM - İnternet üzerinde olması suç işlenmesini artıran bir etkidir.

Av. Gökhan AHİ - Evet, internet üzerinden olması artırıcı sebep, ama genel olarak nasıl bakıyoruz bu olaya?

Av. Nilay ERDEM - Normalde 5651 Sayılı Kanun’da, erişimin engellenmesiyle ilgili 9 tane katalog suç belirlenmiştir.

Av. Gökhan AHİ - Erişimi engelleme ayrı bir konu; onunla ilgili başka bir soru soracağım. Ancak uygulamada bu suçlar Türkiye’de tespit edilip kovuşturulabiliyor mu? Mesela elektronik posta vasıtasıyla bir kişiye ettiğim hakaretin ispat vasıtası nedir? Bir web sitesine ettiğim hakaretin ispatı daha kolay ama bu bana nasıl atfedilebilir?

Av. Nilay ERDEM - İlgililerin benim gördüğüm kadarıyla maksimum yapabildikleri IP’ler üzerinden tespit etmeye çalışmaktır. Onun dışında kayıtlı elektronik posta gibi bir sistem olmadığı için, bildiğim kadarıyla e-mail yazışmaları da tam olarak tespit edilemiyor.

Av. Gökhan AHİ - Benim kayıtlı elektronik postam olmak zorunda mı?

Av. Nilay ERDEM - Hayır ama teknik olarak sizin ne gönderdiğiniz, ne zaman gönderdiğiniz, vesaire, şu sistemde tamamen tespit edilebilmeli (27.48)

Av. Gökhan AHİ - Bu, yazışma trafik kayıtlarında gözüküyor olabilir ama gerçekten ben göndermemiş olabilirim.

Av. Nilay ERDEM - Tabii, bir başkasının sizin hesabınıza girip, sizin adınıza göndermiş olması da mümkün.

Av. Gökhan AHİ - İşte, bunu nasıl ayırt etmeli sistem? Mahkemenin önüne böyle bir uyuşmazlık geldiğinde sadece IP bilgisi yeterli olmalı mı?

Av. Nilay ERDEM - Tabii ki yeterli olmama-
lı ama şu anki imkanlar dahilinde bu konuda teknik olarak yapılabilecek çok da bir şey yok.

Av. Gökhan AHİ - Ki, bu IP bilgilerini belli kurumlar kayıt altına alıyor. Bu kurumların tuttuğu IP bilgileri güvenilir midir? İşin içerisinde böyle bir endişe var.

Av. Murat Volkan DÜLGER - www. siberalem.com diye bir arkadaşlık sitesi var. Burada bir bayan adına, bayanın gerçek adını taşıyan bir profil açılıyor ve bu profilde bayanın özel yaşamına ilişkin bilgiler de var. Bu gösteriyor ki bu kadını tanıyan bir kişi bu rumuzu yapmış. Neyse, hemen suç duyurusunda bulunuluyor ve savcılık soruşturmayı yürütüyor; soruşturma sürecinde Telekom'a müzekkere yazılıyor ve tespit edilen IP numarası Boğaziçi Üniversitesi'ndeki 65 yaşında bir profesöre ait görünüyor. Profesör, dünya iyisi, dünya ahlaklısı bir adam. Geldi, beni buldu. Adamcağız ağlayarak: *"Ben ömrümde böyle bir şey görmedim. Ben Türk Dili ve Edebiyatı profesörüyüm, tanınmış bir insanım. Ben bilgisayar kullanmayı da bilmiyorum. Boğaziçi Üniversitesi'nde sınav notlarının bilgisayarla girilmesi lazım diye eve bilgisayar aldık ama ben kullanmadığım için notları kızım giriyor"* dedi. 2,5 yıldan beri hakime bunu anlatmaya çalışıyor. Önce IP bilgileri geldi ama IP'ler statik mi, dinamik mi belli değil. Bir de şu var kafada: Acaba profesör kablo net mi kullanıyor? Kablo net kullanıyorsa, bilgisayarı kesinlikle zombi bilgisayar haline getirilemez. Hâlbuki her şey her türlü yapılabilir bilişim sisteminde. Hakimi şuna ikna edemedik: Rumuzun alınması için sizin bir e-mail adresiniz olması lazım ve o kişi Yahoo'dan bir e-mail adresi almış. *"Ya, şu Yahoo'ya yazalım, kim bu rumuzu almışsa oradan gidelim."* diye

talepte bulunduğum Sonuçta ben sanık müdafii olarak, sanığı her halükârda kurtarabilmek için şüphe yaratmaya çalışıyorum. Savcıyı ve hakimi bir türlü Yahoo'ya yazı yazılması gerektiği konusunda ikna edemedim. Şimdi dosya bilirkişiye gitti. Bakalım ne olacak?

Av. Gökhan AHİ - Zaten savcı ve hakimi Yahoo'ya yazmaya ikna etseniz bile yazıyı Yahoo'ya göndermeniz 1,5 yıl sürecek. Daha sonra "Biz kayıtları şu kadar süre tutuyoruz, elimizde böyle bir şey de şu an için yok" şeklinde bir cevap gelecek..

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bu arada, off the record olarak şunu söyleyeyim; benim ustam rahmetli Avukat Doktor Şükrü Alpaslan'dı. Mesleğe ilk başladığımda bana şunu öğretmişti: "Ceza yargılamasında zaman daima sanığın lehinedir."

Av. Gökhan AHİ - Tamam, bu ayrı ama şu var; Biz mahkemelerde hakimlere savcılara anlatıyoruz: "*Sizin IP numaranızı bilirsek, IP numaranız kaynaklı en az 50 tane suç işleriz*". Çok basit; yani IP tweak saks denilen yöntemler var. Bu yöntemler yardımıyla IP numaralarını istediğiniz şekilde yazıp, görünürde o IP numarası kaynaklı suç işlenmiş gibi gösterebiliyorsunuz. Şunu anlamak mümkün değil: Hâlâ mahkemeler diyor ki "*Modemin kablolu mu, kablosuz mu?*" Ne olacak kablolu olursa, kablosuz olursa? Kablosuz olursa efendim şu olurmuş: Başkası girince biraz savunmaya destek oluyormuş, kablolu olursa savunma da kabul etmiyorlarmış, çünkü kimse giremezmiş, o zaman suçu o işlemiş olarak kabul edilirmiş. Ancak bir evin içerisinde 5- 10 kişi yaşayabiliyor. Bu tutum hukuka aykırıdır.

Bazen çok enteresan şeyler oluyor. Örneğin, bir şirket bünyesinde 120 bilgisayarın ortak kullandığı tek IP var. Personelden birisi, şirketin bilgisayarını kullanarak diğer bir personele, “Akşam buluşalım mı, şunu yapalım mı, bunu yapalım mı?” demek suretiyle cinsel tacizde bulunmuş ve bu olayın soruşturulmasında suçun işlenmesinde kullanılan IP’nin şirketin IP’ si olduğu ortaya çıkıyor. İddianamede sanık olarak şirketin sahibi gösteriliyor ve “Bütün sisteme hakim olan kişi o ancak sistemi kontrol etmedi;, IP de ona ait çıktığından bu cinsel taciz suçunu bunun işlediği.” gerekçesiyle bu kişi yargılanıyor. Türk Telekom’un yönetim kurulu başkanının telefonla tacizden sorumlu tutulmasına benzer bir olay ama maalesef bu tip durumlar uygulamada karşımıza çıkıyor.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ben bir soru sorabilir miyim?

Av. Gökhan AHİ - Tabii ki.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Peki, bu konuda kesinlikle haklı olduğunuza katılıyorum, çünkü ceza hukukunda kusur ilkesi ve şahsîlik prensibi vardır. Öte yandan bir de şöyle düşünelim: Ceza avukatıysanız, yüzde 80 sanık müdafii; arada sırada da katılan vekili olursunuz. Ancak savcı veya polisseniz bu tip suçlarda cezai sorumlulukları nasıl tespit edeceğiz? Eleştirmeyelim demiyorum, aksine, eleştirelim ama eleştirimizin yanında öteki görüşlere de verelim. Sonra da diyelim ki “Biz bunu düşünüyoruz”. “Biz ne düşünüyoruz?”, “Bizim çözümlümüz ne?”, “Nasıl bulmalıyız?” diye çözüm üretelim. Böyle bir olayda 150 kişiyi emniyete

götürüp “*Konuşsun lan*” mı diyeceğiz? Ne yapacağız?

Av. Gökhan AHİ - Çözümümüz çok basit; iç IP dağıtım loglarını tutacak bir zorunluluk koyarız ve iş biter. Ancak kusura bakmayın, şirket sahibini sorumlu tutamazsınız. Şirket sahibini tutup “*Gel buraya! Sen sanıksın*” deme hakkı hiçbir makamda yok.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ama teknik olarak çözümü mümkün, onu tespit edelim, Bu alışkanlığı uygulamada yerleştirelim.

Av. Gökhan AHİ - Ama siz şirket sahibine: “*Sen bir şirket idare ediyorsun ve bu yüzden şirketin iç IP dağıtım loglarını tut; bilgi güvenliğini sağla ve hatta bu tutmuş olduğun logların değiştirilmezliğini, bütünlüğünü de sağla*” şeklinde bir ödev yüklemesenz sanık olarak çağıramazsınız. Ancak böyle bir zorunluluk olur da, şirket sahibi, bunu sağlamazsa “*Gel, sen sanıksın. Çünkü bu zorunluluğa uymadın*” diye çağırılabilir. Ancak ortada henüz öyle bir zorunluluk yok.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Peki, bu zorunluluk nerede getirilmeli?

Av. Gökhan AHİ - Bu zorunluluk teknik anlamda getirilmeli.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Normatif olarak hangi yasada?

Av. Gökhan AHİ - Elimizde ne var? 5651 sayılı Yasa var. Bu yasa neyi belirlemiş? İnternet’in erişim sağlayıcı, hizmet sağlayıcı, içerik sağlayıcı gibi aktörlerini belirlemiş. Belki bunlara birkaç tane aktör daha eklemek gere-

kir. “Şunlar, şunlar da olmalı” dememiz lazım ki onlara da sorumluluk yükleyebilelim. Evet, yasayı engellemeler konusunda eleştiriyoruz. Ama sorumluluklar konusunda ben eleştirmiyorum, hatta yasanın eksiklikleri var diyorum. Sorumlulukların net bir şekilde belirlenmesi gereklidir. Çünkü Sayın Baro Başkanımız’ın açılış konuşmasında dediği gibi; “Sosyal ağlar, bloglar, şunlar bunlar var; yeni nesil yayıncılıkta bunların sorumlulukları net bir şekilde belli değil”. Hakikaten başkanımız durumu doğru tespit etmiş.

Sizin bir sorunuz vardı Hocam.

Katılımcı - Tartışmaya katkıda bulunmak için söylüyorum. Acaba basiretli davranma zorunluluğu ile alakalı savunma yapabilir miyiz?

Av. Gökhan AHİ - Ama o zaman hukuk davası açılması gerekir. Eğer bir tazminat davası açılmışsa, belki basiretten gidebiliriz ama ceza davasında “Basiretli davranmak” diye bir savunma olamaz.

Katılımcı - Kısaca, basireti koyabilir miyiz?

Av. Gökhan AHİ - Bir hukuk davası varsa, basiret ile ilgili savunma yapabilir. Ancak ceza davasında basiretin sonuca bir etkisi olmaz.

Av. Ramazan ARITÜRK - Benim yaşadığım bir olay var Sayın Başkanım. İzin verirseniz anlatayım.

Bizim bir müvekkilim Fenerbahçe’de oturuyor. Onun kablosuz bağlantısını kullanarak ağa giriş yapmışlar. Bir kişinin hesabından önce bir derneğe 1 lira bağış yapıyorlar ve problemsiz bir şekilde para transferi yapıl-

dığını görünce gecenin saat 22.00'sinde yüklü miktarda bir parayı Gebze'deki bir kişinin hesabına havale ediyorlar. Arkasından da hesabına havale yapılan kişi 15 dakika sonra gidip, parayı bankamatikten çekiyor. Bu olaydan müvekkilimizin haberi yok ve müvekkilimiz ünlü bir reklâmcı; tanınan bir kişi. 8 ay, 1 sene sonra falan müvekkile “*Şu Cumhuriyet Savcılığına gel*” diyorlar. Mağdur Ümraniye'de oturuyor. Müvekkile “*Sen böyle bir iş yaptın*” demişler. Kendisi ünlü bir reklâmcı ama çok da bilgisayar kullanan birisi değil ve kendisini “Ben bunu yapamam kardeşim; ben bunu bilemem”.diyerek savunmuş. Ona orada “*IP senin IP'in*” diyorlar ve bu kişi hakkında kamu davası açılıyor. Müvekkilin olayla herhangi bir ilgisinin olmadığını ispat edemiyoruz ve işin en garip tarafı da parayı alan adama kamu davası açılmadı. Bu iştirak halinde yapılmıştır; çünkü para havale ediliyor. Hesabında sıfır bakiye olup da, transferden 15 dakika sonra gidip bankadan para çeken bir kişinin olayla bağlantılı olabileceği kanaatindeyiz. Ancak parayı çeken şahıs diyor ki “*Efendim, benim haberim yoktu. Ben bir yerden para bekliyordum ve gittim, parayı aldım*”. Sonuçta baktı ki mahkûm olacak ve adam da çok pimpirikli birisi olduğundan olayın medyaya yansımalarını istemiyor; hakikaten çok bilinen bir adamdı. 1,5 sene sonra “Olayın olduğu zamanlar ben Taksim'de bir restoranda yemek yiyordum ve hesabı da ben ödemiştin” dedi. Banka hesaplarına baktım; Allah'tan saat 22:00–22.30 gibi filan adam Taksim'de yemek yemiş ve kredi kartıyla hesabı ödemiş. Arkasından, OGS geçişi var; onu da tespit ettirdik. Saat 23.15 gibi adam OGS'den

arabasıyla geçmiş. Sonra biz bu delilleri mahkemeye götürdük de zorla beraat ettirdik. Eğer biz bunu yapmasaydık adam mahkum olup çok kötü duruma düşecekti.. Bir de çok kötü bir durum, çünkü adam medyatik bir adam ve birçok şirketle bağlantısı var.

Av. Gökhan AHİ - Medyatik değil, normal bir vatandaşın dahi başına böyle bir olayın gelmesi yargılama için bir farklılık yaratmamalı.

Av. Ramazan ARITÜRK - Hayır, yanlış anladınız. Tabii ki bir vatandaş çok önemli ama belki birtakım insanlar için böyle bir olayın içinde gözükmek kariyeri ve işi açısından kötü gözükabilir.. Ancak o adamın ticari hayatı da sona erecek. Kişilik hakları çok önemli, ona bir itirazım olamaz. Ancak bilişim suçlarında ispat konusunda çok açığımız var.

Av. Gökhan AHİ - Hemen savcıma döneceğim: Savcım, şurada da büyük tartışmalar var; bakın bu son soruşturmalarda da gündeme geldi ve ele geçirilen bilgisayarların, suç unsuru olan bilgisayarların veya diğer cihazların incelenmesi suretiyle elde edilen delillerin usulüne uygun olarak toplanmadığı iddiaları şu an İstanbul mahkemelerinde kovuşturulan birçok eylemde tartışma konusu. Ele geçirilen bilgisayarların, suç unsuru olan bilgisayarların veya diğer cihazların usulüne uygun delil toplanmadığı iddiaları her zaman sanık avukatları tarafından ileri sürülüyor, Çünkü biliyorsunuz bir CMK 134, var, CMK 134 meşhur bir maddedir bu konuda, adli bilişim konusunda, bir standart koyar ve yönetmelik de bunu destekler. Bir de suç eşyası yönetmeliğinde; bilgisayarların nasıl taşınacağı, saklanacağına ilişkin

hükümler vardır. Bunların yanında da dünya standartları vardır. Tüm bunlara rağmen neler olduğunu ibretler izliyoruz.

Muammer YÜCEL - Her şeyden önce bu savunma yöntemi, savunma klasiklerinin arasına Telsim soruşturmalarıyla birlikte girdi diye düşünüyorum. Çünkü o zaman yeterli teknik donanıma sahip olmayan kolluk, bu soruşturmanın sanığı olan kişilerden ele geçirdiği bilgisayarları normal bir biçimde prize takıp açarak delil aradılar. Bu sanıkların avukatları bildiğim kadarıyla dediler ki: *“Hayır, bu bilgisayarlar on-off düğmelerine basılması suretiyle verileri değiştirilmiş bir bilgisayarlardır ve bu bilgisayarlardan elde edilen deliller artık değiştirilmiş delillerdir; sağlıklı deliller değildir. Müvekkilimizden ele geçirildiği andaki veriler olmadığı için bu verilere dayanılarak hüküm kurulamaz”*. Daha sonra bu bir savunma klasiği haline dönüştü ve derhal kolluk bu konuda bilinçlendirilmeye gitti.

Av. Gökhan AHİ - Aslında bu kolluğu koruyan bir şey. Aslında kolluğun yapmak istemediği şey kendisini koruyan şey.

Muammer YÜCEL - Evet.

Şimdilerde, çoğunuzun bildiğini düşündüğüm prosedür şöyle: Eğer delil elde edilecek bilgisayar bir diz üstü bilgisayarsa, hiçbir elektrik bağlantı yapılmadan, kapağı bile açılmadan, birtakım yazılımlar vasıtasıyla verinin nerede depolandığına bağlı olarak birebir kopyası alınıyor ve HEŞ değerleri saptanıyor. Bu değerlerde bir değişiklik olup olmadığı kontrol edilerek, delilin değiştirilmiş delil mi değil mi

anlaşıyor. Bu çok memnuniyet verici bir şey. Zaman zaman birlikte kürsüye çıktığım 60'lı yaşların üzerindeki hakimlerimiz “HEŞ değerleri aynı mı, bunu bir bilirkişiye soralım mı Sayın Savcım” diye değerlendirmeye alıyorlar.

Av. Gökhan AHİ - Savunma tarafından birisi olarak yine bir itirazım olacak: Acaba o HEŞ değerleri ne kadar doğru? Çünkü bunlar bize kâğıt üzerinde geliyor biliyorsunuz. Ben bu HEŞ değerlerinin şöyle saptanmasını isterim: Elektronik sertifika hizmet sağlayıcı dediğimiz üç tane kurumumuz var. Bu kurumlar, bu sistemlere saklanan zaman damgası ve tarih damgası atabiliyor. Nasıl ki fikri haklar, tasdik veya sahiplen.com gibi sistemler yardımıyla zaman damgasıyla mühürlenebiliyorsa, neden bu, altı üstü 2 kilobaytlık HEŞ değerleri mühürlenmesin? Ben şimdiki uygulamaya güvenemiyorum. Çünkü bu sonradan kâğıtta üretilebilecek bir bilgi.

Muammer YÜCEL - Eğer bu noktaya varacak olursak, hiçbir soruşturma sonuçlanmaz. Her şeyden önce ben kürsünün bu tarafındaki hukukçu olarak kolluğa güvenmemiz gerektiğini düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Burada hemfikiriz tabii, ama...

Muammer YÜCEL - Kolluğun yaptığı iş ve işlemlere güvenmemeye başladığımız anda Sayın Dülger'in de söylediği gibi parmak izinde bile sorunlar yaşarız. Çünkü, parmak izlerini bilgisayar ortamında saklandığı için, değiştirilebilir addedip kabul etmemek gibi paranoyaya varan bir noktaya ulaşırız.

Av. Gökhan AHİ - Ama hukukçu şüphe duymamalı mı? Hukukçunun esas amacı şüphedir aslında.

Muammer YÜCEL - Bence kolluktan başka biri bağımsız bir ihtisas dairesi biçiminde düzenlenen bir kurulun da bu tip suçlara konu olan eylemlerin soruşturulması ve kovuşturulmasında görev alması gerektiğini düşünüyorum. Tabii ki bu kurum, sadece bu tip suçlar ile ilgili yargılamalarda bilirkişilik hizmeti vermekle görevli olmalıdır. Öncelikle oradan geçirerek HEŞ değerlerini saptanmak gerekir.

Av. Gökhan AHİ - Yani Adli Bilişim Laboratuvarları olmalı diyorsunuz.

Muammer YÜCEL - Bu kurum çalışmaya başladıktan sonra daha sağlıklı soruşturmalara başlanabileceğini düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Anladım, ancak bahsettiğiniz kurum merkezi bir kurum olacak. Bu durumda yoğun iş yükü sebebiyle kilitlenebilir. Bu da soruşturmaların uzamasına da sebep olabilir.

Muammer YÜCEL - İşte, zaten bütün sorun burada; ying ve yang gibi.

Av. Gökhan AHİ - Biz isteriz ki; ideal bir sistemde, özellikle bilgisayar delillerinde düzgün tespitler yapılabilsin; delillerin değiştirilmezliği, bütünlüğü korunabilsin ve çabuk analiz yapıp çabuk sonuca gidilebilsin. Bunun sonucunda, kişi suçluysa da suçunu çeksin. Zaten savunmanın görevi şüpheli veya sanık suçlu olduğu halde "Bu suçsuzdur!" Demek değildir. Aksine, savunmanın görevi şüphe duymaktır

ve bu delilleri tartışmaya açmaktır. O yüzden burada eğer kürsünün öbür tarafından, kürsünün bu tarafından acaba nasıl bakmak gerekir diye felsefi bir tartışmaya girebiliriz.

Muammer YÜCEL - Her şeyden önce şunu söylemek gerekir diye düşünüp, hep öyle bakmaya çalışıyorum; bir soruşturmanın, savunulması gereken bir şüphelisi ya da sanığı vardır. Diğer tarafta da hakkının korunması gereken bir mağduru ya da suçtan zarar gören bir kişi de vardır. Her an bu salondaki kişilerden herhangi birinin şu dakikalarda bir bilişim suçunun mağduru olmadığı garantisini var mı? Soruyorum; *“Ben kesinlikle bu suçun mağduru olmam. Çünkü benim bilgisayarım da bilmem kaç tane koruma programı aynı anda çalışmaktadır; güçlü bir bilgisayara sahibim”* diyenin bilgisayarına girilemeyeceğini mi düşünüyoruz? Ama temelde ortadan bakmak gerekiyor ve ortadan bakarken de öncelikli ufukta şunları görebilmek gerekiyor: Mağduriyetin daha da büyümemesi için çok hızlı bir soruşturma yapılmak zorunda. Hızlı soruşturmanın tamamlanması aşamasında; kovuşturmaya geçilmezden önce, yargıcın savcının taleplerini, çok hızlı değerlendirip mağduriyetin içeriğinin sürmemesi ya da azaltılabilmesi için çok hızlı değerlendirme yapıp karar vermesi gerekiyor.

Av. Gökhan AHİ - Ama bu durum pratikte çok da mümkün olamıyor. Çünkü diğer suçların soruşturulmasında da aşağı yukarı bu kadar bilgiye ihtiyaç olmasa bile soruşturma hızları istediğimiz seviyede gitmiyor.

Muammer YÜCEL - Evet.

Av. Serhat KOÇ - Hakimler, savcılar ve kolluk bilişim eğitimi almalı. Dolayısıyla, belki bu eğitimin sonucunda da bilişim suçlarını daha az konuşur oluruz.

Av. Gökhan AHİ - Teşekkür ederim, her ne kadar üç cümle olsa da faydalı şeyler vardı.

Üç cümle diyeceğim, ama...

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ben üç cümlede bitireceğim.

Giremediğimiz ceza muhakemesi konusuna kısaca değinmek istiyorum ve bunu avukat olarak değil hukukçu olarak yapmaktayım. Birbirimize güvenmeyi öğrenmeliyiz; polise de güvenmeliyiz. Ben de oradaki arkadaşları tanıyorum. İşlerini ellerinden geldiğince gayet iyi yapmaya çalışıyorlar. Şunu da unutmayalım: Ceza muhakemesinin ve ceza hukukunun amacı maddi gerçeğe ulaşmaktır; ancak her ne olursa olsun maddi gerçeğe değil, insan onuruna ve insan haklarına saygılı olarak maddi gerçeğe ulaşmaktır. CMK md. 134' te yapılmaya çalışılan şey de bu. Ancak her şeyin altında bir şey ararsak o zaman parmak izinde de, otopside de, her şeyde bir şey aramamız lazım ki, bu paranoya halinde, bırakın ceza muhakemesini, yargılamayı gerçekleştirmeyi, hayatımızı dahi idame ettiremeyiz.

Av. Nilay ERDEM - Ben de üç cümle söyleyeceğim sadece.

Serhat Bey'e internet hakkı ve internetin önemi konusunda katılıyorum. Size çok teşekkür ediyorum gelip bizi dinlediğiniz için. Gökhan Bey, size de çok teşekkür ederim, çok verimli bir tartışmaydı bence.

Av. Gökhan AHİ - Buyurun Ramazan Bey.

Av. Ramazan ARITÜRK - Evet arkadaşlar, bizi sabırla dinlediğinizi için teşekkür ediyorum. Hakikaten önümüzdeki zamanlarda daha çok konuşacak şeyimiz olduğu görülüyor. Yeni düşüncelere ihtiyacımız var. Sayın savcımın demiş olduğu gibi yeni terminolojiye ihtiyacımız var. Ancak bunun hukukçuların çalışması ve fikir üretmesi sonucunda oluşacağını düşünüyorum. Gelecek Türkiye'mizin daha güzel olması için daha çok düşünmemiz gerektiğini düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Bu üç cümlemi de Volkan'a cevap olarak kullanmak istiyorum. "Güvenmemiz lazım" dedi. Buna itirazım yok; güvenelim. Ama bir: Hukukçu şüphe duyar. İki, hukukçu usul kurallarına, özellikle usul kurallarının yerine getirilmesine çok dikkat eder. Her usul işleminin bir şekli vardır ve bu şekli kurallar belirler. Eğer bu kurallara; dolaşısıyla, usule uyulmuyorsa; ben bir hukukçu olarak güvenmeme hakkına sahibim diye düşünüyorum. Ancak, usul kurallarına uyulursa güvenimiz tabii ki sonsuzdur.

Bu toplantıyı da burada kapatıyoruz. Sabırla dinlediğiniz için ve tartışmalara da katıldığınız için çok teşekkür ediyorum. İyi günler diliyorum.

2. OTURUM

Çevrimiçi Yayıncılık WEB 2.0

Prof. Dr. Nevzat KOÇ

(Oturum Başkanı)

Ben müsaadenizle Oturum Başkanı yetki-me dayanarak yöneltilen her soru talebini kabul etmeyeceğim. Çünkü böyle giderse buradaki tartışmalar geceler boyu sürecek. Onun için ben bazı seçmeler yaparak bu talepleri ilgili kişilere yöneltmeyi uygun görüyorum. İlk sorum şu andaki yasal düzenlemedeki uyar-kaldır usulü ile ilgili. “Bu usul düzgün işliyor mu?” diye bir soru yönelterek bir değerlendir-me almak istiyorum.

Salondan - Uyarınca hemen kaldırmıyor-lar; bu konuda ne diyorsunuz?.

Salondan - Biz uyarınca hemen kaldırıyoruz.

Salondan - Az önce sorulan soru ile ilgili bir şey söylemek istiyorum. Soruşturmalarda büyük şirketlere mutlaka ulaşılabilir ancak herkes bu kadar büyük değil. Ama Google gibi bir şey var; siz oraya ne yazarsanız yazın buluyor sizi. Yani bir şahsın ismini orada arattığınız zaman buluyorsunuz. Öte yanda kişilere ula-şılınamayan haller de oluyor. Yani o yerin SSL gibi bir sertifikası olmadığı için her şahsı bu-lamıyorsunuz. Eğer bu sitenin uzantısı “tr” ise belki ODTÜ’den istediğiniz zaman veriler size gelebilir ancak sitenin uzantısı “com”, “net” vb. ise bu şahsı bulmanız gerçekten mümkün de-ğil. Belki sosyal polislik yaparsınız. O da “Site-niz çok güzel, reklam vermek istiyorum” diyerek

ilgili kişiyi kandırarak tespit edebilirsiniz. Ondan sonra belki bir şeyler yaparsınız; bu bir yöntem ama hukuki bir yol mudur? Tabii ki kanunda yer alan bir yol değildir fakat buradan sonrası, bu kişileri bulma noktasındaki sıkıntı burada başlıyor. Örneğin Hürriyet gazetesini bulmakta sorun yok; “Kaldır!” dediğiniz zaman kaldırmak zorunda kalıyorlar ama biz aynı talebi Youtube’a yönelttiğimizde Youtube böyle bir emri yerine getirmez. Çünkü Türkiye’deki hiçbir kanuna tabi değil.

Salondan - Hürriyet neyi kaldırmıyor? Şu an mahkemenin tedbir kararını uygulamadığı için Hürriyet’in bir yöneticisini yargulatıyoruz. Tedbir kararını uygulamıyor adamlar! Neyi kaldırıyorlar? O yüzden biraz da gerçekçi olmak lazım. Kanundan korkup korkmamanız anonim olmanıza bağlı değil, gücünüze bağlı. Ancak meslektaşımın dediği gibi; hakikaten kimseye ulaşamadığı zamanlarda eliniz, kolunuz bağlı. Bu uyar- kaldır tamamen iyi niyetli iki taraf arasında işleyebilecek bir yöntem. Uyar-kaldırı işletemediğiniz dönemde, o 8. maddede çerçevesinde, mesela site engellemeye çok kolay karar verebiliyorsunuz. Uyar - kaldırın sürecini işlettiğiniz zaman kaldırmasa bile sitedeki yazının kaldırılmasına yönelik veya yayının engellenmesine yönelik bir şey çıkmıyor, ilgili içeriğin sahibi hapisle yargılanıyor, tabii ki bulabilirsiniz. Aslında bu uyar kaldır yöntemi çok iyi düşünülmüş, iyi niyetli olarak son dakikada tasarıya koyulmuş bir madde diye biliyorum fakat uygulamada maalesef sonuca ulaşamadığınız çok oluyor. Süreci başlatmak için, biraz önce dediğim gibi öncelikle içerik

sahibine ulaşmanız gerekiyor; ona ulaşamadığınız zaman zaten süreç kanunda tanımlandığı şekilde devam edemiyor.

Salondan - Peki, şöyle bir katkı vermek istiyorum. Her şeyden önce: Uyar kaldır sistemi ya da erişimi engelleme sistemlerinde öncelikle çok geniş ve muğlâk ifadelerle düzenlenmiş bir kanunumuz var. Ne konuda uyarıyorsun? Bunu sen nasıl tespit ediyorsun? Nasıl böyle bir sonuca varıyorsun ki ben kaldırmak zorunda kalayım? İkincisi, kaldırmak, evet, dediğimiz gibi sorun var, yerini tespit edemediğiniz zaman; özellikle yurt dışında olduğu zaman veya Türkiye’de olup da kim olduğunu bilemediğiniz zaman elbette bir sonuca ulaşamayacaksınız ama öncelikle kanunun bu çerçevede değerlendirilmesi gerekiyor. Her şeyden önce, bir sonuca ulaşmamız gerekiyor mu? Bu kadar geniş kapsamlı bir kanunda varılan kimi sonuçlar yanlış olabiliyor. Onun haricinde erişim engelleme ve hatta bazı ülkelerde düzenlemeler normu ihlal edenlerin internet bağlantılarının kesilmesine doğru gidiyor. Böyle şeyler gündemde olabiliyor. Siz interneti kesmek ya da erişim engellemeyle neyi cezalandırıyorsunuz? Bu konularda da çok büyük sıkıntılar var. Hatta cezanın şahsiliği ilkesi çerçevesinde failin hapisle yargılanması ya da tazminat talep edilmesi veya para cezası konulması daha iyi uygulama bile olabilir gerçekten gerekli suçlarda, diye düşünüyorum.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Buradaki problem, hem yasada hem de uygulamada. 9. madde ve diğerleri Internet’in nasıl düzenleneceğine ilişkin bir politika seçimidir. Ben bu

arada onunla aynı fikirleri paylaşıyorum. Böyle bir olay benim başıma geldi. Bir müvekkilin adıyla xxx. com diye bir adres alınıyor ve xxx' in homoseksüel olduğundan tutun; cinsel tercihlerine kadar; ağza alınmayacak şekilde alt alta söyleniyor. Biz hemen hakimden iletişimin engellenmesi kararını aldık ve ülke içinden bu web sitesine erişimi engelledik. Ancak bu kişinin kardeşi Almanya'da bir üniversitedeydi ve siteye yurt dışından giriliyordu. Peki, ne yapalım? O domain name'in alındığı; yani adresin alındığı şirket ile yazıştık, "*Böyle böyle bir yasa var, sizin de böyle böyle ilkeleriniz var web sitenizde yayınlıyorsunuz.*" dedik. Dediler ki "*Sizin ülkenizde alınmış bir karar varsa bunu İngilizce çevirisiyle göndertin, biz gereğini yaparız*". Gerçekten de biz ilgili mahkememizin kararını çevirttik, kendilerine faksladık, içeriği anında kaldırdılar. İnternetteki esas çözüm bu; yasa koyucu bir yere kadar yapabilir, esas kendi kendine kontrol lazım. Hele iletişimin engellenmesi, basın özgürlüğü gibi çatışan kurum ve hukuki değerler söz konusu olunca, durum daha da karmaşık hale geliyor.

Salondan - Ama bu kadar engellerken pek gerçekleşemeyebiliyor.

Salondan - Bizde öyle bir kültürün olup olmadığı düşünölmeli. Öyle bir kültürümüz yok bizim.

Salondan - Aynen öyle. Yayının durdurulması gibi erişimin engellenmesi de bir tedbir kararı olabilir. Verilen örnekte kişilik haklarına hakaret de söz konusu ama erişimi engellemeyi yaptırım gibi düşünebiliyorlar. İşte, hem kültürde birazcık eksiklik, hem de teknik

konuda bilgisizlik ve interneti kontrol edilebilir bir hâkimiyet alanı; belki propaganda yapılacak; insanları o özgürlük kültüründen uzaklaştıracak tehlikeli bir mecra olarak gördükleri için, onları o özgürlük kültüründen uzaklaştırmak için bir dominant güç olmaya da çalışıyorlar diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı - O zaman bu bağlamda şu soruyu da yöneltelim: Şu anda 5651 sayılı Kanunda Telekomünikasyon İletişim Daire Başkanlığına iletişimi idari kararlarla engelleme yetkisi veriliyor ve yakın zamanda daha okuduğum bir makalede Telekomünikasyon İletişim Daire Başkanlığınca verilen kararların mahkeme kararlarından sayısal olarak çok çok fazla olduğu belirlenmiş durumda. Bu tür uygulamayı hukuki buluyor muyuz acaba diye bir soru yöneltsek, hatta benim okuduğum makalede bu yargı yetkisinin idareye devri olarak da değerlendirilebilir tarzında şiddetli eleştiriler var ve başkandan bu yetkinin alınması gerektiği yönünde bayağı hararetli öneriler var. Bu konuda acaba ne dersiniz? Var mı hukuki yönden bir değerlendirme yapmak isteyen? Buyurun.

Salondan - En büyük tartışmalardan bir tanesi bu zaten ki herkesin malumudur. Benim en çok sıkıntı duyduğum konulardan bir tanesi bu. Siz hukuk bakımından, hukuk teorisi bakımından baktığınız zaman nasıl bir mahkemenin yargılama yetkisini bir idari organa verebilirsiniz? Yaptırıma hükmetme yetkisi kimdedir? Mahkemededir. Kanun ortada, suçlar ortada, kabul edersiniz, etmezsiniz. Bence gereksiz düzenlemeler de mevcut ama

bu yetkinin bir idari organa verilmesi her şeyden evvel hukuk mantığını, yargı güvenilirliğini, hukukun üstünlüğünü, hukuk güvenliğiyle ilgili terimlerin aklının alabileceği bir şey değil. En büyük tartışmalardan bir tanesinin burada dönmesi bu yüzden önemli. Kesinlikle bu konuda çok ses çıkması gerektiğine inanıyorum. Buyurun.

Oturum Başkanı - Buyurun, Taci Bey galiba bir açıklama yapacak. Buyurun Sayın Taci Bey.

Muammer YÜCEL - Osman Bey burada yok, bana vekâleten bir şey söyledi. Bildiğim kadarıyla İletişim Başkanlığı'ndaki mekanizma şöyle çalışıyor: Aynı RTÜK'te olduğu gibi bir ihbarda bulunuluyor, ortada suç teşkil eden şöyle bir içerik var deniliyor ve hukukçulardan oluşan bir grup tarafından bu inceleniyor. Hakikaten suç teşkil eden bir şey varsa kurum bu kararı kendi uygulaması içerisinde çıkartıyor; erişimi engelliyor. Aslında burada evet, internet özgürlüktür ama özgürlüğün de sınırlarının olması gerekir. Ekşi Sözlüğün temsilcisi burada. Kendisi biraz önce bir şey söylemişti: “Biz zaten hukukçu gözüyle inceleyip, bir suç unsuru yoksa onaylıyoruz ve yayınlıyoruz” demişti.

Salondan - Ama yanlış anlaşılmasın, biz şikâyet geldiğinde inceliyoruz, yer sağlayıcı olarak daha önceden bir inceleme yapılmıyor

Muammer YÜCEL - Çok güzel; yani netice olarak İletişim Başkanlığı'nın yaptığı uygulamayı kendi internet siteleri içerisinde, kendi içerikleri içerisinde kendileri yapıyor. İletişim

Başkanlığı burada sadece anonim bir yapı oluşturuyor. Açık bir biçimde suç teşkil ettiğini görüyorsanız bunun illa bir yargı kararıyla olması gerekir mi, gerekmez mi? Asıl tartışılması gereken şeyin bu olduğunu düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Sizin kanaatiniz nedir bu konuda? İşte, tam konunun çözüm noktasındayız.

Muammer YÜCEL- Eğer suç teşkil ediyorsa gerekir.

Oturum Başkanı- Yani, idari kararlar verilebilmeli.

Muammer YÜCEL - Suç olduğu tartışmasız ortadaysa erişimin engellenebilmesi gerektiğini düşünüyorum. Belki karşı çıkacak meslektaşlarımız olacaktır. Ama biz kendi bloglarımız içinde, kendi web sitelerimiz içinde, hatta forum yöneticisiyse kendi forumlarımızdaki mesajlaşmalar içinde bunu yapabiliyorsak, bunu daha genele yayarak bir kuruma; hukukçulardan oluşan bir kurulum denetimini vermekte çok da fazla sakınca olmadığını düşünüyorum.

Oturum Başkanı- Kanunu inceleyince tespit ettiğim bir husus var. Gecikmesinde sakınca varsa savcılara da bu yetki veriliyor; 24 saat içinde hakim onayı olmazsa o durdurma kararı, engelleme kararı hükümsüz oluyor. Bir taraftan yargısal denetime ağırlık vererek savcının verdiği acil hallerdeki karara belli bir süreye, saatle, 24 saat içinde hakim onaylamazsa kaldırılır deniliyor; öbür taraftan idari kararlarla bundan çok çok daha fazla sayıda engelleme yapılabilir; burada bir çelişki yok mu acaba sizce?

Muammer YÜCEL- Eğer bu düşünce ile gidersek trafik polislerinin bir aracı trafikten men etmesinin de ancak yargıç kararıyla olması gerektiğini düşünmek zorunda kalırız diye düşünüyorum.

Salondan- İhlallerin ortaya çıkması maddi kayıp olur ve hak ve özgürlüğün sınırlandırılmasını maddi olarak ölçmek biraz zor bence.

Oturum Başkanı - Evet, zaten problem o, Öğleden önceki oturumlarda anayasalarda, temel hak ve özgürlükler arasına, internet hakkının girdiği söylendi. Böyle bir durumda bu dengeyi korumak gerçekten son derece önemli. Bir taraftan kişi hak ve özgürlükleri, öbür taraftan bunun bir sınırının olması ve bu sınırlamanın kanunla yapılması ve idari takdire herhalde bu konularda mümkün olduğu kadar daha az yer verilmesi gerekmez mi diye bir soru benim zihnimde var.

Salondan - Bir ekleme yapabilir miyim?

Oturum Başkanı - Evet, buyurun.

Salondan - Bir kere Osman Bey burada; o yüzden haklarını yememek için açıklama yapmak lazım. Osman Nihat Şen bizim hepimiz için, internetle ucundan, kıyısından ilgisi olan, arada bir de olsa internete giren herkes için büyük bir şanstır. Çünkü açık söylemek gerekirse, kanunun ve yönetmeliklerin kendine verdiği yetkiyi kullanmıyor. Çok net söyleyeyim; mesela uyar- kaldır yöntemini hiçbir zorunluluğu olmamasına rağmen başkanlık olarak benimsemişler. Benim müvekkillerime, normalde buradaki kanun maddesine göre tartışılır veya yargıya gitse sonucu tartışılır; fakat

hakkı var, istese doğrudan erişimi engelleyebileceği durumlarda yazılı veya telefon numarası varsa telefonla başvurup “*Böyle bir içerikle ilgili şikâyet var. Bunu kaldırın ya da bize haber verin ne yapacağımıza ilişkin*” diye bir şey yapıyor. Tamam, ben müvekkilime bir şey olmaz diyorum ama onlar korkudan kaldırıyorlar. Ancak sonuç olarak bakarsanız aslında uygulayabileceği erişimi engellemesi kararını uygulamamış, yapmamış oluyor. İşin kötü tarafı şu: Yarın Osman Bey gittiğinde, ben Osman Bey’e baştan beri söylüyorum “*Hepimiz kötü değiliz falan filan*” diyor ama Osman Bey kadar iyimser, iyi niyetli veya ne bileyim, uzlaşmacı birisi gelmezse ki hiç kimse onu da eleştiremez; kanundaki ve yönetmelikteki yetkisi açık. Bu süreçler hiç yaşanmadan çatır çatır siteler kapatılabilir. Kural çok net; Çünkü burada diyor ki “*İçerik veya yer sağlayıcısı yurt dışındaysa*”, hangisinin yurt içinde Allah aşkına? Yurt dışında posting bedelleri daha düşük olduğu için böyle belli başlı siteler haricinde bütün küçük çaplı, kendini mahkeme huzurunda savunacak, avukat tutacak parası bile olmayan bütün siteler zaten yurt dışı hostingle yayın yapıyor. O yüzden buradan şu an bir kalemde 100 000 tane site kapatabilirler isteseler.

Şu var, onu da söyleyeyim kanunda yazmıyor, Hocam. Onun da bilgisini vereyim, fakat yönetmeliğe bir hakim onayı koydular; yani idari olarak verilen erişimin engellenmesi kararları da 24 saat içinde yönetmelikle, kanuna aykırı bir yönetmelik düzenler, fakat toplamda faydalı bir şey, hakim onayına gidiyor ama burada sayın savcım benden iyi biliyordur mu-

hakkak; hakimler iş yoğunlukları nedeniyle bu sitelerin içeriğini pek incelemeyip tasdik merci gibi çalışıyorlar ama toplamda bir kayıp oluyor, onu da söyleyeyim.

Muammer YÜCEL - Ama benim başvurduğum bütün hakimlerde tam tersine web sitesi düzenleyicisine kadar inceliyor.

Salondan - Nereye başvuruyorsunuz? Çok güzel, eğer inceliyorlarsa.

Muammer YÜCEL - Ben öyle düşünmemek gerektiğini düşünüyorum, çünkü hakikaten inceleniyor.

Salondan - O noktaya geldiysek çok iyi. 2008'de biz çok tartışmıştık. 2010'da buralara kadar geldiysek şahane ama bana hâlâ denk gelmedi inceleyen bir hakim..

Oturum Başkanı - Şimdi, söz almayan arkadaşlarımıza biraz söz vermek istiyorum.

Salondan - Hem belki yeni bir konu başlığı da olabilir düşüncesiyle biraz telif haklarından bahsetmek istiyorum.

Oturum Başkanı- Buyurun.

Yrd. Doç. Dr. İrfan AKIN - Özellikle internet üzerinden kitapların izinsiz bir şekilde yayınlanması konusu var aynı zamanda her ne kadar...

Salondan - E- kitaplar mı?

Yrd. Doç. Dr. İrfan AKIN - Evet, e- kitaplar. Bunlar günümüz itibarıyla bazı cihazlara da kullanılabilir ama ben özellikle Google' nin açmış olduğu bu kitap arama servisi üzerinde biraz durmak istiyorum çünkü klasik

anlamda izinsiz kitap yayıncılığıyla her yerde karşılaşabiliyorduk; yol kenarlarında daha halen daha görmekteyiz ama internet ortamında kitapların izinsiz olarak yayınlanması küçük işletmeler şeklinde değil de, bugün itibarıyla dünya çapındaki büyük şirketler bu işe soyundu. Google bu anlamda ilk olarak kütüphanelerle anlaşma yolunu tercih etti. Yayın evlerini bir kenara bırakarak öncelikle Amerika'da, daha sonra Avrupa'da, bugün itibarıyla sanırım Almanya'da, Fransa'da birçok kütüphaneyle anlaşarak, yayın evleriyle anlaşmayı bir kenara bırakıp kitapları internet üzerinden şu an sunuyor. Bunu değişik şekillerde yapıyor; bazen sunum şeklinde kitabın tamamını indirebiliyorsunuz, bazen ön izleme şeklinde 2-3 sayfayı görebiliyorsunuz, bazen ise sadece kitabın künyesini. Türkiye'den girdiğimizde, Türkiye'de şu an popüler olan birçok kitabın sadece künyesi görülebilmekte ama o da bugün itibarıyla. Önümüzdeki birkaç yılda daha da gelişeceğine eminim ki zaten Google da bunu "*Biz dünyadaki bütün yazılı eserleri buraya aktarıp aradığınız her şeyi bulmayı vaat ediyoruz*" diyerek ifşa etmiş durumda. Bu Google'nin yaptığıyla ilgili olarak söylemek istediğim aslında hukuki bir konu değil de daha çok bir kültür politikası şeklinde. Kitapların internete aktarılması klasik anlamda basit bir hırsızlık değil de ileriye dönük olarak bilginin manipülasyonudur. Çünkü Google'a bu anlamda en çok karşı çıkan ülke Fransa'ydı. Dünyadaki kültür emperyalizmine genelde hep Fransa'dan veya Venezüella'dan ses geliyor bu aralar. Bu anlamda da hukuki anlamda da Türkiye'de henüz açılmış bir dava yok.

Google'ye karşı açılan bir dava bildiğim kadarıyla Avrupa'da da yok ama buna karşı Fransa ve Almanya'da şu an birçok kitabın internet ortamına aktarılması, Google' nin oluşturduğu bilgi bankasıyla rekabet edebilecek alternatif bilgi bankalarının oluşturulması şeklinde bir mücadele var, çünkü hukuki anlamda zaten Google şu an internet sitesine bir sözleşme koymuş ve bu sözleşmede yazarlar dilerlerse eğer kendi kitaplarını oradan çekebilirler veya sözleşmeye uyup ücret mukabilinde kitapları orada diledikleri formatta tekrar yayınlanabiliyor.

Bu anlamda, internet üzerinden yayıncılık ve telif hakları konusunda fazla yapılacak bir şey olmadığını söylemek istiyorum. Ülke insanları olarak yapabileceğimiz en makul şey kitaplarımızı biz de internet ortamına aktarmamız ve bunları düzenli bir şekilde yeni nesillere aktarmamızdır çünkü bunu biz yapmazsak yarın Google gelip bu ülkedeki kitapları telif haklarını ödeyerek aynı şekilde bilgisayar ortamına aktaracaktır ve bir şekilde manipülasyonu yapacaktır. Çünkü, Türkiye'deki bir konu hakkında siz ilgili kitabı Google'de aradığınızda, Google bunu manipüle ederek sadece kendi siyasi görüşleri çerçevesindeki kitapları sunma hakkına da sahip oluyor. Örneğin, diyelim ki Türkiye'de kadın haklarıyla ilgili bir kitap aradığınızda sadece bir Alman yazarın sadece bir kitabını görebileceksiniz ve bütün dünya onun üzerinden Türkiye'deki kadın haklarını değerlendirebilecek veya bizim tarihimize ilişkin veya aynı şekilde sosyal yapımıza ilişkin, Türkiye'deki bir probleme ilişkin

sınırlı ve yanlış kaynaklardan bilgi alacaktır. Sonuç olarak, Google veya benzeri internet sitelerinin bu ve buna benzer uygulamalarının hukuki bir problem olmasının ötesinde kültür politikasıyla ilgili bir problem olduğunu söylemek istedim.

Oturum Başkanı - İrfan Bey'e, teşekkür ederim. Gerçekten çok önemli bir noktaya işaret etti. Demek ki artık çağımızda yasaklama değil de, daha çok "Biz bu işin nasıl daha iyisini yapabiliriz de emeğimizi, ürünlerimizi başkasına kaptırmayız? " düşüncesiyle hareket etmek gerektiği ortaya çıkıyor.

Salondan - Bu konuda izin verirseniz Birkaç şey söylemek istiyorum.

Oturum Başkanı - Sorulara kısa kısa cevaplar vererek geçmek daha uygun olacak çünkü sırada başka sorular da var. Buyurun.

Seda AKAY - Tartışmayı çok istediğim bir konuydu zaten. İlk başta konuşmacımız başladığında başka bir şey söyleyecek sandım; bir an tüylerim diken diken oldu, sonra sizinle aynı noktada buluştuğumuzu öğrenince çok sevindim. Bir kültür politikası olarak özgür bilgi her şeyden evvel. Önce kendimle ilgili ufak bir bilgi vereyim. Ben özgür yazılım savunucusu olarak addediyorum kendimi. Evet, İstanbul Ticaret Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde araştırma görevlisiyim. Geçmişte TÜBİTAK'ın geliştirdiği özgür işletim sistemi bünyesi içinde çalıştım. O yüzden bir özgür yazılım ve özgür bilgi savunucusuyum. Bununla beraber özgür lisanslar konusuna çok fazla ilgim var. İnternet medyası ve internete yüklenen içerik konusunda dün-

ya artık başka bir yere evriliyor; bunu görmek gerektiğine inanıyorum. En azından gençler ve sanatçılar ve özgür yazılım camiası tarafında böyle bir eğilim var ama kesinlikle genele yayılmasını arzu ediyorum.

Google konusunda dünyayı ele geçireceği için kendisini hem seviyor, hem sevmiyoruz. Öte yandan Google telif hakları konusuna duyarlı yaklaşmaya çalışıyor. Benzer şekilde fikri mülkiyet ürünlerine telif korumasında olan ürünleri dağıtmaya, istenildiği gibi kullanmaya ve hatta değiştirilmeye ve hatta değiştirilerek tekrar dağıtmaya açık bir hale getirebiliriz. Böyle bir akım var. Klasik hukukçular açısından çok yabancı geldiğini biliyorum hocam da bakıyor; kısa keseceğim fakat özgür bilgi konusuna gerçekten eğilmek, internette bu yönde gelişmelerin olduğunu gözlemlemek, telif hakları konusunda da belki bu yönde gelişmeler yapmak gerektiğine inanıyorum yeniçağda.

Katılımcı - Öncelikle burada ben de bir şey söylemek istiyorum. Burada bu konuda konuşan meslektaşlarıma yüzde 100 katılıyorum ama bu noktada söylemek gerekir ki Google yanında ne yazık ki bizim canlandırdığımız bütün bilgiler bütün insanlara açık olsun şeklindeki yaklaşım sizin fikrinize veya sizin yönteminize daha yakınlım tahminen. Google böyle bir şeyler yapıyor, biz de yapabiliriz. Aynı şey Avrupa'da da bu şekilde gelişti ve Almanlar bu konuda çok büyük çalışmalar yaptı. Google olayı şöyle yaptı: Google ilk olarak birçok kitabı eser sahiplerinden izin almadan internete aktabunun buun üzerine, özellikle Amerika'da birçok yayımcılar birliği Google'ye dava açtılar

ve çok büyük de problemler çıktı. Dolayısıyla, Google'ı bu konuda çok savunduğumu söyleyemiyorum ancak onun fikrini savunuyorum. Öte yandan izlediği yöntem bence çok yanlış. Galiba Çin'deydi; çok emin değilim; yayımcılar birlikleri çok ilginç bir yöntem izledi ve Google'ı çok büyük miktarda tazminata mahkum ettirdiler.

Yrd. Doç. Dr. İrfan AKIN - Evet bunu ben de duymuştum. Hatta Amerika'daki dava anlaşmayla sonuçlandı. O sözleşmeyi zaten onun üzerine sözleşmeyi internet sitesine koydu. Bir de politikası gereği öncelikli olarak zaten kütüphanelerdeki üzerinde telif hakkı bulunmayan eserleri bilgisayara aktardı ve daha sonra zaman içerisinde ki o zaman daha gelmedi, yayın evleriyle anlaşma yoluna gidecek. Şu an itibarıyla dünya mirası olarak nitelendirebileceğimiz, belki bin yıllık eserler, çok eski eserler özel tarama cihazlarından geçiriliyor, çünkü bunlar üzerinde kimsenin bir hakkı yok. Bunlara bir şekilde ulaşılabilirliği sağlayan Google olduğu için de sanki onun mülkiyetindeymiş gibi çünkü bizim Harvard'da duran bir tarihi eser niteliğindeki esere ulaşmamız Google üzerinden eğer, o eser aslında Google'nin tekelindedir. Daha sonra da yayın evleriyle anlaşılacak bir şekilde; evet, para da harcayacak tabii ki. Zaten bunu göze almış durumda ama aynı zamanda para da kazanıyor zaten reklâmlar üzerinden.

Katılımcı - Size katılıyorum da, ben sadece Google'nin bu olaylarda başlangıçtaki politikasının bu kadar idealist bir şey olmadığını düşünüyorum

Yrd. Doç. Dr. İrfan AKIN - Haklısınız kesinlikle değil tabii ki. Kendi sitesinde o idealist cümleleri kursa da samimi olmadığını tabii ki hepimiz biliyoruz ki.

Katılımcı - Son olarak Seda Hanım'a bir şey söyleyeceğim. Bence yüzde 100 doğru ve haklı bir tarafa kayıyorsunuz. Yalnız, şöyle bir problem var ki, günümüzde Türk hukukunda bu konuda çok büyük problemler yaşanıyor.

Seda AKAY - Evet. İşte, belki buna göre düzenlemeler, değişiklikler yapılması bizler için ideal olur düşüncesindeyiz.

Katılımcı - Evet, umuyoruz ki olur.

Oturum Başkanı - Şimdi değerli Katılımcılar, tartışmanın bu aşamasında bir başka noktaya gelmek istiyorum.

Elimde Yargıtay Dergisi'nin son sayısı var. İnternete erişimin engellenmesi konusunda bir hakimin yazısını okumuştum bu vesileyle. Orada deniliyor ki şu anda erişimin yasaklanmasına ilişkin kararlar domer adıyla ve IP belirtilerek yapıldığı için diğer siteler de kapanıyor. Onun için teknik yönden erişimin engellenmesinin URL tabanlı engelleme olmasının daha doğru olacağı söyleniyor ama öğleden önceki konuşmalar da bunun mümkün imkânsız olduğunu söylediler. Acaba URL tabanlı erişim engellemesi mümkün müdür, değil midir? Bunu tekrar tartışmaya açalım çünkü sorulardan biri de bu.

Salondan - Kısaca açıklayabilir miyim?

2007'den beri bu URL engelleme, alt domain engelleme, IP ve domain adresinin engel-

lenmesi işlerine kafa yormaktayım. Sebebi de World ??? sitesi kapandığında bir şekilde açtırmak için mücadele etmiş olmam. O dönemden beri konuştuğum bütün teknik kişiler şunu söylüyorlar: Domain adresi yerine URL kapatmak mümkün fakat trafik anlamında çok maliyeti var. Trafik maliyeti demek de maddi külfet demek; bu yüzden buraya girilmiyor. Niye? Ben teknik eleman değilim, yanlışımlı bilen varsa düzeltir ama öğrendiğim şu: Bir domain adresi tümünden kapatıldığı zaman oraya trafiğin gönderilmemesi çok kolay bir işlemdir fakat ne zaman bir domain adresi değil de bir URL'nin tümünden kapatılırsa, diğer sitenin içeriğine hiç karışılmadan bu işlem yapılmak istendiği zaman ilgili hosting firması, şu kadar trafik alıyor diye bu URL'yi gösteriyormuş. Çünkü trafiği alıyor, şu adrese gitmek istiyorum diye geliyor, bakıyor, kendi listesinde var mı bu adres? Evet var. Ondan sonra adresin geri kalan kısmına girip bakıyor; böyle bir adres var mı? Evet var. Ben buna cevap olarak ne vereceğim? Cevap olarak normalde içeriği göndereceği zaman hiçbir şey göndermiyor ya da bu adres mahkeme kararıyla kapatılmıştır cevabını gönderiyor. Bu süreç işlendiği zaman hosting firmalarına ve erişim sağlayıcılara çok büyük trafik yükü biniyormuş ve bu trafik yükünü karşılamak da anladığım kadarıyla siteyi tümünden kapatırken onlara düşen külfete kıyasen çok yüksek bir meblağa tekabül ediyormuş. Sitenin kapatılmasıyla doğrudan alakalı olmayan bir hosting firmasının bir domain adresini kapatması, bir URL kapatması yerine daha çok işine geliyor. O yüzden, bu işlemler teknik olarak mümkün olmalarına rağmen uygulanmamakta. Bizim

şu anki mevzuatımız da böyle bir zorunluluk öngörmediği için 5651 sayılı Yasa, en hafif tedbir kararının zaten sitenin tümünden erişime engellenmesine sebep olduğu için şu an zaten herhangi bir erişim sağlayıcıya veya yer sağlayıcıya “Niye URL kapatmasını hayata geçirecek yatırımı yapmıyorsun veya bunu üstlenmiyorsun” diyemiyoruz. Çünkü zaten kanun diyor ki “Sitenin tamamı hakkında erişime engelleme kararı vereceksiniz.”. O yüzden şu an teknik olarak mümkün. Daha önce konuşmuş omamıza rağmen sabah Serhat niye öyle dedi bilmiyorum ama teknik olarak mümkün. Ancak mevzuat zaten hiç kimseyi böyle bir şeye zorunlu kılmadığı için mahkemenin 5651 kapsamında karar verirken, böyle bir karar vermeye yetkisi yok gibi görünüyor. O yüzden kimsenin de böyle bir altyapı hazırlığı yapma veya bunu karşılama yükümlülüğü de yok.

Seda AKAY - Aslında sabahleyin bir şey sormaya çalıştım ve asıl sormak istediğim şey, eğer teknik konuda bilgisi varsa gerçekten teknik bilgiyle hukuk bilgisini çarpıştırmaktı çünkü URL temelli engelleme; nesne temelli engelleme sanırım değil mi? Şöyle: Normalde, Youtube domainin engellenmesi kısmında andığımız kadarıyla, yanlışım olabilir ama ne yapıyor? Seda Akay’dan Youtube.com’a gidiyor. Daha doğrusu Seda Akay’dan nereye gidecek? Amerika’ya gidecek. O zaman buradan çıkıyor, İstanbul’dan Edirne’ye gidiyor, Edirne’den Amerika’ya ulaşıyor o arada pek çok yere uğrayarak. Sadece nereye gideceğinin bilgisini aktarıyor. Fakat nesne temelli “*Seda Akay Youtube’da Atatürk’e hakaret eden şu videoya gitmek istiyor*” dediğiniz zaman sadece başlığa,

bakmıyor da “Seda Akay şu videoyu izlemek istiyor”u; yani paketin içeriğini de inceliyor ve buna göre gidiyor. Giderken servis sağlayıcı, Seda Akay Atatürk’e hakaret eden videoyu incelemek istiyormuş diyor ve paketi düşürüyor. Ondan sonra sadece sizi Youtube.com’a iletiyor fakat video çıkmıyor. Süreç şekilde ilerliyor galiba ama burada bir sakınca ortaya çıkıyor: Bütün gelen giden trafiğinde içeriği; benim ne yapmak istediğimin kayıt altına alınması gibi bir sakınca olabilir. Bu tamamen nasıl baktığınızla alakalı. Mühendisler “*Para harcanırsa imkân var!*” diyebilir ama bunu hukukçu gözüyle ve biraz hak temelli yaklaşımla incelemek gerekiyor. Dediğim gibi hiçbirimizin tam olarak bilgisi yok aslında ama düşünmeye çalışıyoruz.

Salondan - O içeriğiydi ama sonuç olarak herkesin erişim sağlayıcısı farklı. Bunlar bunu devlete veya belirli bir kuruma raporlamıyorlar. Aslında özel şirketlerin kendi içinde kapalı kalıyor bu iş.

Katılımcı - Girdiğimiz her site ye bilgilerimizi saklaması konusunda izin vermiş oluyor muyuz?

Seda AKAY - Girdiğin her siteye, onun bilgi tutması konusunda zımnen izin de veriyorsun, ama ben servis sağlayıcı ???

Salondan - Fakat sizin erişim sağlayıcınızın yaptığınız her şeyi bilmesi ayrı bir şey. Geçenlerde, Turkcell’ i duydunuz, gördünüz. Turkcell üzerinden izinsiz dinleme yapıldı. Turkcell özel şirket, yani yükümlülükleri belli fakat o yükümlülüklerle uymayan birkaç tane çürük elma çıktı ve olan oldu.

Katılımcı - ...

Seda AKAY - Türkiye’de mesela düzenleme yok. IP bilgileri kişisel veri mi? Bunun da tartışılması gerekiyor her şeyden evvel. IP bilgisinin tanımların içine; yer sağlayıcı, içerik sağlayıcı tanımın yanına konması gerekiyor çünkü pek çok soruyu beraberinde getiriyor. Hocam kızıyor bana çok konuştum diye, ama...

Oturum Başkanı - Yok, kızmıyorum da, biraz daha hukuki zemine çekelim istiyorum; teknik yöne fazla girmezsek daha iyi olur diye düşünüyorum.

Seda AKAY - Bir meslek birliği geçtiğimiz sene, bir veriyi telif hakkını hiçe sayarak download eden kişilerin IP bilgilerini incelediğini açıkladı; ulu orta bir seminerde bunu yaptı. Siz bunu nasıl yapıyorsunuz? Çok büyük ihtimalle p2p yöneticilerinden biri gibi davranıyor ve o sırada Gülben Ergen’in x şarkısını indiren kullanıcıların kim olduğunun IP bilgisini bir listede tutuyor. IP kişisel veri midir, değil midir? Kişisel veriyse bunu kesinlikle yapamaz ama işte, bu konuda düzenleme olmadığı için onlar o telefon defterine sahip olmaya devam ediyorlar ve nasıl kullanacaklarını da önümüzdeki zamanlarda göreceğiz.

Katılımcı - Sağlayıcı benim IP bilgilerimi dağıtabilir mi?

Seda AKAY - Zaten servis sağlayıcı benim kimlik bilgilerimi zinhar vermemelidir.

Oturum Başkanı - Evet, şimdi bir başka önemli konuya daha geleceğiz: Biliyorsunuz internette bloglar var. “Bu blog yazarının hu-

kuki zorunluluğu nedir? Bunlar içerik sağlayıcı mıdır? Diğer internet süjelerinin bu anlamda durumu nedir?” diye sorular y neltsem ve “ Bloglarda yazılanların bilgiye erişim ve  zg r düşünceyi yayma haklarıyla özel hayatın gizliliğini ihlal etmeme borcuyla  atışması söz konusu olabilir mi?” desem? Herhalde olabilir dersiniz. Olabilirse, bunun hukuki nitelendirilmesi ve başvurulacak yollar neler olabilir? şöyle bir konuyu açalım bakalım.

Buyurun önce blog yazarlarının hukuki sorumluluğu ne olabilir ve bunların bu süjelerin diğer internet süjeleri içinde yeri nedir? Buyurun.

Av. Sertel şIRACI - Blogların sayısı gün geçtikçe artık artıyor. Eskiden kendi içimizde günlükler tutardık; kendi defterlerimiz vardı. İşte, artık bunun internette olan versiyonu diyebileceğimiz bir sistem var. Bu noktada, aslında orada yazılan konular kişisel bilgidir ama siz yazdıklarınızı insanlarla paylaşmak istiyorsunuz. Bunu yaparken de belki anonim olmak isteyebilirsiniz. Benim Serter  ıracı olarak görülmesin de falan bir isimle yer alayım, Daha önce örnek verdiğim gibi, mahlasla, internet adıyla, yer almak isteyebilirsiniz. Bunun önünde bir engel yok aslında ama orada blog ve blokun arasındaki fark şu oluyor; blogda o içerikten kendiniz sorumlusunuz. Her şeyi siz yazmışsınız ve orasının size ait olduğu biliniyor ama blogger ise bir sistem; iş yine dönüp dolaşıp web 2.0 dediğimiz konuya geliyor. Bir ortam sağlanıyor ve siz o siteye  ye oluyorsunuz. O site size hiçbir web sitesi yapmadan, web master’lık özelliği istemeden o sitenin içersinde

istediğiniz yazıları ekleme hakkı veriyor. Tabii, eğer bu blogger dediğimiz şey bir Türk sitesiye, bunun içeriğinde yer alan konular eğer bu katalog suçlar kapsamındaysa, kurum mahkeme ile paylaşıyor. Ama site yurt dışındaysa bu bilgiler paylaşılmıyor. Böyle olduğu için de mahkemeler erişimi engelleme noktasına gitmek zorunda kalıyorlar; çünkü hâlâ orada kalıyor ki en büyük sosyal paylaşım sitesi Youtube'a gidiyor bu iş. Orada üyelik sistemi var; üye oluyorsunuz ve oraya videolarınızı, yazılarınızı ekliyorsunuz. Diğer taraftan Facebook da yine bu konuya giriyor. Tek farkı birisinde işlemleri yapmak için şifreyle giriyorsunuz kullanıcı da oradaki yazıları okumak istediği zaman şifreyle üye olması gerekiyor. Birinde de hayır hiç böyle bir üyelik sistemi yok; okumak isteyen herkes Google'da gördüğü anda okuyabiliyor.

Bir de Basın Kanunu kapsamında değerlendirme yapalım. Bir hakaret suçu işlendi diyelim; işte orada bu hakaret suçu işlendiği zaman alenen işlenmiş bir suç mudur? Yoksa oraya şifreyle girilmesi gerektiği zaman, bunun alenen işlenmiş bir suç olmayacağı konusu gündeme gelebilir. Çünkü Facebook' ta yazdınız; bir hakaret ettiniz ya da sahte kimlik açtınız ve yine hakaret veya tehdit ettiniz. Bununla ilgili dava açıldığı zaman, fail hesabını Hotmail ile açtıysa Microsoft Türkiye bu bilgileri veriyor ve IP'sini paylaşıyor. Böylelikle, siz de bu şahsı buluyorsunuz. Bulduktan sonra zaten hakimin nezdinde orada yazan bilgileri bilmesi şüphe uyandırıyorsa tamam diyor. Fail genellikle akraba ya da eski kız arkadaşı, erkek arkadaşı, vb. çıkıyor. Her ne ise, böyle bil-

giler gelebiliyor. Hiç alakası yok, zaten bir hata olduğu ortaya çıkıyor. Ama diyelim ki hakimin zihninde bu oluştu ve orada o suçu işlediğine kanaat getirdi. Bundan sonra, birincisi; cezanın tayini aşamasına gelindiği zaman; acaba bu alenen işlenmiş bir suç olarak mı kabul edilecektir? Birincisi, İkincisi; tehdit suçunu ele aldığımızda, fail kimliğini gizleyerek orada hesap açtığı kendisini verdiği için, sonuçta tehdit yazabilir orada, yazan tehdidin altına başka bir isim yazabilir. Bu ağırlaştırılmış sebep olacak mıdır?

Bu sonuçta benim şahsi fikrim. Blog gibi sitelerde evet, işlenebilir ama Facebook gibi şifreyle üye olunması gerektiği için; oraya davet edilmeniz gerektiği için, böyle engelleri aşmak gerektiği için; işlenecek suçların bu web sitesinin yine kendine has bir özelliğinden dolayı alenen olmadığını düşünüyorum.

Ama anonimlik bir haktır. Türkiye’de biz “Kimliğini açıklamak zorundasın!” gibi karar veremiyoruz ama Amerika’da böyle bir karar verilmişti: Kişiye kimliğini açıklamak zorunluluğu getirildi. O da sitesinde bunu yazdı, yazmadı, tam kararın sonucunu bilemiyorum. Ama burada içeriği yazdıysanız şahsen sorumlusunuz; tespit edilebilirden zaten yargılanırsınız. Ancak tespit edilemezseniz o site ya kapatılır ya başına başka işler gelebilir.

Oturum Başkanı - Peki, şöyle bir soru daha eklersek buna: Bloglar yer sağlayıcı mıdır, yoksa ortam sağlayıcı mıdır?

Av. Sertel ŞIRACI - Blogu yazdığınız için içerik sağlayıcı oluyorsunuz. Blogger’ da ise o

ortamı sağlayan kişi olduğunuz için belki yer sağlayıcı oluyorsunuz. Ceza davasından beraat edebilmeniz noktasında sizin işinize yarayabilir ama kanunda bu ortam sağlayıcılıkla, bu web 2.0'ın özelliklerini içeren bir unsur şu an karşımıza çıkmıyor, ama ileride çıkabilir. Ortam sağlayıcı tabiri o eski yasa teklifinde kalsa; evet, doğru. Blogger siteleri ortam sağlayıcı oluyor.

Oturum Başkanı - Peki.

Bu bloglarda acaba başkalarının özel hayatını müdahale niteliği taşıyan açıklamalar varsa, böyle bir içeriğin yayından kaldırılması, çıkarılması ve cevap hakkı nasıl kullanılıyor diye Güzide Hanıma yöneltilen bir soru var. Şimdi size soruyorum.

Güzide SOYDEMİR - Evet, demin bahsettiğim hususla ilgili, şimdi yeri geldi.

Bununla ilgili olarak Basın Kanunu'yla alakalı 5651 sayılı Kanun'da da çok benzer bir düzenleme var ama hâlihazırda internetin mevcut durumu söz konusu olduğu için Başak Bey'in de dediği gibi bildiğimiz hard copy gazete tabir edilen sistemle bizim internetimiz uyuşmuyor. Öncelikle herhangi bir şekilde başkasının özel hayatına müdahale eden fotoğraf, sair içerik yahut fikri mülkiyet hakkı da olabilir; bununla ilgili bir ihtilaf yaşandığı vakit öncelikle tabii ki uyar-kaldır sistemini destekliyoruz. Bununla beraber tabii ki istisnalar olabilir çünkü dediğim gibi yayın kurulunun verdiği kararlar, yazı işlerinin verdiği kararlar doğrultusunda kaldırılıp kaldırılmamasına karar veriliyor çünkü belli bir tanımı ve bize verilen özellikle mota mot bir uygulama yok. Neticede mahkeme kararı aranıyor.

Yazı işleriyle ilgili olarak genelde benim de yaptığım görüşmelerde şunu belirlediklerini gördüm: Şayet, zaten 5651 sayılı Kanun' un yapılmasında ve etkin uygulanmasında en fazla, belki de pek çok topluluğu aynı çatı altında birleştiren bir mefhum var; çocuk.

Oturum Başkanı - Bunun uzantısı olarak bir soru daha yöneltelim: Pek çok kullanıcının yararlandığı iyi bir sitede hakaret suçu işleniyor. Acaba bu siteyi kapatma yoluna gitme yerine tekzip yayınlatmak mümkün olabilir mi veya başka bir yol önerilebilir mi?

Güzide SOYDEMİR - Zaten böyle bir durumda içeriğin yayından kaldırılabilmesi mümkünse sitenin kapatılmaması gereğini zaten 5651 sayılı Kanun' da belirtilmiştir. Uygulamada problem yaşansa da, biz uygulamayı hiç değilse buraya yönlendirmeye çalışıyoruz esasen ve içeriğin kaldırılması yoluna gidiliyor hâlihazırda. Tabii ki hâlâ erişimin engellemesine karar veren birkaç mahkeme var; bunlar tabii ki İstanbul ili sınırları dâhilinde. Bilmiyorum, siz daha iyi bilirsiniz Başak Bey, ama uygulama bu yöne doğru yönelme eğiliminde.

Başak PURUT - Fazla kalmadı öyle mahkemeler. Sizin sözünüz bittikten sonra anlatırım.

Güzide SOYDEMİR - Belki Silivri taraflarında olabilir.

Başak PURUT - En son orada görüldü zaten.

Güzide SOYDEMİR - Değil mi, en son Silivri taraflarında görüldü. Biz bununla ilgili olarak ancak bir de şunu söyleyebiliriz: Arşivden kaldırılması problemler yaratabiliyor. Bununla ilgili olarak tebliğde herhangi bir şekilde bir

metot öngörülebilir. Örneğin, İnternet Basın Kanunu gereği “Şuradan içerikten çıkartılsın, ana sayfadan çıkartılsın, olduğu yerde çıkartılsın, sayfada yer almasın” gibi hususlara değinilebilir ama internetle ilgili olarak oradan çıkardığınız vakit bunun arşive düşmesi de söz konusu ve bunun yıllarca orada durması da mevzu bahis. Dolayısıyla, bu ihtiyacın da tam karşılanmadığını görüyoruz. Bir arşiv sistemi için düzenleme de yapılmalı.

Muammer YÜCEL - Bunların ötesinde Google'nin özelliği ve kapsamı nedeniyle başlık yakalamak için arşivden çıkartılan içeriğin bir kısmını Google'da aradığınızda görebiliyorsunuz.

Başak PURUT - Bir süre devam ediyor görünmeye.

Muammer YÜCEL - O nedenle arama motorlarının resimlerinin de Google'nin daha Türkiye'de yok.

Başak PURUT - Hukuk departmanı Google Türkiye'de var.

Muammer YÜCEL - Adresini alıp hemen geri döneyim.

Başak PURUT - Ben veririm size şimdi Hocam.

Oturum Başkanı - Arkadaki arkadaşım mühendis mi, avukat mı bilemiyorum.

Başak PURUT - Gökhan mı?

Oturum Başkanı - Gökhan Bey mi? Gökhan Bey gitmiş; ben seçemedim birden. Gökhan Bey'e söz veriyorum, buyurun.

Av. Gökhan AHİ - Tanımlar konusunda bazı soru işaretleri var. Yer sağlayıcı dediğimiz veya başka birisinin kendi adına orayı kiralamak, girilen ilişkiler de var. Böyle bir durumda bunlar yer sağlayıcı kabul edilir mi? Son olarak da şunu sormak istiyorum size: Adı saklı kalmak kaydıyla ??? buradaki ??? sorumluluklardan kast ??? Hem hukuki ??? saklı kalmak ...

Başak PURUT - Hocam bütün muğlâk şeyleri sordu. Nereden soru çıkmalıysa hepsini sordu. Gerçekten üç soru da çok önemli; bir kısmına cevap verebilirim diye tahmin ediyorum. Yerleşim dediğiniz aslında özgül sunucu. Şimdi siz hukuk konuşalım diyorsunuz, kusura bakmayın, ama soru ters geldi. Gökhan' la daha önce de konuşmuştuk, şöyle bir şey var: Bir hosting firmasında, siz bir alan kiraladığınız zaman o hosting firmasındaki alana hosting firmasının müdahale etmesi de kanuna aykırı bir durum aslında. Onun daha bir ötesi, yerleşim yaptığında ben kendi cihazımı onların veri merkezine koyuyorum ve bu cihazın içerisindeki verileri internete çıkarmak konusunda elektrik veriyor, soğutma veriyor, başka bir şey vermiyor. Yani tamamen benim olan bir cihaz. Ben sistemimi hosting firmasının müdahalesine tamamen kapatabilirim. O zaman hosting firmasının fişi çekmek dışında bir yetkisi kalmaz. Bu sefer de o server üzerinden, o alet üzerinden yayında olan belki 15 site vardır ve bir tanesi için diğer 14'ünü de kapatmış olur. Bu sefer hosting firmasıyla yayın yapan kişi davalık olur ve ciddi tazminatlara da yol açabilir bu durum. O açıdan aslında çok muğlâk şeyler, hatta üzerinde çalışmamız gereken şeyler Gökhan.

Onun dışında bir şey daha sormuştun, “Teknik imkânları elverdiği ölçüde”; böyle bir kanun maddesi olur mu? Benim cezai sorumluluğumu hariç tutuyor. Niye? Orada suçta ve cezada şahsilik ilkesi var zaten; oradan bana bir şey gelmez herhalde ama bir şey çıkarsa da oradaki ceza muhakemesi üzerinden gitsin diye onun dışında çıkıyor. Verilecek cezaya örnek olarak şu an aklıma bir şey gelmedi ama benim sorumluluğumu belirleyen bir mevzuat hükmü teknik imkânlarla elverdiği ölçüde uygulanmalı. Benim hiç teknik imkânım yok. Benim yer sağlayıcı olmak için belli bir teknik imkâna sahip olmam gerekiyor...

Oturum Başkanı - Vallahi şimdi “Teknik imkânları elverdiği ölçüde” derken o firmanın teknik imkânlarının elverişliliği mi, yoksa bu tekniğin bugünkü elverişliliği mi göz önünde bulundurulacak?

Başak PURUT - Hayır hayır, yer sağlayıcının teknik imkânları elverdiği ölçüde diyor. Zaten öyle bir şey olsa tekniğin sonu yok ki. Türkiye’de hiç uygulanmıyor fakat URL yasaklama teknik olarak mümkün.

Oturum Başkanı - Hukukta biz böyle düzenlemeler olduğu zaman, aşırı bir masrafı gerektirmemek kaydıyla “Evet, uygundur deriz”. Belki teknik yönden mümkün olabilir, ama çok büyük masraflar gerektirebilir. O zaman da böyle bir yükümlülük olmamalı.

Başak PURUT - Peki, iki yer sağlayıcı var, birinin teknik imkânı var, diğeri yok, o zaman ne yapacağız? Yasaya göre, yer sağlayıcı olmak çok kolay, hiçbir ön şartı yok gibi bir

şey. Hiç teknik imkânınız olmasa bile olabiliyorsunuz.

Oturum Başkanı - Burada kastedilen objektif olarak teknik imkânların elvermesi midir, yoksa somut olaydaki yer sağlayıcının teknik imkânlarının elvermesi mi? Öte yandan yoksa sübjektif bir kriter mi var burada?

Başak PURUT - Ben kanun metninden, kastedilen ifadenin “sübjektif” elverişlilik olduğunu algılıyorum ve o yüzden bana zaten yanlış geliyor. Sorumluluk belirleyen bir mevzuat hükmünün böyle bir şekilde düzenlenmemesi gerekirdi.

Oturum Başkanı - Ben de sizinle aynı fikirdeyim bu konuda. .

Av. Gökhan AHİ - Ben bir şey daha söyleyeceğim; bir de yer sağlayıcı bu Kanununun 1 ve 9. maddeleri uyarınca Aslında burada uyar kaldır var mı, yok mu? 1 ve 9 derken uyar kaldır yok gibi algılıyorum. Erişime engelleme, 9 cevap ve düzeltme hakkı. Demek ki bunun dışında aslında yer sağlayıcının böyle bir sorumluluğu yok gibi ortaya çıkıyor. Eğer 8 ve 9 kapsamında değerlendirilirse...

Başak ...- Ben sorunu anlamadım Gökhan bana sorduysan.

Oturum Başkanı - Tabii soran hukukçu olunca muhatap da hukukçu olmak durumunda. Muhatap hukukçu değil herhalde değil mi?

Başak PURUT- Yok, ben avukatım da, yazmayı unutmuş Gökhan. (Gülüşmeler)

Oturum Başkanı - O zaman özür dilerim.

Burada ben avukat yazısını görmeyince hukukçu değilsiniz zannettim. Çünkü siz Ekşi Sözlük'ün temsilcisi olarak katıldınız.

Başak PURUT - Ekşi Sözlük'ün ortağı ve avukatıyım, ama bir yandan Sözlük'ü şu anda temsil de ediyorum öyle istedikleri için.

Av. Gökhan AHİ - Tekrar soruyorum, 5. maddede 8 ve 9'a göre haberdar edilmesi yerinde midir?

Başak PURUT - Tabii tabii, doğru.

Av. Gökhan AHİ - 8 ve 9 prosedürü hakkında ne düşünüyorsunuz?

Başak PURUT - İkisinin prosedürü ayrı bu arada.

Av. Gökhan AHİ - O zaman birlikte değerlendirilip uygulanması hukuka aykırı oluyor.

Başak PURUT - Aslında öyle oluyor gibi bakarsan.

Av. Gökhan AHİ - Burada bir ilginçlik yok mu?

Başak PURUT - Bir tane değil birçok ilginçlik var. O yüzden bir araya gelip yeni bir şeyler yapmaya çalışıyoruz.

Oturum Başkanı - Ben, sözü biraz daha ilginç bir noktaya getirmek istiyorum sözü. Soruların başından şöyle bir internet medyasını düzenleyen yasal bir düzenleme ihtiyacı var mı diye sordum. Böyle bir ihtiyacın olduğu söylendi. Böyle bir ihtiyacın olduğu herhalde tartışılmaz bir durumdur. Gene incelediğim kararlardan bir tanesi; Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin verdiği bir karar doktrinde eleştiriliyor;

yayının durdurulmasıyla ilgili bu 5651 sayılı Kanun'dan önceki dönemde verilmiş bir karar-2000 yılına ait. Bu Kanun 2007 yılında yürürlüğe girmiş. Dolayısıyla, ondan önceki dönemde şöyle diyor 4. Hukuk Dairesi: *“İnternet'teki yayınlar nedeniyle yapılacak işlem konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Hâlbuki mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleşebilmesi için kararın infaz edilebilir olması ve böylece yaptırımının da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada internette yapılan bir yayının gönderilenler de dâhil olmak üzere internetten çıkarılması veya yayının durdurulması konusunda bir yasal düzenleme bulunmamaktadır. Bu bakımdan verilecek kararın infaz edilebilme ve sonuçsuz kalma olgusu tartışılabilir bir durum arz etmektedir ki bu da yargının etkisiz kalmasını ve böylece tartışılabilir hale gelmesi sonucunu doğurabilir. Bu nedenle buna ilişkin istemin reddine karar verilmesi gerekirken bunun yerine yazılı olduğu üzere kabul kararı verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir”* deniyor.

Başak PURUT - Hocam, çok güzel ama bir şey diyecektim, siz 2000 yılı deyince 2000 yılı öyle bir yıl ki; “Yargıtay internet sitelerinin erişimine engellenemeyeceğini düşünüyordu daha o zaman.” diyecektim ki siz o kararı okudunuz. 2000 yılında imkânsız olan karar, uygulaması imkânsız olduğu için erişimi engelleme kararı veremezsiniz gibi bir şey söylüyordu ama bu aslında biraz teknik bilgisizlikten kaynaklanıyordu.

Oturum Başkanı - Şöyle: aslında yine bununla ilgili doktrinde ileri sürülen görüşlere

ben şöyle göz attım. Orada da deniliyor ki bu hatalı bir karardır, uygulanacak kural yok diye mahkemenin karar vermemesi düşünülemez. Dolayısıyla, kural olmasa bile TMK md. 1 biliyorsunuz hakimin hukuk yaratmasına imkân veriyor. Dolayısıyla, hakim gerekirse 1. maddeden hareketle yazılı, yazısız bir kural bulamazsa kendisi kanun koyucu olsaydı nasıl bir kural koyacak olsaydı elindeki uyuşmazlığı o kurala göre çözümleme yoluna gitmesi gerekir. Bu nedenle “*Bizim mevzuatımızda böyle bir düzenleme yok; karar veremiyorum*” demek doğru değil. Kaldı ki Medeni Kanununun 25. maddesinde de kişilik hakkının korunmasıyla ilgili davalar, yollar gösterilmiştir. Dolayısıyla, ben de bu kararın gerçekten isabetli olmadığını düşünüyorum. Nitekim kanun koyucu belki de bu kararların böyle ortaya çıkardığı olumsuz durumu dikkate alarak bunun bir ihtiyaç olduğunu anlamış ki 5651 sayılı Kanun’u kabul etme yoluna gitmiştir. Bununla ilgili bir yönetmelik de yayınlanmıştır. Dolayısıyla, demek ki bir yasal düzenleme ihtiyacının varlığı artık tartışmasızdır diyebiliriz ama buradaki tartışmalardan anlıyorum ki yasal düzenlemenin uygulanması konusunda birtakım sıkıntılar var. Teknik gelişmeler o kadar baş döndürücü bir hızla ilerliyor ki, gerçekten kanun koyucunun böyle kaustuistik bir yöntemle kural koyması da beklenmemelidir ki böyle bir şey hukuk sistemimize de uygun düşmez. Esnek hükümler kabul edip uygulanabilirliği sağlamak gerekiyor. Bunu özel hukuk bakımından söylüyorum ama ceza hukuku yönünden kıyas yasağının varlığı “... *gibi haller*” *düzenlemelerle* suç ihdasına imkân vermiyor. Bunu bir hukukçu olarak herhalde tespit etmemiz gerekiyor.

Şimdi bir başka soruyu yine ben Başak Bey'e yönelteceğim; İnternetin gelişimiyle ortaya çıkmış yasalar üstü demokratik bir hak olan anonimlik hakkı fikrinin hukuki yansıması bizde var mıdır, yok mudur? Anonimlik hakkı fikrinin yansımaya, gerek var mıdır? Anonim kalma hakkı kimlerin işine yarıyor ve anayasal bir hak olabilir mi? Anonim kalma gereği neden var ve bir gereklilik olmaktan çıkması yakın bir gelecekte mümkün müdür?

Başak PURUT - Öncelikle biz toplum olarak çok baskı altında yaşamış bir birliğiz; ya askeri vesayet altındayız ya hükümetler kendi gücünü çok baskıcı şekilde uygulamış. Bakarsanız yakın tarihimize Cumhuriyetin kurulmasından bu yana sürekli bir şekilde birileri bizi bir yere ittirmiş ve iki kelime yan yana getirdiğimizde problem olurdu. Ben üniversite dönemimde siyasi bir şeyler konuşmaya çekinirdim çünkü okulda ya solcuları polis döverdi ya sağcılar polis döverdi ya sağcılar solcuları ya solcular sağcılar, herkes birbirine karşı davranıyordu. Şimdi bu kadar apolitik olmak zorunda bırakıldık. Politik olanın imha edildiği; dışlandığı, hedef gösterildiği bir toplumda insanların kendi kimliklerini ifşa ederek kendi düşüncelerini iletmesi çok zor. Bu o açıdan belki Avrupa'da bu kadar ciddi bir ihtiyaç değil belki Amerika'da bu kadar ciddi bir ihtiyaç değil; çok rahatlıkla kendinizi ifade edebilirsiniz Türkiye'ye kıyasla ve başınıza bir şey gelmez ama burada ya devlet bir şey yapıyor ya hüküm giyiyorsunuz. Bundan başka, beraat etseniz bile, o bile yeterince korkutuyor bazı insanları ve dışlanıyorsunuz. O açıdan Türkiye'de özel-

likle siyasi görüşlerin aktarılmasında anonimlik hakkının çok önem taşıdığını düşünüyorum. İnternet sayesinde toplumumuzun son birkaç senedir kendini özgürce ifade edebilen bir hale gelmesi; anonimlikten kaynaklanıyor diye düşünüyorum. Kimse göğsünü gere gere şu kötüdür, bu iyidir diyemiyor. Çünkü hâlâ, genel bir korku var. O yüzden anonimlik hakkı çok önemlidir; hatta bu hakkın anayasal olması lazım diye düşünüyorum. Ancak Anayasamızda böyle bir şey yer almıyor. Bizdeki yansıması, dediğim gibi, tek kanunumuz var 5651, onun yönetmeliğindeki anonimlik hakkının nasıl yansıdığını görürsek içerik sağlayıcıların yönetmeliğe göre ticari veya ekonomik olmaları halinde anonim kalma imkânları var.

Bu çok kötü bir şey, onu söyleyeceğim: “*Ticari veya ekonomik amaçlı internet siteleri*” için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı’na yazıyla başvurdum. Bu yönetmelik “:Ticari veya ekonomik amaçlı içerik sağlayıcıları” diyor. Hangi içerik sağlayıcının ekonomik amaçlı olduğunu nasıl anlayacağız? Mesela diyorum, mevcut yayın maliyetini ancak karşılayacak derecede bir reklâm alsa, Google reklâmlar alıyor, ayda 10 dolar, 20 dolar bir şey kazandırıyor. Bu site bir anda ekonomik maksatlı içerik sağlayıcısı kimliğine mi bürünüyor diye sordum. “Evet, ekonomik amaçlıdır” dediler. Ticari kısmını zaten tartışmaya gerek yok ama o yüzden internet sitesinde çok ufak bir reklâm bile alıyor olsanız teorik olarak ekonomik maksatlı içerik sağlayıcısı sıfatıyla neleri bildirmeniz gerekiyor? Gerçek kişiyse adınız, soyadınız, vergi kimlik numaranız veya şirketse sicil numarası,

yerleşim yeri; niye bildiriyorum kardeşim ben yerleşim yerimi, böyle bir şey var mı? Elektronik iletişim adresi ve telefon numarası; bakın, bir de telefon numarası vermek zorundasınız sırf reklâm aldınız diye sitenize. Blog yapmışsınız, kenara şöyle Google'den reklâm, süper.

Bunların hepsini birden değerlendirdiğimizde çok gereksiz ve yanlış düzenlemeler olduğunu görüyoruz.

Oturum Başkanı - Size nasıl tebligat yapacaklar? Bence yerleşim yerinin olması gerekiyor.

Başak PURUT - Niyet tebligatla ilgili olursa sadece, elektronik iletişim adresiyle de tebligatı yaparsınız siz kanunu düzgün yaparsanız, anlatabiliyor muyum?. Burada öyle bir şey geliyor ki niyet farklı.

Muammer YÜCEL- Tebligatı yapmak önemli değil ama muhataba ulaşmak önemli. Şüphelinin kimliğini bildirme zorunluluğunu da göz önünde bulundurarak cevap verirsiniz bence daha sağlıklı olur.

Başak PURUT - Vallahi onu bilemem. Ben şuna bakıyorum: Ben içerik sağlayıcı olarak bir suç işliyorsam zaten kendi kendimi ifşa zaten etmem. Suç işlemeye niyetim varsa zaten buradaki anlamsız yükümlülükleri yerine getirmem. Çünkü başıma zaten bir şey gelmiyor. Ben internet kafeden bir tane elektronik posta adresi alırım; hatta kafeden de çıkarım, arada süre olur; kamera kaydı da silinmiş olur. Giderim başka bir kafeden bir blog açarım, oradan da çıkıp iki ay sonra başka bir kafeden girip o bloga istediğimi yazarım ve beni kimse bula-

maz. Zaten bulunamayanlar böyle bulunamıyor. Bulunabilecek kadar kanuna aykırı olmayan insanları da zaten kolaylıkla buluyoruz, siz benden daha iyi biliyorsunuzdur. O açıdan ben burada anonimlik hakkıyla şüphelinin kimliğini bildirme, kötü bir şey yaparsa şimdiden adını bilelim, bunları kıyasladığımda zaten kötü bir şey yapacak adam bilgilerini doğru olarak vermez. Gerçekten bazıları safça hukuka aykırılık yapıyor ve çok kolay yakalanıyorlar ama gerçekten kastı suç işlemekse zaten bu yönetmeliğe uymuyor ve bir iz bırakmadığı müddetçe takip etmemiz de neredeyse imkânsız oluyor. O açıdan ben buradaki ekonomik amaçlı içerik sağlayıcıları tabirinin anonimlik hakkını zedeleyecek derecede bir genişletme olduğunu düşünüyorum. Ama tabii ki sizin de bakış açınızdan doğal, çünkü bizim müvekkillerimiz sadece hakları kısıtlanan insanlar değil, bir yandan da hakarete uğrayan, ticari itibarı zedelenen insanlar oluyor. Biz de böyle bir bilgilendirme yapmadıkları için mecbur kalıyoruz. Orantılılık ilkesi çerçevesinde hiçbir şekilde ulaşamazsak sitenin kapatılmasını istiyoruz, erişime engellenmesini istiyoruz. Mecbur kaldığımız zaman bunu yapıyoruz, o da aslında pek bir işe yaramıyor, siz de biliyorsunuz. Sizi de anlıyorum fakat bakarsak anonimlik hakkı bence benim hakarete uğramamdan daha kıymetli bir hak Türk halkı için. Şu an öyle bir ihtiyacımız olduğunu düşünüyorum.

Oturum Başkanı - Yine bloglarla ilgili bir sorumuz var; bloglara biliyorsunuz birtakım yorumlar yapıyor okuyucular. Bu yazılan yorumların hukuki durumu nedir, blogdan ve-

rilen bağlantı ve linklerin durumu, blogda paylaşılan başka sitelerin içerikleri; yani kop-yala, yapıştır ve frame gibi türevleri hakkında ne diyebiliriz diye bir soru var. Evet, buna ne diyeceğiz? Bloglara yapılan yorumlar ile ilgili olarak.

Av. Sertel ŞIRACI - Sıra bize gelecek. Biraz tabii diğer arkadaşlarımız hep birer şirket temsilciliği noktasına getirildiği için bizler de artık böyle normal vatandaş, sade vatandaşın sitelerini savunmak zorunda kalıyoruz.

Burada az önce blog bütün içerikten sorumludur dedik ama tabii orada yazılan yorumdanda aslında sorumlu değil. Orada yine bu uyar- kaldır sistemi olabilir. Biz genellikle müvekkillerde böyle sorularla geldiği zaman herkese tavsiye edilen, “Bir tane form yapın, form mesajı oluşturun ya da bir e- mail adresini yazın ki size bir şekilde ulaşılsın” . Ulaşıldı, “*Mantıklı bulur, makul bulursanız sitenizden kaldırırsınız*” gibi bir tavsiye veriliyor bu noktada. Eklenen linklerden orada bulunan linklerden gidilen bağlantılar sizi bağlar mı? Hayır, bağlamıyor orada. Zaten kanunda da bunun yeri var. Fakat bu katalog suçlarda şöyle bir durum var: Mesela orada kumarla ilgili reklam verdiniz. Zaten onun reklâmını yapmak ayrıca bir suç. Bir de o site erişime engelleniyor çünkü o sitenin içeriğini benimsediğiniz varsayılıyor. Böyle benimsemeye ilgili bir kavram var. O yüzden bu tip konularda bir suç işleme durumunuz olabilir ama zaten o düzenlendiği için konusu reklam olsun, bahis siteleri, kumar siteleri, çocuk pornografisi olan katalog suçların orada bir yeri var. Fakat bunun di-

şında yazdığınız bir yazınız, makaleniz bir link koyduğunuzda; link başka bir yere yönlendirilir ve farklı verilere ulaşırsanız, tabii ki bundan dolayı ilgili sorumlu olmuyorsunuz.

Başak PURUT - Meslektaşım bir şey söyleyeyim mi? Sizin tecrübeniz vardır belki, o yüzden size soruyorum. Ben de çok sıkıntı yaşıyorum; bağlantının, linkin içeriğinden biz bağlantıyı benimseyerek oraya koyduysak, benim başıma herhangi bir şey gelmedi henüz, linkten sorumlu tutulmadık henüz herhangi bir vakada ama çok tehlikeli haller ortaya çıkabiliyor.

Av. Sertel ŞIRACI - Şimdiye kadar da kimse bununla ilgili sorumlu tutulmadı ama dediğim gibi katalog suçlar olduğu zaman TİB buna böyle cevap veriyor. Siz arıyorsunuz; mesela bir sitenin içerisinde kumar reklâmı çıkmış, erişime engellenmiş. Aslında dediğiniz gibi burada dairenin öyle de bir güzelliği var. Telefonla sorduğunuz zaman, “*Ya böyle bir site vardı, güzel bir siteydi, neden kapandı?*” Orada deniliyor ki “*Biz kumarla ilgili bir şey yakaladık orada*”. “*Peki, çıkartıyoruz onu, şimdi kontrol eder misiniz?*” dediğimizde oradaki arkadaşlar bakıyor; “*Evet, çıkartmışsınız, tamam biz bunu kaldıralım buradan*” diyebiliyorlar. Ama sorduğunuz zaman neden oldu, o sitenin içeriğinin kumarla hiçbir alakası yok. Biz bunu benimsemiş olarak kabul ediyoruz demek suretiyle cevap verebiliyorlar. Böyle bir durum da var.

Av. Sertel ŞIRACI - Aslında bu erişime engelleme gelmişken, aslında çok ilginçtir Youtube Türkiye’de en çok ziyaret edilen 3. internet sitesi ve erişime engelli bir site. Burada ilginç

bir durum var aslında; bu nasıl meydana gelebiliyor? Tabii o zaman bizim Sayın Başkanımız bize bunun yolunu öğretti nasıl meydana geldiğini. Fakat bu galiba daraltılıyor benim anladığım kadarıyla, çünkü son zamanlarda özellikle bizim ofisten de DNS adreslerimizi değiştirmemize rağmen erişemiyoruz şu an. Sanırım bu daraltılıyor. Osman Bey olsaydı belki bunu sorabilirdik ama bir geçiş süreci olarak kullanılmış olabilir. “*Aman büyük tepki almayalım, aynı zamanda insanlar da girsin diye düşünülmüş olabilir. Başbakanımız da bununla ilgili bir şey söylemiş oldu ve böylelikle konu biraz şirin göründü hepimize*” ama şu an gerçekten DNS adreslerini değiştirmeden veya tünelleri kullanmazsanız erişime engellenmiş olan sitelere erişemeyeceğiniz gibi görünüyor. Tabii burada tepkiler bu sefer artacak büyük ihtimalle.

Katılımcı - Hakim siteye erişimi engelliyor fakat sonrasında erişiliyor mu erişilemiyor mu diye kontrol edemiyor.

Av. Sertel ŞIRACI - Hayır, edemiyor.

Katılımcı- ...

Av. Sertel ŞIRACI - Aslında İletişim Dairesi Başkanlığı'yla bu konuda birebir görüşmeler yapıldı. Onlara kendi içerisinden biz erişiyoruz, aynı “*Sizde nasıl oluyor*” şeklinde sordüğümüz zaman “*Bizim kendi içimizde böyle bir site var*” dediler. Ama yaptıkları iş DNS'leri değiştirerek erişmekle ilgili bir konuydu ama tabii hakime gittiğimiz zaman “*Biz bunu yaptık*” diyerek savunma yapılabiliriyorsa bu başarı. Gerçekten de o sitenin muhatabını siz karşınıza alıp tedbir kararını tartışabiliyorsanız bu

süper bir şey. Bunun peşinden bu uygulanabilir mi? Engelleme kararı veren hakimle birlikte siteye girelim dediğiniz zaman girilemiyor. Burada yine uygulamayla ilgili bir sıkıntımız var bunun içerisinde.

Bu bloglar ve web 2.0'la ilgili benim söylemek istediğim birkaç şey var aslında ama şu an belki gelecekteki demokrasinin teminatı diyebileceğimiz bir sistem var burada. Madem sanal dünyaya doğru gidiyoruz; paylaşımların anonim olmasına güvenerek hepimiz görüşlerimizi açıklamaya başladık. Eğer bu web 2.0 sistemiyle eklenmiş olan içerikleri korumasak, bunlar ileride demokrasinin önüne engel olarak karşınıza çıkabilir; çünkü bunun faydaları da var, orada yazılan yazıların; eleştiri hakkınızı kullanabiliyorsunuz. Bunun yanında yazdığımız şeyleri eleştiri olmaktan çıkarıp hakaret vb. fiiller boyutuna taşıyorsak veya bu yaptıklarımız katalog suçlar kapsamına geliyorsa yapılacaklar belli ama bu kapsamda değillerse müdahale edilmemeli diye düşünüyoruz. Bununla birlikte mesela şikâyet siteleri var. Gerçekten belki hepimizin kullandığı siteler var. Bir ürün almak istediğimiz zaman “*Bir dakika bir bakayım şunla ilgili ne şikâyetler var*” diye giriyorsunuz. Şikâyet sitesinde onunla ilgili şikâyetler sıralanıyor. Burada zaten bir kişinin marka hakkının ihlal edilmemesi gibi bir durum yok aslında, çünkü kişi oraya girmiş, “*Ben böyle marka ürünü aldım, falan çamaşır makinesini aldım, almaz olaydım*” diye 100 tane şikâyet var orada. Bahse konu olan marka tescilli bir marka ise, bu direk marka ihlalidir aslında. Burada marka itibarının da

zedelenmesi söz konusu. Ancak fayda açısından baktığımız zaman, böyle bir uygulama kullanıcı için faydalıdır. Yani orada o marka hakkında şikayet olduğu için, biz gidip oradan markadan tüketmiyoruz ya da o restorana gitmiyoruz.

Bu yüzden, genel olarak belki şöyle bir çözüm getirilebilir diye düşünüyorum: Evet, Hürriyet, Ekşi Sözlük gibi kurumsal siteler belki bir tip altında ya da başka bir şekilde güvenli ortam denildikten sonra nasıl sertifika alıyorlar? Belki onlar da bir şekilde sertifika alırlar, onların kapatılma süreçleri, mahkeme kararı daha teminat altına alınabilir. Ama yok, sade vatandaşın siteleri konusuna geldiği zaman eğer ulaşabiliyorsa yine ulaşılabilir ki bunlar sertifika vermez, çünkü mümkün değil ama yine en azından TİB burada yine kendi hakkını kullanabilmeli. Çünkü burada sayın savcıma da katılmamak mümkün değil, bir sürü site var. Bununla ilgili hangi birisiyle hangi mahkeme uğraşsın, çok zor gerçekten de. Eğer o katalog suç içerisinde yer alıyorsa zaten kapatmakla ilgili bir sorun yok.

Fakat sitelerde şu da olabiliyor: Özellikle marka ihlallerinde; özellikle rekabet hukukunda çok önümüze gelen bir şey. Konuyla hiç alakası olmasa da şirket, o marka kendisininmiş gibi davranabiliyor. Burada kapatılması için zaten TİB kendinden bir şey yapamıyor; ben pek rastlamadım böyle bir şeye. İlla ki bir ihtar olarak tedbir kararının sunulması gerekiyor ki bunu birisi icra etsin. Bu icrası da şu an TİB' de olduğu için bu şekilde yürüyen bir süreç.

Katılımcı- ??? ben ??? teknik ??? insan yaşam ??? üzerinden ??? insanlar arası ilişkileri ??? kurulan sistemlerin ortaya çıkarttığı sonuçları, problemleri çözmeye yönelik bir sistem ??? Teknolojiyle beraber ??? teknolojiyle beraber artık bu ortam ???; yani insan evinden çıkmadan elektrik faturasını ödüyor ve hayatına devam edebiliyor. O yüzden hukuk, bu konuda bilgi sahibi, en azından temel anlamda bu iş onu bilmeleri gerektirir. Şimdi, burada Karaköy'e giden bir köprü var. Bu köprüyü yıkarırsanız evet, kimse yolun karşısına geçemez ama internet böyle değil. Bir avukat ya da bir hakim "Ben o köprüyü yıkarım ve kimse oraya geçemez" diyemez. Youtube olayında böyle oldu. Erişimi engelledikten sonra diyorsunuz ki tamam; kimse geçemez. Birileri bunu aşıyor. Bu durumda normal bir ??? göre şunun olması gerekiyor: Atatürk'e hakaret eden bir site için yargı kararı verilmişse ben Youtube'yi örnek alırım alırım ve benim de bir şekilde ceza almam lazım.. Eğer orada insan yaşantısından tutun da ??? internette çalışma yaşantısına kadar çok büyük ihlaller var. Bunun kendi kendine gelişmesine izin vermemiz gerekir. Yaşam kanun koyucu kanununu yazmadan değiştir. Ben birine hakaret ederim, O beni dava ettiğinde, hakaret içeren içeriği oradan silerim, hatta delilleri karartırım ya da yok ederim; bunun da önüne geçilemez. Bu ve bunun gibi sorunlar yönelik çözümlerin üretilmesi gerekiyor. Bunların da teknik anlamda devletler tarafından yapılması gerekiyor.

Sitelerin sertifika almaları suiistimal edilerek çok kötü bir yere; faşizme kadar gidebilir.

Nasıl ki beni burada konuşmama hiçbir şey ??? bağlayamıyorsa bir insanın internette de konuşmasına sonuç bağlayamaması gerekir. Bunu yaparsanız işin başında kimin olduğuna bağlı olarak problemler büyüyebilir.

Av. Sertel ŞIRACI - Bu benim az önce cevap olarak söylediğim bir şeyse, böyle bir durumu öngörmemiştim aslında. Az önce verdiğim cevap; “ Mahkemelerin vermiş olduğu kapatma kararlarının ve erişimi engelleme kararlarının önüne nasıl geçebiliriz?” sorusuna çözüm olarak tavsiye ettiğim bir yöntemdi. Elimizde bir sertifika olursa, en azından o tebligat yapılır. Tebligat yine de size ulaşamazsa mahkeme mecburen o erişimi engellemenin yoluna gitmek zorunda kalıyor.

Katılımcı - Bunu yapabiliyor olmak size bu hakkı vermiyor; yani bugün Türkiye’de 70 milyon insan yaşıyor. Herkes takip altında!

Oturum Başkanı - Pasaport, ehliyet veya başka bir belge için parmak izini alıyorlar, sonra da geçmiş olsun!

Katılımcı - Bu uygulamaların insan hakları ihlaline yol açtığı muhakkak fakat bunu nasıl yapmamanız gerekiyor? Herkes bu şekilde takip edilmesi, sadece yapılabilir olması hukuken mümkün olmamalı. Bir şey yapılabiliyor olduğu için yapılamamalı. O gerçekten bir gereklilik olmalı. ??? takip ??? sistem ??? ama siz kalkar da ??? her yere ??? her yere ne yaptı kayıt altına alın ??? telefonla ??? 10 yıl kayıt altında ??? daha yokken ??? Turkcell, Avea, Aria, bu GSM operatörleri bunu hâlâ da yapıyorlar. 5 yıl kanuni saklama süresi olma-

sına rağmen 10 yıl kayıt alıyorlar; hukuka aykırı olarak kayıtlarımızı alıyorlar da alıyorlar. Yarın bir değişiklik olursa ben 10 yıl önce yaptığım şeyden suçlanabilirim. Bunun önünü ? bir anlamda kendi ? kendini orada geliştirmesi ve ? gerekiyor ? gerçekten ? bilişim hukuku yapacaklar, bilişim hukukuyla yeni bir şeyler ? mevcudu alıp da internetin üzerine giydirmeme ?

Oturum Başkanı - Ben arkadaşımızın açıklamalarından hareketle soru yöneltmek istiyorum; 5651 sayılı Kanun düzenlenirken Kara Avrupa'sı hukuk sistemleri dikkate alınmadı mı? Avrupa Birliği ülkelerindeki uygulama göz önünde tutulmadan mı bu düzenleme yapıldı? Bir kere bunun bilinmesi lazım. Oradaki bu sistem de bizdekine uygun bir sistemse son yıllarda yapılan kanunlarda oradaki düzenlemelerin göz önünde tutulduğunu biliyorum. O sebeple mesela 5651 sayılı Kanunun 9. maddesinde katalog suçları olarak ifade edilen suçların birçoğu Türk Ceza Kanunu'nda da suç sayılan fiillerdir. Dolayısıyla, kamu düzenine aykırı birtakım fiiller söz konusu ve bu da yaptırıma bağlanması gerekiyorsa bunun internet özgürlüğü ortamında "Bırakınız yapsınlar, bırakınız istediklerini ifade etsinler" tarzında savunulması herhalde pek mümkün olmasa gerek diye düşünüyorum.

Katılımcı - O zaman ben iki örnek vereyim. İki kişi arasındaki internet haberleşmesi üçüncü bir şahıs tarafından şikâyet sebebi oluyor ve bu kişi evinden polis gücüyle alınıyor. Uzun bir süre gözaltında tutulduktan sonra o eylemi çok farklı bir şekilde yorumlanıyor ve hakim

karşısına çıktığında da bunun öyle olmadığı anlaşılıyor

Bir arkadaşımızın başına gelen bir olay var; başka bir internet sitesinden hakaret içeren bir video yayınlanıyor. Arkadaşımın adı ????. Bunu bir şahıs Adana'dan gönderiyor. Adana'da savcılığa başvuruluyor. Adana'dan arkadaşımın bilgisayarını talep ediliyor, eve polisler geliyor, bilgisayarını alıyorlar, götürüp, Adana'da inceliyorlar ve geri getiriyorlar. Bu arada uğranılan bir zarar var. Nedir bu zarar? Gerçekten bu suç işlenmiş mi, işlenmemiş mi belli değil ama buna rağmen bir kişinin malına el konuluyor, götürülüyor, incelemeye tabi tutuluyor.

Oturum Başkanı - Arkadaşım, siz hukukçu olmadığınız için birtakım değerlendirmeler yapabilirsiniz ama CMK diye bir kanunumuz var. O kanunda, yakalamanın, delil tespitinin vs. usulleri gösterilmiştir; Sayın savcımız da burada zaten ki kendisi CMK'yı uygulayan kişilerden birisidir. O itibarla bir kere şunu ayırt etmek gerekir: Uygulamada münferit bazı yanlışlar olabilir ama bizim burada tartışmamız gereken konu yasal düzenlemenin bugünkü boyutuyla yeterli olup olmadığıdır; mesela sorulardan biri budur. Acaba bu suç katalogları yeterli midir, yoksa daha geniş bir bilişim hukuku düzenlemesi mi yapılması gerekir? Bu konular tartışılabilir; ayrı mesele. Biz hukukta yürürlükteki hukuk ve yapılması gereken hukuk ayrımını yaparız; De Lege Lata ve De Lege Feranda. De Lege Feranda çözümler tartışılabilir; ayrı mesele ama bir de pozitif hukukumuzda olan kurallar var. Bunlar çerçevesinde bir değerlendirme yapmak durumundayız.

Katılımcı - Bilgisayarın alındığı yerden çıktıktan sonra bilgisayarda neyin değiştirildiğini, neyin bilgisayara konulmadığını o bilgisayarın sahibinden başka kim bilebilir? Siz, bilgisayara el koyan görevliler, benim bilgisayarımı evimden alıp götürdükten sonra delilleri karartmış olabilirsiniz. Ben bu durumda şüphe etme hakkına sahibim; sadece bunu söylemek istiyorum.

Muammer YÜCEL - Farkındaysanız bir avukat ve bir savcı aynı anda koro halinde konuşunca olmuyor!

Katılımcı - Hukuken şüphe etme hakkında sahip olmuyorum ama alıp gittikten sonra bunun değiştirilebileceğini düşünmek en doğal hakkım olmalı.

Oturum Başkanı - Peki, buyurun.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Bizim belirli bir sorunumuz var. Biz kültür uygulamalarını normatif düzenlemelerle düzeltmeye çalışıyoruz. Dünyanın en iyi yasasını da getirseniz bu sorunlar ortadan kalkmaz. Geçen gün, isim vereceğim, Prof. Dr. Adem Sözüer'le beraber bir toplantıdayız ve orada 5651 sayılı Kanun tartışılıyordu. Dedim ki, katalog derdim olmasaydı, hakaret ama site kapatılmıyor. "*Volkancım, biz 9 tane yasadan 9 tane madde koyduk, eğer serbest bıraksaydık Türkiye'de site kalmazdı, çünkü uygulama bu yöne gidiyor*" dedi. Münferit olaylarla normatif düzenlemeleri karşılaştırmayalım. Bir de, hepimiz özgürlükçüyüz ve ben de özgürlüklerden yanayım ama özgürlüğün sınırını savunduğum gibi suçtan ortaya çıkan ihlal ve zarar dengesini korumak zorun-

dayım. Hem İnternet âleminde, “Özgürlük her şeydir. Ben, her şeyi yaparım.” dersek, halkta internete karşı bir tepki ortaya çıkar ve zaten çıkmaktadır. Peki, hakarete uğrayanın hakkını kim koruyacak? Ben avukatım. Genelde meslektaşlarımda hepsinde, Savcı Bey dedi, polis bir noktada sizi tuttuğunda, avukat kimlik kartınızı gösterdiğinizde “Buyurun beyefendi, geçin” der. Ben bunu yapmam. Polis beni arasın, gerekli önlemleri de alsın. Ben arabamda kalaşnikof taşıyorum ki, ya da bilmem ne terör örgütünün propaganda belgesini taşıyorum ki. Çantasını açtırmak ister. Aç kardeşim, benim çantamda bir şey yok. Polis, müvekkilimle aramdaki yazışmayı okusa da anlamaz ki zaten, ayrıca, polisin orada bir kere yazışmayı okuduğunu da görmedim. Bizim hatamız karşılıklı menfaatleri değerlendirmememiz. Hep kendi açımızdan olaya bakıyoruz ve kötü uygulamaları normatif düzenlemelerle düzeltmeye çalışıyoruz ki bu asla mümkün olmayacak bir şey.

Oturum Başkanı- Evet, buyurun.

Katılımcı - Ben çok daha önemli bir hususa değinmek istiyorum; Bunu İnternet Hukuku Konferansı’nda da söylemiştim; Genellikle, yazılı ve görsel basında; medyada hukuk birçok eğitimli kişi tarafından, devamlı bir ayak bağı olarak gösteriliyor. Hâlbuki ortada bir şikâyet varsa bu yasaya, tüzüğe ve yönetmeliklere karşıdır. Ama standart ve sistemli bir şekilde bugün hukuk öcü olarak, her şeye engel olarak gösteriliyor ki bu çok tehlikeli bir şey.

Oturum Başkanı - Teşekkür ederim.

Evet, düşüncelerinizi paylaşıyorum.

Peki, bir başka soru var. Artık aslında elimdeki soruları büyük ölçüde sormuş bulunuyorum, birkaç sorumuz daha var. Daha fazla sabrınızı zorlamadan, programı daha erken bitireceğiz; öyle görünüyor.

Şurada yöneltmek istediğim sorulardan biri şu: Belki de uygulamadaki şikâyeti yansıtıyor bu soru. Böyle bir durum var mı onu da bilmediğim için soruyorum; 5651 sayılı Kanununun 9. maddesiyle karşılanabilecek hak ihlallerinde diğer mahkemelerin görevsizlik kararı vermesi gerekmez mi? Bu özel Kanun boş yere mi yazıldı diye bir soru var.

Başak PURUT - Bunu ben cevaplayabilir miyim? Biz de her türlü ihtimali yaşadık.

Bir Osman Gökçek kararımız var bizim, ondan bahsedeyim. EkşiSözlük'te Osman Gökçek hakkında yazılmış bir içerik için çıkartılma talebi, manevi tazminat talebi ve ihtiyati tedbir talebi vardı. Bunlar asliye hukuk mahkemesinden istendi. Ben daha önce bir başka mahkemede ara karar olarak "5651'in düzenlemesi varken benden isteyemezsin" diye bir şey yazmıştım; onun üzerine yine aynı savunmayı yaptım ve dedim ki "Manevi tazminatı sizden isteyebilir ama sonradan çıkan özel düzenleme var. O yüzden 5651'in 9. maddesi üzerinden Sulh Ceza'ya gidilmesi lazım". Mahkeme de haklı buldu, "Doğru, sen oraya gitmeliydin fakat gitmemişsin. Bu sebeple ben o talebini reddediyorum" dedi. Manevi tazminat talebini de ayrıca reddetti. Dava sonra dosya Yargıtay'a

gitti ve Yargıtay da dedi ki, “Yok kardeşim. O var, o da var; istediğine gider sana ne” ve mahkeme kararı bozdu.

Uygulama genelde zaten böyleydi ama ben böyle olmaması gerektiğini düşünüyorum. Çünkü genel yetkili mahkemelerin yapabileceklerinin sınırı yok. İhtiyati tedbir adı altında orantılı olması gereken tedbirin orantısının başlangıç noktasını bilmeyen bir hakim nasıl orantılı karar versin? Sitenin engellenmesi, diyelim ki Ultima ratio; adamı öldürüyorsun, siteyi kapatıyorsun, aynı şey. O zaman bu da son çare olmalıdır. Belki site sahibine ulaşabiliyorsan “İçeriği kaldı” diye bir tebligat yap-san her şey çözülecek. Site kapatmaya hiç ihtiyaç kalmayacak. Orantılılık ilkesini gözeterek genel yetkili mahkemeler istediği karar verse şikâyetim hiç olmayacak fakat genelde, genel yetkili mahkemeler içerik kontrolü yapmadan, bu aralar İstanbul’da pek çıkmıyor bu tür kararlar artık Allah’a şükür, ilk elden doğrudan sitenin erişiminin engellenmesi yönünde tedbir kararları verdiği için ben orada çok sıkıntı çekiyordum. O yüzden bütün asliye hukuk mahkemelerinde yapılan taleplerde 5651’in daha sonradan çıkan ve özel yasa olduğunu, o yüzden buradan gidilmesi gerektiğini söylüyorum. Genelde kabul ediyor mahkemeler. İş yoğunluğundan dolayı mı, yoksa benimle hakikaten hemfikirler mi bilmiyorum ama bir şekilde oraya atıyorlar topu. Ancak Yargıtay kararında çok açık şekilde yazdığı üzere 5651 sayılı Yasanın 9. maddesini kullanarak içeriğin çıkarılmasını talep etmek diğerleriyle beraber ek bir haktır. Siz buradan gitmezsiniz de asliye

hukuk mahkemesinden tedbir kararı isterseniz içeriğin çıkarılmasına ilişkin veya sitenin kapatılmasına ilişkin, artı tazminat istersiniz; bu yol da denenebilir. Şu an Yargıtay'ın verdiği karar gereğince bu uygulanmalı.

Katılımcı- Doğru anlatabiliyor muyum? Onun için kapatılan içerik sağlayıcısının mutlaka tekrar yasaklanması lazım.

Başak PURUT- Ben, dediğinizde hiçbir şey anlamadım.

Katılımcı - Öyle şeyler var ki, pardon yani, işinize gelmiyor. Tıpkı cellat gibi.

Başak PURUT- Benim niye işime gelmesin ki? Gerekirse onu da savunurum.

Katılımcı - Avukatların bazıları da çok enteresan. Yabancı şirketlerin avukatı olunca insan mağdur vekili, müdahil vekili olan avukatlar da...

Oturum Başkanı - Hanımefendi, konumuz o değil, konumuz farklı bir şey, biz farklı bir şey tartışıyoruz.

Erişim engelleme kararı usulen nasıl uygulanacaktır diye bir soru var.

Başak PURUT - Onu da ben cevaplayayım. Ben bunların hepsini yaşadım o yüzden, kusura bakmayın.

Mahkeme, Wordpress kapatıldığında açılmasına ilişkin kararı TİB'e gönderdi. Çünkü öyle ilginç ki; mahkeme, kanun yürürlüğe girmeden evvel tedbir kararı vermişti. Tedbir kararını değiştirdiğine ilişkin kararı da 5651 sayılı Yasa yürürlüğe girdikten sonra verdiği

için ara kararı TİB'e gönderdi. TİB de hiçbir işlem yapmadı ve cevap geldi. *"Ben sadece 5651 sayılı Kanun çerçevesinde verilen engelleme kararlarını uygulardım. Onun dışındaki kararları sen ne yapıyorsan yap, kendin hallet"* dedi. Cevap resmen buydu. Fiiliyatta da uygulama şudur: Siz eğer 5651 çerçevesinde bir kapatma kararı almadıysanız, yani başka bir mahkemenin başka bir mevzuata dayanarak kapatma kararı aldıysanız; onu bütün erişim sağlayıcılara teker teker göndermeniz gerekiyor; yani normalde TİB'in elektronik ortamda karar kendisine geldiğinde hemen yaptığı ve uygulamasını da takip ettiği işlemi sizin vatandaş olarak ya da avukat olarak bizzat kaç tane erişim sağlayıcı varsa, hepsine göndererek yapmanız gerekiyor maalesef.

Oturum Başkanı - Evet, o zahmetli yolu ihtiyar etmek gerekiyor eski ifadeyle.

Peki, bir soru daha var, merak etmeyin azaldı artık, iyice azaldı sorularımız.

Mahkemelerin son çare ilkesine uymaması ve erişim engelleme kararlarını son çare yerine ilk akla gelen tedbir olarak kullanmaları ne kadar hukukidir veya yerinde midir? Acaba gerçekten böyle mi yapıyor mahkemeler, uygulamada böyle midir? Son çare ilkesi yerine "Erişimi hemen engelleyelim" diye mi karar verirler?

Av. Murat Volkan DÜLGER - Ceza Muhakemesi Kanunu'nda maalesef mahkemelerin erişimin engellenmesinde de yetkisi vardır ama bunun da bir koşulu vardır: *"Başka şekilde delil elde edilemeyecekse"* denir ama hiç uğ-

raşılmaz başka bir şekilde delil elde etmeye çalışılmayıp hemen sulh ceza mahkemesi hakimi kararı verir. Bilgisayarlara da bakılır, diğer koruma tedbirlerinde hiç tedbir olarak bakılmadı ve hatta birçok yerde biz ceza olarak uygulanması nedeniyle büyük sorun yaşıyoruz. Ancak bir cezalandırma olarak bunu maalesef uygulamada böyle. Sayın savcımın da görüşünü alalım, o direkt uygulamanın içinde, zaman zaman da talepte bulunan pozisyonunda.

Muammer YÜCEL - Ben de bu konuda büyük ölçüde Sayın Dülger'e katılıyorum, temeldeki bütün sorunumuz aslında meslektaşlarımızın, bu konuda da küçük bir eleştiri olacak belki, hoşgörünüze sığınarak eleştiriyorum. Tartışmanın başından beri konuyu hukuki platforma çekmeye çalıştınız ama asıl sorun hukukçu meslektaşların hukuki bilgisinin olmaması değil, teknik bilgisinin olmaması. Hukuk mantalitesini zaten kullanabiliyoruz. Bir konuyu eğer doğru değerlendiriyorsak hukuk mantığını geliştirebiliyoruz, ama teknik bilgi yetersiz olduğu zaman yetersiz bilgiyle bir değerlendirme yapılamadığı için, yapılan değerlendirmenin o doğru olduğudur, kabul ediyor ve bunun sonucunda yasal olmayan talepler kabul ediliyor ya da yasal olan talepler teknik bilgi yetersizliği nedeniyle "Yok canım, ben bunu anlayamadım" deniliyor ve reddediliyor Bir konuyu eğer doğru değerlendiriyorsak hukuk mantığını geliştirebiliyoruz ama teknik bilgi yetersiz olduğu zaman yetersiz bilgiyle bir değerlendirme yapılamadığı için, yapılan değerlendirmenin doğru olduğu kabul ediliyor ve bunun sonucunda yasal olmayan talepler

kabul ediliyor ya da yasal olan talepler teknik bilgi yetersizliği nedeniyle “Yok canım, ben bunu anlayamadım” deniliyor ve reddediliyor. O nedenle bu konuyla ilgili tüm hukuk unsurlarının, ilk derece mahkemesinden Yargıtay’ın ilgili dairesine kadar konuya ilişkin optimum teknik bilgiye sahip olması gerekiyor. Teknik bilgi olduktan sonra her hukukçu kendi hukuk formatının doğrultusunda onu hukuki olarak değerlendirebilecektir

Oturum Başkanı - Peki, Savcı Bey’in bu açıklamalarına teşekkür ederim ama o zaman, hemen bir soru daha yöneltmem gerekecek. Biliyorsunuz ki teknik konular hakimın mesleki bilgisiyle vakıf olması gereken noktalar değildir. Hakim teknik konularda karar vermeden önce ne yapabilir? Bilirkişi mütalaası alabilir. Erişimin engellenmesi kararı vermeden önce, bu konularda bilirkişi mütalaasına başvurması gerekmiyor mu? Yoksa kendiliğinden, efendim bu işleyişin doğrusu şudur deyip, İngilizce karşılıklarıyla bu terimlere hakim olması mı gerekir? Artık günümüzde, onu söylemek durumundayız, “*Hakim her şeyi bilir, bütün hukuk kurallarını bilir*” anlayışı yavaş yavaş terk ediliyor.

Muammer YÜCEL - Hem Yargıtay hem de hakim bilirkişidir.

Oturum Başkanı- Ama işte, o anlayış, bilemiyorum, ama ben kişisel olarak ona katılmıyorum. Hakimın böyle teknik konulara vakıf olmasını beklemek mümkün değildir. O kadar fazla, o kadar çok olay geliyor ki önüne. Dolayısıyla, benim şimdi burada yöneltmek istediğim soru uygulamada bu tür erişim kararları veril-

meden önce hakimin tereddütü varsa bilirkişi mütalaası alma yoluna gitmesi gerekmez mi? Bence gerekir, yoksa “Ben bunu anlayamıyorum, anlamadığım için son çareye başvurayım, erişimi engelleyeyim” demek herhalde daha sakıncalı bir yol olsa gerek diye düşünüyorum.

Muammer YÜCEL - Hukukçu olmayan bilirkişininin hukuki görüş ortaya koyması gibi bir sakıncayı da doğuruyor. Sana katılıyor sayın meslektaşım.

Başak PURUT - Size katılıyorum. Uygulamada, 2005'ten beri bu kapatmalarla ilgili yüzlerce karar geçmiştir, sadece bir kararda bilirkişi raporu alınmıştı ama bilirkişi raporu da tespitten ziyade hukuki görüş bildirmişti. Dolayısıyla bilirkişi raporu ya da bilirkişi görüşü alındığı vaka sayısı benim tecrübe ettiklerim arasında sadece “Bir” Aslında yapısı itibarıyla o da yanlış bir rapordur ama bizim yargılama sistemimiz içerisinde hukuki görüş bildiren, hakimin yapacağı işi, hakimin yapamayacağı işi tespit etmekten ziyade ya onu yapıp üstüne bir de hakime hukuki yorum bırakmayacak şekilde içerik yapıyorlar ya da doğrudan hukuki yorum yapıyorlar.

Oturum Başkanı - Benim kastım o değil. Hakimin tabii ki mesleki bilgisiyle çözmesi, karar vermesi gereken konularda bilirkişi mütalaası almaması gerekir. Uygulamanın bu yönde olmadığını da biliyorum. Ben de birçok hukuk davasında bilirkişilik yapmışımdır. Uzman gözüyle bir değerlendirme, hakimin karar vermesini kolaylaştırdığı için genellikle tercih edilir. Bir hukukçu bilirkişininin mütalaasını, düşüncesini ortaya koyması tercih edilir. Ha-

kimin, önündeki sorunu bu mütalaadan yaradım alarak mesleki bilgisiyle çözmesi gerekir.

Söz buraya gelmişken bir anekdot vereyim. Bir tenkis davasında zaman aşımı defii ileri sürülmüştü. Hakim, bilirkişi olarak bize: “Zaman aşımının gerçekleşip gerçekleşmemesi ihtimaline göre davacının iddiaları hakkında rapor verin” diye sordu. Ben de, o ayrı ihtimalleri dikkate olarak değerlendirmeler yapmıştım fakat çok karmaşık bir olaydı; beş ayrı ihtimal söz konusuydu. Tüm ihtimalleri değerlendirip, sonucu hakim beyeye verdim. Tabii hakim bey orada “Hocam, bunlardan hangisi?” diye sormuştu bana. Bir hakim, önüne bir karmaşık dava geldiği zaman şöyle düşündüğünü itiraf etmişti: “Benim böyle bir dosyayla uğraşmam ve karar vermem için başka hiçbir şey yapmayıp bir hafta, 10 gün bununla uğraşmam gerekir ki böyle bir zamanım yok”. Onu da anlıyorum tabii, onun o şekildeki iş yükünün fazlalığından doğan şikâyetini de anlıyorum.

Benim de zaten söylemek istediğim teknik konularda bilirkişiye başvurulması gerekliliği, yoksa hukuki konularda tabii ki asıl olan problemi hakimin kendi bilgisiyle çözmesidir.

Seda AKAY - Hocam, teknik konularda bilirkişiye elbette başvurulur; hepimizin her şeyi bilmesi gibi bir ihtimal zaten yok. Uygulama dahi bilmeyen biri olarak ben büyüklerimin yanında bu konu üzerinde çok fazla şey söyleyemem ama sayın savcının eğitim konusunda söylediğine kesinlikle katılıyorum. Hiç değilse, asgari temel bilginin hakimlerde olması daha iyi, daha sağlıklı kararların çıkmasını sağlayıp, bireyleri korkudan uzaklaştıracaktır. Aynı za-

manda ihtisas mahkemelerinin özelliği kararların uyuşmazlık konularında uzman hakimler tarafından verilmesi değil midir? Daha sağlıklı sonuçlar alabilmek için hukukçularda, hatta tüm toplumda bu konu hakkında asgari bilincin, bilginin oluşması gerekmektedir diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı - Seda Hanım doğru söylüyor; onu ben de teyit ediyorum. Elbette asgari düzeyde teknik kavramlara hakim olması gerekir hakimnin. Bilirkişi raporundan bahsettik ama biliyorsunuz ki bu raporlar istişari niteliktedir, bağlayıcı değildir. Bilirkişi raporunun kontrolü için de hakimnin o teknik asgari bilgiye sahip olması zorunluluğu vardır.

Katılımcı - Hocam, davaya bakan hakimnin, uyuşmazlık konusu hakkında asgari bilgiye sahip olması gerekir. Aslında gerektiğinden ziyade mutlaka sağlanması gerekir.

Oturum Başkanı - Evet, zaten sorulardan biri de bu yönde; erişim engellemelerinde yetki konusunu çözmek üzere ihtisas mahkemesi kurulup özel olarak görevlendirilmesi daha doğru olmaz mı diye bir soru var. Ne dersiniz?

Başak PURUT - Ben yaklaşık 5 senedir böyle bir şey olması gerektiğini düşünüyorum. Çok ilginçtir, bu konudaki tek yapılmış resmi açıklama Binali Yıldırım'dan geldi. "Öyle bir şey düşünmüyoruz" dedi ama Ulaştırma Bakanını ne sıfatla bunu söyledi? Niye Ulaştırma Bakanı söyledi? Onu daha çözebilmiş değilim. Aslında ihtisas mahkemesine gitmeyecekse bile, en azından yetkili mahkemeler tekleştirilebilir; her adliyenin birinci sulh ceza mahkemesi bu davalara baksın denilebilir.

Muammer YÜCEL - Bilişim suçlarıyla mücadele şubeleri kuruldu. Bilişim suçlarıyla görevli savcılar atanıyor büyük adliyelerde. O zaman geriye sadece bilişim suçlarına bakmakla görevli mahkemeler kaldı. Bu da çok kolaylıkla aynı kaçakçılık ve basın suçlarına bakan, trafik suçlarına bakan mahkemelerin belirlenmesi gibi bir kurul kararıyla yapılabilecek bir şey diye düşünüyorum.

Av. Sertel ŞIRACI - Ama bir çerçeve çizmek de belki bir sorun olabilir diye düşünüyoruz çünkü bununla ilgili mevzuata baktığımız zaman madde sayısı aslında az fakat biz bugün burada hakareti de konuşuyoruz, her türlü bir ceza ve hukukla ilgili konuyu da konuşuyoruz. Bugün marka, patent, vesaire, internetten ihlal edilmesi halinde mecburen bu kararı verecek olan mahkeme fikri mülkiyet mahkemesi ki o, o konuda ihtisas sahibi. Bunu internetten işleyen failin, bir marka ihlali olduğu zaman bunun gideceği mahkeme fikri mülkiyet mahkemesi mi olmalı, bilişimle ilgilenen mahkeme mi olmalı gibi bir sorunla da karşılaşabiliriz.

Oturum Başkanı - Peki, aslında ben soruları yönelttim, şu anda benim elimde başka soracağım soru yok bu çerçevede. Ancak, konuşmacılara son düşüncelerini ifade etmek üzere süre vereceğim fakat iki parmak görüyorum; hadi siz de konuşun, ondan sonra konuşmacılara son sözlerini açıklama imkânı verip oturumu kapatalım.

Pardon, soru vardı, dinleyelim, sonra. Yazılı bir şey mi vereceksiniz siz?

Katılımcı - Evet, benim tarafımdan okunması saygısızlık olur, bunun okunmasını rica ediyorum.

Oturum Başkanı - Çok uzun bu.

Katılımcı- Ben vatandaşım, teknik bilgim yok ama hukukun katledilmesi, yargı mensuplarına yönelik yazdığı bir şey.

Oturum Başkanı - Teşekkür ediyorum, ama böyle münferit bir şiiri burada okumayalım, beni mazur görün. Bunu bana özel olarak okuyun da, burada hazirun önünde böyle bir şeyi okumayalım.

Katılımcı - Ama tamamen hukuk ve cezayla ilgili.

Oturum Başkanı- Anladım da, hoşlanan olur, hoşlanmayan olur, ilginç olabilir, ama biraz oturumun amacına pek uygun bulmadığım için şiir okumayacağım.

Evet, soru, buyurun.

Katılımcı - internet sitesinde bir dolandırıcılık ibaresi yer alıyor. Ve biz direkt galiba mahkeme kararı ile erişime engellenmesi kararı veriyor mu, bu yoksa dolandırıcılık ibaresinin yer alması yeterli olur mu?

Muammer YÜCEL - İzninizle.

Oturum Başkanı - Buyurun.

Muammer YÜCEL - Yargıtay'ın hakarete ilişkin birçok kararında “*Terbiyesizlik etme*” demek bile, “*Lan*” demek bile hakaret olduğu için dolandırıcılık basit bir ibare olduğu için hakaret olduğunu sanıyorum buradaki tüm hukukçular fikir birliğiyle kabul edecektir. Or-

tada bir suç varsa bunun için ayrıca kolluktan başka bir talepte bulunulmaz. Nedir, ne olabilir? Kolluk da savcılık adına soruşturmayı hakaret olduğunu öngörerek sürdürmesi, ifadeleri tamamlayıp göndermesi istenir ama onun dışında doğrudan önüme gelen bir olayda olduğu gibi, içeriğin engellenmesi, içerik engellenemiyorsa erişimin engellenmesi biçiminde ben pratikte bunu tercihli talep ediyorum. Mahkeme böylece bir karar veriyor, genellikle de içerik engellendiriliyor. Bazı mahkemeler tercihin her ikisini de kabul ediyor, bu daha da pratik oluyor. Gönderiyorsunuz TİB içeriğini engelleyemiyorsa erişimi engelliyor. Böylece soruşturma sürecindeki zaman dilimleri daha kısalmış oluyor.

Katılımcı- Bu davalarda hangi mahkeme yetkili? Benim başıma gelen bir olayda savcı yetkisizlik kararı verdi.

Başak PURUT - Kabul etmiyor, yanlış savcıya gitmişiz.

Katılımcı- O yüzden ...

Muammer YÜCEL- Ben Aliğa'da çalışıyorum. Şu ??? tedbir talebi ???

Oturum Başkanı - Peki, teşekkür ediyoruz. Son bir söz daha vereceğim, konuşmacılara da öğleden önceki oturumda olduğu gibi üçer cümleyle en çok son düşüncelerini açıklamaları fırsatını verip oturumu kapatacağım. Evet, buyurun.

Katılımcı- Konular arasında değil ama sosyal mühendislik ve dolandırıcılık konusunda da görüşlerinizi alabilir miyim?

Oturum Başkanı - Ne konusunda? Anladınız mı siz? Ha, dolandırıcılık konusunda. Ama bu bir ceza hukuku kavramı, dolandırıcılık bir ceza özel hukuku içinde biliyorsunuz ayrı bir ders olarak anlatılır, çok uzun gider.

Katılımcı- ...

Oturum Başkanı - Bilişim hukukunda dolandırıcılık.

Peki, bu soruya var mı cevap vermek isteyen içimizde?

Başak PURUT - Aslında bu soruya sabahki ekip cevap verse daha iyi olacaktır diye düşünüyorum. Bir de sadece bir kelime sordunuz, o kelimenin tanımını mı istiyorsunuz, neyi istediğinizi bile anlamadım açıkçası.

Oturum Başkanı - Aslında o gerçekten öğleden önceki tartışmanın konusuydu, o zaman sorsaydınız daha iyi olurdu. Doğrusu benim de cevap verebileceğim bir konu değil ama Savcı Bey burada; belki ona sorabiliriz. Savcı Bey, bu dolandırıcılık suçu ile ilgili TCK'deki unsurlar, bilişim hukukunda da aranıyor mu?

Muammer YÜCEL - Aranıyor tabii. 158. maddede özel fıkra da var zaten. İlgili yasalarda özel hükümler de var. Tabii ki, sabahleyin örneğini vermeye çalıştığımız sosyal mühendislik olaylarında olduğu gibi bir kandırma ögesi varsa, bu bilişim yoluyla işlensin ya da işlenmesin suç ortadaysa sadece ilgili maddenin belirlenmesinde tartışmayı yapıyoruz. İlgili maddenin belirlenmesinde de savcı tek başına zaten belirleyici değil. Yargıç eylemin bir başka kanun maddesini ilgilendirdiği düşüncesiyle ek savunma vererek sonuçlandırabiliyor.

Oturum Başkanı - Peki, teşekkür ediyorum.

Şimdi konuşmacılara sırayla son açıklamalarını yapma aşamasına geldik. Evet, sözü Seda Hanım'a veriyorum, buyurun Seda Hanım.

Seda Akay - Üniversitede okurken insan hakları dersinde tartıştığımız ifade özgürlüğü, o zamanlar da gündemdeki popüler tartışmalardan biriydi. Hocamız Sayın Semih Gemalmaz kafamıza çaka çaka bir örnekle öğretmişti; *“İfade özgürlüğünü koruyacaksınız fakat hakaret asla ifade özgürlüğü kapsamına girmez; bunu da bileceksiniz. Yani ifade özgürlüğü korkulması gereken bir şey değildir”* demişti. Bu özgürlüğü korurken sizin çıkarlarınız zedelenmez. Benzer bir şeyin bu düzenlemeler için geçerli olduğunu düşünüyorum: Özgürlüğün genel kural; sınırlamanın, sansürün, engellenmenin ise istisna olması gerektiğine yürekten inanıyorum. Suç her zaman işlenir ve işlenecektir ama bunun da önlemi alınır fakat suç var diye özgürlükten de korkulmamalıdır demek istiyorum. Bu kadar.

Başak PURUT - Ben dinlediğiniz ve sabrettiğiniz için teşekkür ediyorum. Çok fazla konuştum; diğer arkadaşlar da benim yüzümden konuşamadıysa özür diliyorum. Sağ olun.

Oturum Başkanı- Peki, Sertel Bey, buyurun.

Av. Sertel ŞIRACI - Ben de teşekkür ederim bu saate kadar beklendiği için. Bugün konuştuğumuz, özellikle tartışma konusu olan, web 2. 0 konusunun demokrasinin bir parçası olduğunu yine tekrarlıyorum ama burada belki özellikle denetim mekanizmalarını gelişt-

tirmemizde fayda olduğunu, uyar kaldır dediğimiz konuyu kendi kendimize uygulayabilmemiz gerektiğini düşünüyorum. Bunun için hukukçulardan destek alınabilir veya belki bir birlik kurulabilir. Hani sigortacının TRAMER'i gibi belki bir sistem getirilebilir. Bu benzer konularla bu işlemlerin, bu işlerin önünün açılacağını düşünüyorum.

Yrd. Doç. Dr. İrfan AKIN - Son söz olarak buradaki herkese malum olan bir ilkedden bahsetmek istiyorum. Hukuk sonuçta, hak ve sorumluluk arasındaki dengeyi ifade eder. Anonimleşmek elbette güzeldir ama ne kadar hak o kadar sorumluluk. Bu şekilde son sözümü söylemek istiyorum.

3. OTURUM

ÇALIŞMA HAYATI VE BİLİŞİM HUKUKU

Taner SEVİM (*Oturum Başkanı*) - Sayın hocalarım, değerli konuklar; günün sonunda biraz tabii yorgunluk var ama üçüncü oturumumuzun konusu da çok enteresan. Önceki iki panelde oldukça verimli bilgilerle donatıldık. Üçüncü panelimizin konusu “*İnternet ve Çalışma Hayatı*”. Buna ilişkin olarak, sabahki oturumdan beri bahsedildiği üzere teknolojinin gelişmesiyle birlikte hayatımızın büyük bir bölümü teknoloji tarafından donatılmış vaziyette. Dolayısıyla, şirketlerin günlük yaşamındaki işlerini kolaylaştırmak bakımından da teknoloji şirketlere yüzde 100’e yakın bir biçimde girmiş vaziyette. Bunların içerisine araç takip sistemleri, cep telefonu ile takip sistemleri, şirket personelinin internet kullanımı dâhildir. Bu aşamada personelin internet kullanımı şirketin verimliliğini artırması yanında internetin zaman kaybedici nitelikli birtakım özellikleri nedeniyle de işçinin veya personelin interneti kendi lehine değerlendirmesi neticesinde işverene karşı iş görme borcunu zedeleyen bir durum ortaya çıkarmakta.

Bugünkü üçüncü panelin konusu da bu noktada ortaya çıkıyor. Konuşacağımız konular arasında iş yerinde internet kullanımı, şirketlerin bilgi güvenliği, iş yerindeki bilgisayarların personel tarafından şahsi kullanımları, işçilerle yapılacak gizlilik sözleşmelerinin anlamı veya bağlayıcılığı, personelin iş yerinde şahsi bilgisayarlarını kullanabilme durumları, şirket maillerinden gönderilen özel amaçlı ma-

illerin yarattığı sıkıntılar ve bunların şirket yetkililerini ne derecede bağladığı ile işçinin veya personelin bu neviden hareketlerinin iş sözleşmesine nasıl etki edeceği başlıkları vardır. Eğer vakit kalırsa özellikle son dönemdeki kriz nedeniyle oluşan masrafların ve maliyetlerin kısılması bakımından evden çalışma, uzaktan çalışma yöntemleri, uzaktan toplantılar, bu toplantılara uzaktan katılamama sonucunda iş akitlerinin feshedilip edilemeyeceği, altyapının olmaması nedeniyle iş akitlerine bunların etkisi başlıklarını da değerlendireceğiz.

Ben, öncelikle sözü Sayın Avukat Ali Osman Özdilek'e bırakacağım. Kendisi bize iş yerinde internet kullanımının 4857 sayılı Yasa kapsamında değerlendirmesini yapacak. Daha sonra bu konudaki Yargıtay kararları üzerinde güncel birtakım örnekler vererek Katılımcı arkadaşlarımızı güncel anlamda aydınlatmaya çalışacağız. Bu arada tabii sistem gereği interaktif bir ortam söz konusu olduğu için sorularınız oldukça konular gelişirken sorularınızı da arada almaya çalışacağız. Buyurun.

Av. Ali Osman ÖZDİLEK - Efendim, sözü öncelikle ben almak istedim. Çünkü iş hukuku ve bilişim hukukunun kesiştiği noktalarda çok sayıda uygulamamız oluyor ve yaşadıklarımız zaten ortak meseleler. Karşılaştığımız ortak sorunlardan bahsedip, dikkatinize sunmak istiyorum.

Özellikle bilişim teknolojileri geliştikten sonra ki 2000 yılları sonrasına denk geliyor, özellikle de internet kullanımı yaygınlaştıktan sonra iş yerlerinde bazı problemler baş gösterdi. Temel olarak hukuki bir dille ifade edecek

olursak, bu tür teknolojilerin kullanımının iş akdinin haklı nedenle feshi ve yeni yasamızla birlikte geçerli nedenle feshi meselesi öncelikli mesele olarak uygulamada ortaya çıkıyor. İkinci mesele ise, çalışanların gizlilik haklarıyla işverenlerin ticari sırlarının korunması ile işletmesinin menfaatlerinin korunması arasındaki çelişkinin ya da bu zıtlığın nasıl giderileceği ve buna ilişkin somut uyuşmazlıklar meselesi. Kısmen de iş hukukuyla da ilgili olan, çok sık rastladığımız üçüncü mesele ise özellikle haksız rekabet halleri ve rekabet yasağı ile alakalı olarak karşımıza çıkıyor. Bütün bunlar, iş hukukunun bilişimle kesiştiği noktalarda ortaya çıkıyor. Örneğin, haksız rekabet hallerinde ya da rekabet yasağının ihlali durumlarında genellikle bir şirketin müşteri portföyünün ya da diyelim ki bir tekstil şirketinin ürünlerinin tasarımlarının şifreyle korunan, korundukları yerden alınarak rakip firmalara verilmesi veya iki firma arasındaki yazışmalarda içeriden kişilerin firma bilgilerini bir diğerine bir şekilde aktarması veya örneğin çok hassas olan reklâmcılık sektöründe saniye saniye reklâm bilgisinin, reklam fiyatları bilgisinin bir şekilde aktarılması vs. gibi birtakım uygulamalara şahit olup, birtakım problemlere tanık olduk. Bu nedenle öncelikle bu meseleleri ortaya koymak istiyorum.

Birazdan söz bana tekrar geldiğinde Yargıtay'ın özellikle 2006 yılından bu yana istikrar kazanmaya başlamış olan çeşitli kararları var. Bunlardan sizin için burada belirtmek için seçtiğim bir-iki karar var Yargıtay'ın burada kullandığı ölçütleri ortaya koyan ve tartışılabilinecek birkaç karar da var; onları da

dikkatlerinize sunmak istiyorum. Benim söyleyeceklerim şimdilik bu kadar.

Oturum Başkanı - Şimdi ben Burcu Hanım'dan bir sınır çizmesini istiyorum. Personel iş yerinde interneti ne kadar kullanmalıdır? İşverenin buna zımni veya sarih kabulü söz konusu değilse interneti kullanabilmeli midir? Kullanamaması nereye kadardır? Bu konularda bizi biraz aydınlatabilme imkânınız olabilir mi?

Av. Burcu ERDOĞAN - Ben buna çok kısa cevap vereyim. Zaten birazdan Ali Osman Yargıtay kararlarından bahsettiği zaman daha net oturacak. Çünkü benim elimde olan kararlar ve okuduğum kararlar birbiriyle çok çelişkili. Yargıtay'ın bir kararında şöyle başlıyor: "*İşverenin açıkça veya örtülü izni olmaksızın iş yerinde internetin özel amaçlı olarak kullanımı yasaktır*". Benim bu cümleden anladığım şudur; sözleşmede açıkça internet kullanımını serbest bırakılmadığı sürece ortada bir yasak vardır ama Yargıtay kararlarına baktığımızda iş sözleşmesinin geçerli olarak feshedilmesi için 18. maddedeki şartları arıyor. Bundaki genel kriter işçinin açıkça sözleşmedeki maddelere aykırı olarak davranması. Bir yandan sözleşmede internet kullanımını açıkça serbest bırakılması; bir yandan da işçiyi işten çıkartmak için sözleşmede olmasının aranması biraz çelişiyor gibi gözüküyor aslında. Ancak Yargıtay kararlarında maalesef sadece bir sonuç kısmı veriliyor, bir de ilk yerel mahkemeden birkaç cümle verildiği için olayı tam olarak bilmiyoruz. Bundan dolayı sözleşmede en baştan belirtilmese bile benim kanaatimce, daha son-

radan talimatlarla bu yasaklanarak 25. maddeden dolayı da ısrarcı bir şekilde kullanıldığı zaman çıkartılabiliyor.

Oturum Başkanı - Yani şunu mu demek istiyorsunuz? İşveren, iş akdini yaptığı sırada bunu belirtmese dahi sonradan böyle bir hakkı vardır ve bu 22. maddede sayılan bir iş şartlarında değişiklik sayılmamalıdır.

Av. Burcu ERDOĞAN - Şu şekilde söyleyeyim o zaman: Daha sonradan talimatla eğer iş sözleşmesinde internet kullanımını kısıtlanmadıysa işveren daha sonra talimatla bunu kısıtlayacağı zaman, eğer işçinin çalışma şartlarında esaslı bir değişiklik meydana getiriyorsa işçinin buna yazılı olarak itiraz etme hakkı vardır.

Oturum Başkanı - Hangi şekilde bu iş şartlarında bir ağırlaştırma sayılabilecektir?

Av. Burcu ERDOĞAN -, Örneğin, gayrimenkul sektöründe çalışan bir firmada işçi bütün gün internet başında zaman geçiriyor.

Oturum Başkanı - İşle ilgiliyse problem yok. Zaten kullanmak zorundadır.

Av. Burcu ERDOĞAN - Tamam, kullanmak zorunda da; kullanımın ne kadarının şahsi ne kadarının iş ile ilgili olduğunun tespiti konusunda problemler ortaya çıkıyor. Hatta çoğu zaman tespit edilemiyor.

Oturum Başkanı - Anladığım kadarıyla burada 22. maddeyi tartışmak zor olacak.

Av. Burcu ERDOĞAN - Evet, işçinin özellikle çalışma şartlarında esaslı değişiklik sayılır mı, sayılmaz mı? Bu, tamamen somut olaya

göre değişir diye düşünüyorum. Bu konuda net bir şey söyleyemeyiz; daha sonradan kısıtlanabilir.

Katılımcı- Şöyle bir şey var: Avukat bürosunda çalışan meslektaşlarımız için internetin sürekli açık olmaması söz konusu değil; ancak diyelim ki MSN messenger sürekli açık. Diğer meslektaşlarım beni çalışıyor, işleri hallediyor zannediyorlar fakat ben aslında arkadaşlarımla yazışıyorum. Bunu nasıl ispat edeceğiz? Ben mahkemeye gittiğimde karşı taraf bana diyecek ki “*Olur mu, şahitlerim var. Ben diğer meslektaşlarımla veya müvekkillerle yazışıyorum*”. Burada büyük bir ispat sorunu yok mu?

Oturum Başkanı - İspat sorunu orada kesinlikle var. Zaten MSN kullanımına izin vermişseniz artık bunu denetleyip denetleyemeyeceğiniz konusunda da bir tartışma söz konusu ortaya çıkacaktır. Çünkü msn messenger’in takip edilmesi kişisel hakların ihlal edilmesine yol açacak mıdır? Özellikle maillerin işveren tarafından takibi sıkça rastlanılan bir durumdur. MSN’in takibi aslında bir kişisel hakkın ihlali midir, değil midir?

Av. Burcu ERDOĞAN - O tartışılır. Hukuka aykırı elde edilen delilden bahsediyorsan tartışalım ama zaten ortada haklı sebepli fesih vardır ama iş hukuku delilin hukuka aykırı elde edilmiş olup olmadığına bakmıyor. Ben bakan mahkemeyi de görmedim açıkçası. Bütün boşanma davalarında kullanılmıyor mu?

Katılımcı - Olması gereken bu değil aslında.

Salondan - Hatta yazılı belge bile alamaz iş hakimleri.

Av. Burcu ERDOĞAN - Ancak sonuçta takdir hakkına giriyor ve buna göre karar veriliyor.

Salondan - İki tane şahitle de işi bitirir.

Av. Burcu ERDOĞAN - Tek şahitle de bitirilir. Hatta karşı tarafın şahitliği de yeterlidir. O bir ispattır, delil orada.

Oturum Başkanı - Tabii iş hukuku bakımından ispat külfeti işverende olduğu için işveren bunu ispatla mükelleftir. Buradaki olayı, mağdurlar tarafından da tanıklığıyla ispat edebiliyorsa iş akdinin feshinde bir sorun olacağını zannetmiyorum. Birden fazla kişiyi taciz etmesi bakımından enteresan bir örnekmiş. Yanılmıyorsam, hakim aslında orada bilişimi bile kullanmaya gerek olmadan sonuca gidebilecektir. Dolayısıyla, orada bilişimin pek etkisi olduğu kanaatinde değilim. Burada bilişim yoluyla bir taciz söz konusudur ama delillendirmesi ve ispat yükü bakımından mağdur olan diğer banka personelinin tanıklığıyla iş mahkemesi hakimi sonuca gidecektir.

Av. Burcu ERDOĞAN - Bankalar da bankanlık gibi bir sistem kullanıyor; kendi uzantısı olanlarla ve bankaların en baştan ben iş sözleşmelerinde bütün yazışmalarının ve konuşmalarının kayıt altına alındığıyla ilgili bir imzaları da var; yani hukuka uygunluk sebebi var.

Muammer YÜCEL - Şirketlerin personeline tahsis ettiği GSM hatları da kısıtlı görüşmeye açılabilir, ancak yine de o kısıtlı görüşme dâhilinde yapılan, örneğin mesajlaşma ya da konuşma dökümlerinin herhangi bir biçimde

delil olarak kullanılması için hukuka aykırı hallerin söz konusu olması ve mahkeme kararı bulunması gerektiğini düşünüyorum. Aynı şekilde mail box'ları da çeşitli biçimlerde filtre etmek; belli mail adresleriyle yazışmayı sağlamak da mümkün. İşveren bunu yapmıyorsa tutup bunu kendi lehine canının istediği zaman kullanmasının da hukuka uygunluğunun tartışılması gerektiğini düşünüyorum.

Katılımcı - Ben de bir şey sormak istiyorum bu konuda.

Alan adı uzantıları, diyelim ki dülger.av.tr konusunda işçilerinize verdiğiniz bu alan adının özel işlerde kullanılmayacağına dair bir taahhüt imzalatsanız geçerli olur mu? Ben bunu özel yazışmalar...

Oturum Başkanı - Bu konuyu zaten birazdan örnekler kısmında tartışacağız, Ali Bey'in elinde de birtakım enteresan Yargıtay kararları var.

Buyurun Gökhan Bey.

Av. Gökhan AHİ- İnternet sitelerine girişte birtakım kısıtlamalar olmalı gibi bir sonuç çıktı. Tamam, olmalı diyoruz ama şimdi bir çelişki var. İşin içinde telefon olduğu zaman bu iletişim sayılıyor da Facebook bir iletişim değil mi, MSN bir iletişim değil mi?

Av. Burcu ERDOĞAN - Acil bir iletişim değil.

Gökhan AHİ - İşveren olarak MSN, Facebook veya özel telefonu da aynı şekilde kısıtlayabiliriz. Yok, bu iletişim değildir ve kısıtlanamaz denilirse yanlış olur. Çünkü onlar da iletişim araçlarıdır. Çünkü bunları kullanarak üçüncü kişilere anında ulaşmak mümkündür.

Av. Burcu ERDOĞAN - Gökhan, zaten kısıtlanabiliyorlar.

Av. Gökhan AHİ - Özel telefon kısıtlanabiliyor da iş telefonu niye kısıtlanamıyor?

Av. Burcu ERDOĞAN - Ben öyle bir karar buldum. İşveren telefonu da kısıtlayabiliyor ama doktoru arayacaksın bunu kısıtlayamaz. Mesela internette de sen acil hastasın, karnın ağrıyor, en yakın eczaneye bakacaksın, girdin, bunu da kısıtlayamaz ama iş yerine 15 tane gazete getirip akşama kadar okumanla internet açıp “Ben bunu kullanıyorum” demenin bence hiçbir farkı yok. O yüzden işverenin böyle kısıtlamalar yapma hakkı vardır diye düşünüyorum.

Av. Gökhan AHİ - Eğer öyle bir kısıtlama hakkı varsa telefona da kısıtlama getirmesi gerekiyor.

Av. Burcu ERDOĞAN - Zaten var diyorum. Ben Yargıtay kararlarını okudum; işveren işin niteliğine göre telefon da kısıtlayabiliyor. Tabii ki, acil durumlar hariç.

Av. Gökhan AHİ - Bilmiyorum ama burada konuşulandan otürü sanki “Kısıtlama iletişim özgürlüğüne sekte vurur.” gibi bir anlam çıktı. Böyle algıladığım için karşı duruyorum.

Av. Burcu ERDOĞAN - Kısıtlamak derken işçinin telefonunu kullanmasını engelleyemezsin, yanında tutabilir. Çünkü şahsi eşyasından birisidir. İnternet işverene ait bir şeydir değil mi? İşçi, iş yerinde çalışıyorsa oradaki internet bağlantısı işverene ait bir şeydir. O bilgisayar işverene ait; telefon ise işçinin şahsi

telefonudur. İşveren bunu belli bir yere kadar kısıtlayabilir.

Av. Gökhan AHİ - Ben tam anlatamadım.

Av. Burcu ERDOĞAN - Anlatamadın, evet. Ayrıca nitelikleri olarak da çok farklı Gökhan. Telefon anında bir iletişim aracıdır. Diğerleri anlık ileti olarak da geçse de Facebook, Twitter gibi araçlardan birine ulaşmanın ne aciliyeti olabilir? Çok acilse telefon kullanılır.

Av. Gökhan AHİ - Evet anlatamadım da iletişim faaliyetlerinin birbirinden ne farkı var? Biri ...

Av. Burcu ERDOĞAN - Nitelik farkı var.

Av. Gökhan AHİ - Nitelendirmesi ; “Telefon acildir, diğeri acil değildir” şeklinde mi yapıyor?

Av. Burcu ERDOĞAN - Dediğim gibi telefonla ilgili de var böyle bir karar.

Oturum Başkanı - Bu tartışmaya dışarıda devam edersiniz. Nihayetinde iş yerinde bir takım kişisel araçların kullanılması işverenin iznine tabi olarak ortaya çıkmaktadır; yani makul bir çerçevede, iş görme edimini engellemecek nitelikte bir kullanım söz konusu ise bir sakınca yoktur ama sabahtan akşama kadar telefonla konuşup iş yapmıyorsanız zaten iş akdinden kaynaklı iş görme edimini yerine getirmiyorsunuz demektir. Dolayısıyla, işverenin orada kısıtlama hakkı da ortaya çıkacaktır.

Katılımcı- İşçinin kullandığı bilgisayarı, işveren kontrol edebilir. Ancak işçi internete telefonundan bağlanıp, işveren odasına geldi-

ğinde telefonu işveren görmesin diye masanın altına koyuyorsa; işveren bunu nasıl engelleyecek?

Av. Burcu ERDOĞAN - Evet, ben bunlarla çok karşılaştım.

Oturum Başkanı - Kötü niyetin ötesine gidebilmek mümkün değil tabii, burada karşılıklı güven olmalı. İşveren de oturup bütün işçileri veya personeli her dakika kamera, vb. ile takip etme durumuna girerse zaten iş verimi diye bir şey söz konusu olmayacaktır. Aslında benim genel olarak benimsediğim bir prensip vardır. İşçi, iş görme edinimi gereği gibi yerine getirebiliyorsa telefonundan internete girmesinin bir sakıncası yoktur. Zaten bunun dozajını fazla artırdığı noktada da işini gerektiği gibi yerine getiremeyecektir. Dolayısıyla, internete telefonundan mı girmiş, gazete mi okumuş veya başka bir şey mi yapmış onun bir önemi kalmıyor. Çünkü zaten iş görme edinimi yerine getiremiyor.

Ben şimdi sözü Ali Bey'e vereceğim. O da bize internetin kullanımıyla ilgili Yargıtay'ın emsal örneklerinden faydalanarak bu bir geçerli sebep midir, haklı sebep midir, hangi hallerde haklı sebep olabilir veya hiçbir sebebi yok mudur? gibi soruların cevaplarını verecek.

Av. Ali Osman ÖZDİLEK- İki karardan bahsetmek istiyorum. Bu iki karar da bizim aslında burada konuştuklarımızı nakşeden kararlar. Az önce Taner Bey'in söylediği konuyu özellikle hassas bir çalışan tipinde bilgi işlem departmanı müdürü özelinde inceleyen bir karar var ve orada ileri sürülen şey, birazdan

göreceksiniz, genellikle bilgi işlem çalışanları daha esnek çalışmaya yatkın olan; gün içerisinde de çeşitli başka faaliyetlerde de bulunan insanlardır ve orada ileri sürülen husus da tam Taner Bey'in söylediği gibidir; işini gördüğü müddetçe ne yaptığının önemi yoktur. Fakat Yargıtay kararları bunları biraz nakşediyor.

Bu iki kararı da okumak istiyorum ancak bundan önce şunu söylemek isterim: Özellikle 2000'li yılların başlarında bu sorunlar artmaya başlayınca müvekkillerimiz bizlere başlayınca başvurular ve "*Biz ne yapacağız? Biz bugüne kadar hizmet sözleşmelerimizde bunları öngörmemiştik ama bu kullanım o kadar çeşitlendi, yayıldı ki; şimdi ne yapabiliriz?*" diye sorduklarında biz de çözüm yolu olarak işverenin talimat verme hakkı doğrultusunda birtakım talimatlar hazırladık ve o günden bugüne de hazırlamaya devam ediyoruz. Gün geçtikçe de bunları geliştiriyoruz. Ancak gerçeği söylemek gerekirse 2000, 2001, 2002, 2003 yıllarında yazdığımız talimatları test edecek imkânımız yoktu. Çünkü henüz bir mahkeme bu konuda bir karar vermiş değildi fakat 2006 yılından bu yana gelen kararlar ışığında gördüğümüz üzere çok farklı isimlerle adlandırılrsa da bugün hemen hemen tüm kurumsal firmalarda bu tür talimatlar, prosedürler var. Yargıtay kararlarında bunlara atıflar yapıldığını görmeye başladık ve dolayısıyla bu yaptığımız uygulamanın aslında bir ölçüde doğru olduğunu Yargıtay tarafından da görmüş olduk. Ben bu konuyla ilgili yurt dışında yaşadığım dönemlerde hizmet akitlerinde gizlilik maddesi, elektronik posta kullanımı, vb. ile bunların insanların

anayasal haklarıyla, işverenlerin ticari çıkarları arasındaki bu çatışmayı bağdaştırma denemesinde bulunmak için bir makale yazmıştım fakat makale sonucunda bu işin ancak bir çalışma barışı tesis edilerek karşılıklı olabileceği gibi bir sonuca varmıştım. Bunu da hukuki araçlarla tesis etmenin yolu olarak; eğer bir toplu iş sözleşmesi varsa oraya konulmasıyla, yoksa hizmet akitlerine konulmasıyla veya hizmet akitlerinin eki niteliğindeki talimatlarla karşılıklı ödünler verilerek bu işin çözümlenmesi ve çalışma barışının çalışma yaşamında tesis edilmesi gerektiğini ileri sürmüştüm. Gerçekten de uygulamada baktığımızda, saf bir şekilde internetin tümüyle yasaklandığını görmüyoruz ya da saf bir şekilde her şeyin serbest olduğunu görmüyoruz. Gerçekten de iş yerlerinin kendi iç dinamikleri var, kendi kültürleri var, buna göre biçimlenen çeşitli uzlaşmalar var.

Örneğin, müvekkil firmalarımızdan birinde günde sınırsız defa internete girebiliyorsunuz fakat sistem sizi içeride en fazla 10 dakika tutuyor ve belli sitelere girmenizi de engelliyor. Biz iş sözleşmelerini kurulan bu teknik sisteme göre düzenledik. Bunun gibi çok çeşitli örneklerle bu tip sorunlar bağdaştırılmaya çalışılıyor.

Bunu kısaca belirttikten sonra, özellikle seçtiğim iki kararı sizlere okumak istiyorum. Ayrıca referans almak isteyenler için de numaralarını verebilirim. İlk kararımız 9. Hukuk Dairesinin 2006/30107 esas sayılı kararı, 2007/2011 karar 5 Şubat 2007 tarihli.

Efendim, bu dava bir işe iade davası ve malum olduğu üzere davalı diyor ki “Benim iş sözleşmem, işverenim tarafından geçerli neden olmadan feshedildi. Feshin geçersizliğini ve işe iademe karar verilmesini istiyorum”. Karar da şu şekilde: “Davalı işveren vekili davacının iş sözleşmesinin şirket bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanımı ile ilgili prosedüre uymayarak 15 Haziran 2006 tarihinde yayınlamış olduğu elektronik posta nedeniyle disiplin kurulunun 19 Haziran 2006 tarihli kararı doğrultusunda toplu iş sözleşmesinin eki, iç yönetmeliğinin 37/30. maddesinde belirtilen edep ve ahlak ile bağdaşmayacak hareketlerde bulunmak, iş yerinin disiplin ve ahengini bozacak davranışlar göstermek kuralına aykırı davrandığının tespit edilmesi nedeniyle İş Kanununun 25/2 maddesi uyarınca feshedildiğini savunmuştur.”

Yerel mahkeme şunu söylüyor: “Davacı işçi tarafından işçilere gönderilen 1998 tarihli gazete haberinin işverenin aleyhine bir yazı olmadığı, sendika aleyhinde bir yazı olduğu, davacının iş yerinde şirket bilgisayarından indirerek arkadaşlarına yine şirket bilgisayarından göndermesinin doğru bir davranış olmadığı ancak feshin ağır olduğu, kınama ve uyarma cezası verilebileceği, davacının habere yorum ekmediği, feshin haksız olduğu, geçerli nedenlere de dayanmadığı gerekçesiyle davalının kabulüne karar vermiştir” Bu aşamadan sonra davalı temyiz ediyor ve Yargıtay şöyle başlıyor incelemeye ve diyor ki, “4857 sayılı İş Kanununun 18. maddesinde iş sözleşmesinin işveren tarafından işçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan geçerli bir sebebe

dayanılarak feshedilebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu geçerli sebepler İş Kanununun 25. maddesinde belirtilen derhal fesih için öngörülen sebepler yanında bu nitelikte olmamakla birlikte işçinin ve iş yerinin normal yürüyüşünü olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin yeterliliğinden veya davranışlarından kaynaklanan sebepler ancak iş yerinde olumsuzluklara yol açması halinde fesih için geçerli sebep olabilirler.” Bir kriter daha, çok önemlidir, “İş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli nedenlere dayandığı kabul edilmelidir” diyerek genel ilkeleri ortaya koyduktan sonra somut uyuşmazlığa geliyor.

Somut uyuşmazlık da “Davalı işveren tarafından yönetim hakkı çerçevesinde yayınlanan bilgisayar kaynaklarının amacına uygun kullanılmasıyla ilgili iş yeri iç düzenlemesine”, bakın gördüğünüz gibi doğrudan atıf yapıyor buraya “ve buna aykırı davranışın disiplin cezası gerektirdiğini bilmesine rağmen davacının şirket bilgisayarını mesai saatleri içinde kişisel e-maile kullandığı ve sendikayla ilgili bir iş yerindeyken çalışan birçok arkadaşının mailine gönderdiği anlaşılmaktadır. Davacının bu davranışı şirketin iç işleyişiyle ilgili düzenlenen kurala aykırı olduğu gibi mesai saatleri içinde kişisel ihtiyaçlarında iş yeri bilgisayarını kullanarak iş görme edimini yeterince yerine getirmediği, bu davranışının iş yerinde olumsuzluklara neden olduğu, feshin geçerli nedene dayandığı anlaşılmaktadır. Esasen kabule göre geçerli neden mahkemenin de kabulündedir, mahkeme davranışın doğru olmadığını, ancak

haklı feshin ağır bir sonuç olduğunu belirtmiştir, iş sözleşmesinin haksız feshedildiği değerlendirilmesi yerinde olmakla birlikte her haksız fesih geçersiz fesih değildir gerçeğinden hareketle feshin davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayandığının kabul edilmesi gerekir, davanın reddi yerine kabulü hatalıdır.”

Bu benim eskiye doğru giderek bulabildiğim ve bu konudaki ilkeleri ilk olarak ortaya koyduğunu düşündüğüm karar. Bence özellikle iş yeri iç kurallarına, işverenin talimat verme hakkı kapsamında yayınladığı kurallara atıf yapması bakımından da önemlidir.

Bu diğer kararımız ise biraz daha uzun, o yüzden sabrınızı rica ediyorum ancak uzunluğu Yargıtay'ın gerekçelerini tek tek ortaya koymasından kaynaklanıyor. Yargıtay burada bu işi, her elektronik posta ya da internet kullananı birden iş akdine son verilmemesi için inceleyip sık dokumuş ve “*Şu şartlar bir araya gelirse böyle olur*” diye iradesini ortaya koyuyor.

Bu dava da aynı şekilde işe iade davası fakat bunun ayırıcı özelliği davacı bilgi işlem müdürü olması. Bununla ilgili argümanı da biraz ilerde okuyacağız. Bilirkişi raporunda dahi aynı argüman vardır ve gerçekte de böyledir. Mühendislerin çalışmalarında olsun, bilgi işlem teknolojileri çalışanlarında olsun esnek bir çalışma yöntemi vardır. Hatta benim bir müvekkil şirketim ARGE faaliyetinde bulunuyor ve orada çalışan mühendisler tamamen esnek çalışma düzeni içinde çalışmaktadırlar; evden, işlerinden veya herhangi bir yerden.

Karara gelecek olursak, efendim bu karar da yine 9. Hukuk Dairesi'nin kararı, 2008/36305 esas sayılı, 2009/12393 karar sayılı, nispeten yeni bir karar, 4 Mayıs 2009 tarihli.

Karar: Davacı vekili davacının iş sözleşmesinin ortada hiçbir somut ve geçerli bir neden olmadan haksız ve kanunsuz bir şekilde davalı şirket tarafından sona erdirildiğini, yapılan fesihle fesih sebebinin açık ve kesin olarak belirtilmediğini, gerçek dışı ve soyut ifadelerle verilen bir fesih bildirimini yazıldığını belirterek feshin geçersizliğine ve davacının işe iadesine karar verilmesini talep etmiş. Davalı ise davalı iş yerinde IT planlama ve bütçe kontrol birim yöneticisi olarak sürdürdüğü görevinde yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ifa etmediğini, bu hususta ısrar ettiğini ve savaştırmadan ötürü iş güvenliğini tehlikeye düşürdüğünü, ayrıca işverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiğini, asılsız isnatlarda bulunduğunu, mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde gezerek işverenin güvenini kötüye kullandığını, doğruluk ve bağlılığa uymayan bu davranışı nedeniyle iş sözleşmesinin 25/2 maddesi uyarınca feshedildiğini, davanın reddi gerektiğini savunmuştur.

Yargıtay bundan sonra yerel mahkemenin değerlendirmesine atıf yapıyor: *“Mahkemece bilirkişi heyetinden alınan rapor ve ek rapora itibar edilerek denetim raporunun 2006 yılına ait olup genel nitelikte olduğu”,* anlaşıldığı kadarıyla burası bir banka, bir denetimden geçmiş ve o denetim raporu delil olarak sunul-

muş, “Genel nitelikte olduğu, özelde davacıya yönelik olmadığı, risklerin değerlendirildiği, bunlara yönelik çözümlerin önerildiği, yapılan tespitlerin davacının iş sözleşmesinin haklı nedenle feshini gerektirmediği gibi hak düşürücü sürenin geçtiğini, davacının yasaklanmış veya yasa dışı internet sitelerine girdiğine dair belge ve kanıt sunulmadığını, davacının işveren veya iş yeri hakkında şeref ve haysiyet kırıcı asılsız isnatlarda bulunduğu, işverenin gıyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf ettiği yönündeki savunmanın da kanıtlanmadığı, feshin geçerli nedene dayanmadığı gerekçesiyle davanın kabulüne karar verilmiştir.”

Karar aynı tarihlerde aynı nedenle iş sözleşmesi feshedilen diğer bir işçinin açtığı davada verilen feshin geçersizliği kararı gerekçe göstererek davalı vekil tarafından temyiz edilmiştir. Aynı iş yerinde iki vaka olmuş, ikisi de benzer nitelikte ve ilk vakada feshin geçersizliği gerekçe gösterilerek davalı vekili temyiz istemiş.

Şimdi Yargıtay incelemeye giriyor yavaş yavaş. Önce yine genel ilkeleri bir kez daha ortaya koyuyor ki 1825 sayılı Kanun’ un ayrımı önemlidir: “İş Kanununun 18. maddesi işverene işçinin davranışlarından ve yeterliğinden kaynaklanan nedenlerle iş sözleşmesini feshetme yetkisi vermiştir. İşçinin davranışlarından kaynaklanan fesihle takip edilen amaç işçinin daha önce işlediği iş sözleşmesine aykırı davranışları cezalandırmak veya yaptırıma bağlamak değil”, bakın çok ilginç bir tespit yapıyor ve ekliyor “onun sözleşmesel yükümlülükleri ihlale devam etmesi, tekrarlaması rizikosundan kaçınmaktır. İşçinin davranışları nedeniyle

iş sözleşmesinin feshedilebilmesi için işçinin iş sözleşmesine aykırı, sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir.” Bakın, gerçekten çok ince kriterler iş sözleşmelerinde hep göz ardı edilir diyoruz ama iş sözleşmelerinde bazı kriterler ortaya koyuyor ve diyor ki “İşçinin sözleşmeyi ihlal eden bir davranışının varlığı gerekir. İşçinin kusurlu davranışıyla sözleşmeye aykırı davranmış ve bunun sonucunda iş ilişkisi olumsuz bir şekilde etkilenmişse işçinin davranışından kaynaklanan geçerli bir fesih söz konusu olur. Buna karşılık işçinin kusur ve ihmaline dayanmayan sözleşmeye aykırı davranışlarından dolayı işçiye bir sorumluluk yüklenemeyeceğinden işçinin davranışlarından kaynaklanan geçerli fesih nedeninden de bahsedilemez. İşçinin davranışlarından ve yeterliliğinden kaynaklanan nedenler aynı Yasanın 25. maddesinde belirtilen nedenler yanında bu nitelikte olmamakla birlikte iş yerlerinde işin görülmesini önemli ölçüde olumsuz etkileyen nedenlerdir. İşçinin davranışlarından ve yetersizliğinden kaynaklanan nedenler de iş ilişkisinin sürdürülmesinin işveren açısından önemli ve makul ölçüler içinde beklenemeyeceği durumlarda feshin geçerli nedenlere dayandığını kabul etmek gerekecektir. İşçinin davranışlarına dayanan fesih her şeyden önce iş sözleşmesinin işçi tarafından ihlal edilmesini şart koşmaktadır. Bu itibarla önce işçiye somut olarak hangi sözleşmesel yükümlülüğün yüklendiğinin belirlenmesi, daha sonra işçinin hangi davranışıyla somut sözleşme yükümlülüğünü ihlal ettiğinin eksiksiz olarak tespit edilmesi gerekir”; yani Yargıtay burada “Somutlaştıracaksınız, işçiye bir şeyi yapma diyorsanız, onu da çok somut

biçimde ortaya koyacaksınız” diyor. “Şüphesiz işçinin iş sözleşmesinin ihlali işverene derhal feshetme hakkını verecek ağırlıkta olup olmadığı da bu bağlamda incelenmelidir. Daha sonra ise işçinin istese yükümlülüğünü somut olarak ihlal etmekten kaçınabilip kaçınamayacağını belirlenmesi gerekir. İşçinin somut olarak tespit edilmiş sözleşme ihlali nedeniyle işverenin işletmesel menfaatlerinin zarar görmüş olması da şarttır.”

Burada Yargıtay, arka arkaya beş, altı tane şartı birbirlerinden bağımsız olarak değil; birbirlerine bağlayarak ortaya koyuyor.

Bundan sonraki açıklamalar gerçekten isabetli: “İşçinin iş görme borcu işverenin yönetim hakkı kapsamında vereceği talimatlarla somutlaştırılır”; yani siz işveren olarak hizmet akdinde her şeyi çok ayrıntılı yazmak zorunda değilsiniz; talimatlarla iş görme borcunu, edimini somutlaştırabilirsiniz. “İşverenin yönetim hakkının karıştını işçinin işverenin talimatlarına uyma borcu teşkil eder. İşveren talimat hakkına istinaden iş sözleşmesinde ana hatlarıyla belirlenen iş görme ediminin nerede, nasıl ve ne zaman yapılacağını düzenler. Günlük çalışma süresinin başlangıç ve bitiş saatlerini, ara dinlenmesinin nasıl uygulanacağını, iş yerinde işin dağıtımına ilişkin ya da kullanılacak araç, gereç ve teknikler konusunda verilecek talimatlar bu türden talimatlar arasında kabul edilirler. İşverenin yönetim hakkı iş yerlerinde düzenin sağlanmasına ve işçinin davranışlarına yönelik talimat vermeyi de kapsar. İşçinin iş sözleşmesini ihlal edip etmediğinin tespitinde, sadece asli edim yükümlülükleri değil; Kanundan veya

dürüstlük kuralından doğan yan edim yükümlülükleriyle yan yükümlerin de dikkate alınması gerekir. Sadakat yükümü sözleşmenin taraflarına sözleşme ilişkisinden doğan borçların ifasında karşı tarafın şahsına, mülkiyetine ve hukuken konan değer varlıklarına zarar verme, keza sözleşme ilişkisinin kapsamı dışında sözleşmeyle güdülen amacı tehlikeye sokacak, özellikle karşılıklı duyuları, güveni sarsacak her türlü davranıştan kaçınma yükümlülüğünü yüklemektedir.”

Yargıtay, şimdi somut olaya geliyor. Bu karar, benim görebildiğim Yargıtay kararları içerisinde en net ve detaylı biçimde ortaya koyan karar.

“Dosya içeriğine göre davacı için iş sözleşmesi savunması da alınarak ve üç neden belirtilerek feshedilmiştir. Bu nedenler: 1) Yapmakla yükümlü bulunduğu görevleri hatırlatıldığı halde ifa etmeme, bu hususta ısrar etme, 2) İşverenin giyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etme, asılsız isnatlarda bulunma ve 3) Mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde gezerek işverenin güvenini kötüye kullanma nedenleridir. Açıklanan nedenlerden yapmakla görevleri hatırlatıldığı halde yapmama ve ısrar etme nedeniyle ilgili kanıt sunulamadığından fesih gerekçesi yerinde değildir.

Davacı işçinin iş sözleşmesinin feshinde ikinci neden olarak davacının iş sözleşmesi aynı nedenle feshedilen diğer bir işçiyle elektronik ortamda karşılıklı gönderdiği e-maillerde işverenin giyabında şeref ve namusuna dokunacak sözler sarf etmesi ve asılsız isnatlarda

bulunması gösterilmiştir. Bu konuda e-mail kayıtları sunulmuştur. Bu kayıtlarda davacıya gelen elektronik postada diğer işçinin tarihli elektronik postalarda arka komşusuyla birlikte “Cici eleman olmaya çalışıyor ve adamların hayvanlığından, normal olacak bir olayı entrikalarla donatıyorlar” şeklinde beyanlarda bulunduğu, diğer işçinin bu beyanlarını davacının onayladığı, diğer işçinin feshin geçersizliği davasında bu sözlerin geçerli neden kabul edildiği ve açılan davanın reddine karar verildiği, Dairemizin esasında inceleyip onanmasına da karar verildiği anlaşılmaktadır. Davacının iş sözleşmesinin feshinde en önemli nedenlerden biri olarak mesai saatleri içerisinde internette oyun oynayarak ve çeşitli haber sitelerinde zaman geçirmesi gösterilmiştir. Gerçekten de işveren bu konuda kayıtlar sunmuş olup bilirkişi heyet raporunda da davacının her gün kısa süreli de olsa iş amaçlı bilgisayarında internet alışveriş ve oyun sitelerine girdiği, bir yıl içerisinde”, ki burası kararın en tartışmalı yeridir, “bir yıl içerisinde altı kez yarım saat, altı kez de bir saatin üzerinde internette zaman geçirdiği tespit edilmiştir. Ancak bilirkişiler bilgisayar yazılım ve yönetiminde görev alan personelin zamanı boşa harcadığının tek göstergesinin üstlenilen işi yetiştirmemesi ve zararın oluşması olduğunu, bunun ise kanıtlanmadığını, bu nedenle feshin geçerli nedene dayanmadığını belirtmişlerdir.” Buna karşılık ise davalının sunduğu delilleri inceliyor Yargıtay ve diyor ki “Davalının sunduğu ve çalışanların uymakla yükümlü oldukları banka etik kurallarının 20. maddesinde çalışanların adalet, doğruluk, dürüstlük, güvenilirlik ve sosyal sorumluluk prensiplerine aykırı

davranışlarda bulunmayacağı ve bankaya ait varlıkları ve kaynakları verimsiz ve amaç dışı kullanmayacağı kurallarına yer verilmiştir. Bu etik kurallar iş sözleşmesinin eki niteliğindedir. Davacının iş amaçlı bilgisayarını mesai saatleri içerisinde internet alışveriş ve oyun sitelerine birden fazla girmek suretiyle amacı dışında kullandığı ve bu süre zarfında zamanını iş görme edimine harcamadığı anlaşılmaktadır. Üstlenilen işi yetiştirmesi veya işverenin zararının oluşmaması bu olumsuz davranışı ortadan kaldırmaz. Davacı yan yükümlülüğünü ihlal etmiştir. Bu davranışının diğer işçi gibi iş yerinde olumsuzluklara yol açtığı ve iş ilişkisinin işveren açısından devam ettirilmesinin beklenmez bir hal aldığı anlaşılmaktadır. İşverenin iş sözleşmesini feshetmesi davacının davranışlarından kaynaklanan nedene dayanmaktadır. Davanın reddi yerine yazılı şekilde kabulü hatalıdır.”

2006 ve 2009 arasındaki periyodu kapsayan bu iki karardan da anlaşılacağı üzere ve bizzat Yargıtay 9. Hukuk Dairesi üyesine sorduğum sorulardan da anladığıma göre Yargıtay'ın bu konudaki içtihadı giderek kemikleşiyor. Bundan sonra da bu tür kararların bu etik kurallar, prosedürler, talimatlar gibi metinlere atıflar da yapılarak ve de iş sözleşmelerinin de önemli ölçüde yorumlanması suretiyle bu şekilde devam edeceğini düşünüyorum. Tabii ki bu kararlar tartışılacak niteliktedir. Somut olaya ilişkin verdiği altı saat internete girmiş vb. ama bizi hukukçu olarak burada ilgilendiren, özellikle beni ilgilendiren kısımlar koyduğu genel ilkeler, genel ilkelere getirdiği istisnalar, işe iade taleplerinin kabul

edilebilirliği veya haklı nedenle feshin kabul edilebilirliği açısından getirdiği kriterlerin net biçimde bilişimle bağlantılı olarak ortaya konulmuş olmasıdır.

Burada bir şeyi daha eklemek istiyorum; bir önceki oturumda bilişim mahkemeleri kurulması gibi bir fikir ortaya atıldı. Bu sürekli söylenen bir şeydir. Biz bu konuda şöyle düşünüyoruz: Bizce bilişim yatay bir hukuk dalıdır. Bakın, hukuk dalıdır diyorum. Bunu Türk Ticaret Kanunu' nun tasarısının ön sözüne de bakarsanız Ünal Tekinalp Hocamız da artık bunun ayrı bir hukuk dalı haline geldiğini kabul etti ve birçok insan da bunu kabul ediyor. Ancak biz bunun dikey bir hukuk dalı değil; yatay eksende tüm hukuk dallarını kesen bir hukuk dalı olduğunu düşünüyoruz ve bu nedenle de bilişim hukukuna yönelik ihtisas mahkemelerinin kurulmaması gerektiğini düşünüyoruz. Nitekim uygulamadan verilen tüm örneklerde de bu sempozyum boyunca aile hukukundan kamu ihale hukukuna kadar birçok alanda bilişimle ilgili problemlerin ortaya çıktığını görüyoruz. Bu konuda da görüşümü bu şekilde belirtmek istedim.

Oturum Başkanı - Bu iki Yargıtay kararından da anladığımız kadarıyla iş yerinde iş yeri bilgisayarlarının kişisel anlamda kullanılmasının kabul görmemektedir. Tabi Yargıtay'ın altı kez yarım saat, altı kez bir saatten fazla girdi gibi enteresan kriterler koymuş olmasının sorunlara yol açacağı ortadadır. Çünkü örneğin bir personel işe geldi, sabah maillerine bakarken bir alışveriş sitesine girdi ve patronun verdiği bir iş nedeniyle dışarı çıktı. Dolayısıyla, o

site açık kalmaya devam ediyor. Akşama kadar bu arkadaş dışarıdaysa, geldiğinde iş akdinin feshiyle karşılaşabilme imkânı söz konusu olacaktır. Bu açıdan bakınca enteresan gözüküyor.

Bir de Yargıtay burada bizim görüşümüze de aykırı bir karar vermiş. Biz dedik, işini gördüğü sürece önemli değil ama bu savunmaya pek değer vermemiş anladığım kadarıyla. Bu kararlar çerçevesinde soru yöneltmek isteyen varsa veya bu kararları değerlendirecek bir görüş ya da paylaşımında bulunmak isteyen varsa onu alayım; ondan sonra başka bir konuya geçeceğim.

Ben Burcu Hanım'a sormak istiyorum; iş yerinde personel bilgisayarı kullanıyor. Bu sırada bir kurumu kötüleyici veya bir hakaret içerikli mail gönderiyor veyahut bu bilgisayarlardan bir site oluşturuyor bir kurum hakkında ve yüklemelerini de iş yeri bilgisayarından yapıyor. Dolayısıyla, bu duruma mağdur olan kişilerin şikâyeti üzerine IP takibiyle şirket yetkilileri savcılık makamına çağrılıyor. Ancak burada işveren tabii ki mağdurdur. Şirkette iç IP kaydı da tutulmuyorsa bunun kimin tarafından yapıldığı da belirlenemeyecektir. Buradaki sorunlar konusunda biraz bize bilgi verebilir misiniz?

Av. Burcu ERDOĞAN - Aslında sabah Gökhan açıkladı sanırım. Aynı konuyla ilgili konuşmuşlardı ama bununla ilgili şöyle bir düzenleme olabilir; hatta 5651 sayılı Yasa'daki toplu kullanım sağlayıcılarla ilgili yönetmeliği kullanarak ben de tartışabilirim. Bana göre bazı iş yerleri, bazı demeyeyim de, iş yerlerini

buraya geniş bir yorumla sokabiliriz aslında, çünkü ticari olmayan toplu kullanım sağlayıcılardan da bahsediyor 5651 ve bunların alt IP logu tutmak zorunda olduklarını söylüyor ki hangi bilgisayardan hangi işlem yapıldığı tespit edilsin; daha doğrusu suçluya rahat ulaşılabilsin diye. Bu noktada iş yerlerinde, birden fazla bilgisayar bulunan yerlerde mutlaka işveren alt IP kaydı tutmalı. Buna internet kafeleri örnek verebiliriz. İnternet kafelerde 50-60 tane bilgisayar var ve işlemin hangi bilgisayardan yapıldığını anlamak için kayıt tutmak yasayla zorunlu hale getirilmiş durumda. Aynı şey iş yerleri için de getirildiği takdirde bence bu konuda ortaya hiçbir sorun çıkmayacağını düşünüyorum. Hangi bilgisayardan internete bağlanıldığı bilirse alt IP kaydı tutmak o kadar zor bir şey değil.

Oturum Başkanı - Tamam, işveren alt IP kaydı tuttu ve olay böyle bir durumda meydana geldi. İşveren de baktı ki x personelinin IP'sinden böyle bir şey yapılmış. O da "*Ben kalıyorum, geliyorum; herhangi biri tarafından bu yapılmış olabilir*" gibi bir savunma getirdi. Bu durumda özellikle Ali Bey'e sormak istiyorum, çünkü bu dijital sözleşmeler konusunda ilk gündem maddesi yaratan kişidir kendisi. Personelin bu savunmayı yapmasını engellemek için ne yapmak gerekir?

Av. Ali Osman ÖZDİLEK - Az önceki Yargıtay kararları da bunları ortaya koyuyor aslında; işçinin ediminin somutlaştırılması gerekiyor. Dolayısıyla, biz en azından uygulamada müvekkillerimizle yaptığımız çalışmalarda bunu böyle yapıyoruz. "*Size verilen şifreler*

kişiye özeldir, kimseyle paylaşamaz ya da yerinizden ayrıldığınızda bilgisayarınızı kilitlemek durumundasınız” gibi çeşitli talimatları yine işverenin talimat verme yetkisi kapsamında veriyoruz. Ancak işin ceza hukuku boyutu tabii ki biraz farklı. Tabii Volkan Dülger burada; biz konuşamayız ama birkaç teoriyi ele almak lazım. Suçta ve cezada kanunilik ilkesi ile cezaların şahsiliği prensipleri en önemli ilkelerimiz. Bu yüzden sorunuzun ilk kısmında yönetim kurulu üyeleri savcının karşısına götürülüyor. Bu bizim çok başımıza geldi. Bu konuda da yazılan Dr. Zeynel Temel Kangal’ın “*Tüzel Kişilerin Ceza Sorumluluğu*” isimli bir kitabı var. Ben de oradaki görüşlere katılıyorum.

Av. Ali Osman ÖZDİLEK - Suça teşviki, bir şekilde azmettirmesi veya bir şekilde iştiraki veya onu benimsediği yönünde bir kanaat yoksa kanaatimce yönetim kurulu üyelerinin bu tür eylemlerden dolayı; özellikle de cezaların şahsiliği prensibi de göz önüne alınarak sorumlu tutulmaması gerektiğini düşünüyorum.

İkinci olarak ise, çalışanlar önümüze “*Ben o sırada bir yere gitmiştim, başkası yapmıştı*” gibi savunmalarla gerçekten defalarca geldiler. Ancak doktrinde “Görünür Gerçeklik Teorisi” vardır: Görünür gerçeklikte bu o kişiye teslim edilmiş bir bilgisayardır. Özellikle de bu edimi iş sözleşmesiyle somutlaştırmışsak, sözleşme ile bu teoriyi birleştirdiğimizde kişilerin artık bunu iddia ederek sıyrılmalarının pek mümkün olmadığını düşünüyorum.

Bilirkişilik yaptığım bir davada, iki ticaret şirketi arasındaki bir davada davacı şunu söylüyordu: Davalı, davacıdan aldığı bir ürünün

bozuk çıktığını iddia ederek davacının müşterilerine bir elektronik posta yollamış. Bu postada “*Bu adamlar çingenedir. Ticari ahlakları yoktur, Sağlam diye bozuk mal satarlar*” demiş. Karşı taraf da tabii ki şirket itibarının zedelenmesi nedeniyle dava açmış. Dava dilekçesine verilen cevap dilekçesinde tek bir cümle vardı; “*Bu e-maili ben göndermedim; gönderdiğimi ispatlayın kardeşim*” şeklindeydi. Biz orada inceledik, teknik yönden birçok şey söyledik. Mahkeme böyle bir eylemin tazminatı gerektirmediğine karar verdi ve dosya Yargıtay’a gitti. Yargıtay orada haklı olarak “*Kendi alan adından gönderilmiş olan bir elektronik postada, velev ki üçüncü şahıslar tarafından yapılmış olsun, kendi çalışanları tarafından yapılmış olsa dahi Borçlar Kanunu 55. maddesi gereğince adam çalıştırmanın sorumluluğu vardır. Başka birisi yapmış olsa dahi kendi hâkimiyet alanındaki bir unsuru korumak, orada bir teknik eksiklik varsa, orada bir açık varsa bunu tespit etmek ve kapatmak onun görevidir. Dolayısıyla, davacıya bu tür bir ispat yükünü yüklemek bizim hukukumuzda mümkün değildir. Davalı eğer kendisinin göndermediğini iddia ediyorsa bunu ispatla mükelleftir*” dedi ve mahkemenin kararını bozdu. Dolayısıyla, burada da yine hâkimiyet alanı teorisi, görünür gerçeklik teorisi ve ceza hukuku yönünden de düşüneneceksek cezaların şahsiliği prensibi ve ayrıca taraflar arasındaki özel hukuk sözleşmeleri toplu olarak değerlendirilmelidir diye düşünüyorum.

Oturum Başkanı - Buyurun.

Av. Murat Volkan DÜLGER- ...

Av. Ali Osman ÖZDİLEK - Lütfen, o çok önemli.

Av. Murat Volkan DÜLGER - Malum ceza hukukunun 2. maddesi aslında diğer hukuk kurallarının farklıdır. Ancak ceza sorumluluğunun aslında doğal olarak tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun olmaması gerekir. Bu cezaların şahsiliği prensibi olmasa da sabahki oturumda izah edilen hareket teorisinden yola çıktığınızda aynı sonuca ulaşıyorsunuz. Çünkü biz kime kusur addediyoruz? Harekette bulunana. Tüzel kişilik bir soyutlamadır; bir gerçekliği yoktur ve o yüzden hareket edemez. Tüzel kişinin adına da hep birileri hareket eder. Hâlbuki özel hukukta bunu nasıl aşıyoruz? Özel hukukta da bu böyle. Örneğin İstanbul Ticaret Üniversitesi'nin hareket ettiğini göremezsiniz. Onun rektörü vardır, dekanı vardır, hocaları vardır. Peki, ne var? BK 55 var ve "*Ben dinlemem kardeşim; çalıştırıyorsan sen sorumlusun*" diyor. Peki, buna benzer bir düzenleme ceza hukukunda var mı? Yok. O yüzden siz kurumlara işçi herhangi birisine suç işlediğinde ceza hukuku açısından yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoktur ama tazminat hukuku bakımından evet, vardır.

Oturum Başkanı - Benim elimde de 2006 tarihli enteresan bir Yargıtay kararı var. Haklı nedenle fesih olabileceği yönünde olduğu için bir örnek olarak vermek istiyorum; bir banka çalışanı yapılan zammı beğenmiyor ve Türkiye genelinde bankanın mailinden bir mail atıyor. "*Bu zam nedir? Biz işçiyiz; hakkımızı alırsınız. Pazartesi de en yoğun günümüzdür. Dolayısıyla, herkes makinesini kapatsın ve böyle bir eylem planı yapıp hakkımızı alalım*" diye bir mail yayıyor tüm Türkiye geneline. Pazartesi de kendisi

izin alarak işe gelmiyor, böyle bir tedbir alıyor. Tabii bu kişinin iş akdi feshedilmiş ve Yargıtayın önüne gelmiş. Yargıtay da burada personeli eyleme teşvik ettiği ve o gün izin aldığı ve kendisini bu nedenle koruduğu sebebiyle doğruluk ilkelerine aykırı buluyor ve 25/2 maddesi gereğince iş akdinin feshini doğru buluyor; bu da enteresan bir örnek. Bu da Yargıtay'ın 7.3.2007 tarih, 2006/20887 esas, 2007/6093 sayılı kararı.

Üstadımız Erhan Bey'den de işçilerin iş edimini görürken, teknolojiyle ilgili olarak; yazılım olsun, buna benzer ürettikleri birtakım buluşlar söz konusu olabilir. Bunların iş hayatına, çalışma hayatına etkisi konusunda kendisinden bir bilgi alacağız kısaca.

Av. Erhan HORASAN- Benim konum işçi buluşları. Eskiden işçi buluşu dediğimiz zaman aklımıza hemen bir işçinin bir makine icat etmesi ya da bir makineyi tasarlayıp onu çalışır hale getirmesi gelirdi. Ancak teknolojinin ilerlemesiyle birlikte çok daha farklı alanlarda işçi buluşları dediğimiz şeyler ortaya çıkmaya başladı. Bunlardan benim bahsedeceğim konu bilgisayar yazılımları konusundaki işçi buluşları; spesifik olarak ben bunu anlatacağım.

Diğer konularda da işçi buluşları var ama onlara çok fazla değinmek istemiyorum. Aslında isterdim ama zamanımız yetmeyecek o yüzden değinmeyeceğim.

Özellikle teknoloji üreten firmalarda işçiler genellikle proje bazlı çalışır. İşçilerden kastım düz kol kuvvetiyle çalışan işçiler değil; bilgisayar mühendisleri gibi zihinsel gücüyle çalışan

yazılımcılardır. Bunlara belli bir proje tevdi edilir. Bu proje çerçevesinde kendilerine verilen işi bitirmeye çalışırlar. Bu projeyi gerçekleştirirken bu yazılımcı dediğimiz işçiler işlerini gerçekleştirirken bazen işlerini kolaylaştırmak için, bazen de işin gereği olarak bazı buluşlar yaparlar. Örneğin bir programı yazarken belli bir algoritmayı üretmek gerekebilir. Bu algoritma üzerinden çalışmalarını sürdürmeleri gerekebilir ya da oradaki yazılımcının yeteneğine bağlı olarak altı ayda yapılacak bir işi mesela bir ayda yapabilecek bir algoritma ya da kod geliştirebilir. Buradaki bu algoritmaların ya da geliştirilen yazılımların sahipliği konusu; işverene mi ait olacak, yoksa işçiye mi ait olacak? Bu konu özellikle IT sektöründe çalışanlar arasında gerek işveren, gerekse çalışanlar arasında çok ciddi problemler yaratıyor.

İşçi buluşu dediğimiz şey kabaca, her ne kadar 1995 yılında patent haklarıyla ilgili bir kanun hükmündeki kararnamede belli bir düzenleme getirildiyse de Borçlar Kanununun 336. maddesinde bence her ne kadar eski ve yürürlükten kalkmış da olsa çok daha iyi bir tanım vardı. Ben onu okumak istiyorum: “İşçi hizmetini yaparken bir şey ihtira ettikte iş sahibi böyle bir ihtiranın kendisine ait olacağını akitte şart koymuş, yahut bu ihtira işçinin taahhüt eylediği hizmetin levazımından”, ki can alıcı nokta burası, “levazımından bulunmuş ise ihtira olunan şey iş sahibinin olur.”

İş yerinde üretilen belli bir algoritma ya da belli bir yazılım, bağımsız bir yazılım o işin levazımından ise, o işin yapılması gereğinden ise elbette ki bu yazılım o firmaya, işverene ait

olacaktır. Ancak bu geliştirilen yazılım örneğın güvenlik firmaları vardır ve bu güvenlik firmalarının güvenlik kodlarının geliştirilmesinde bazı algoritmalar kullanılır ve bu algoritmalar çok değerlidir; şifreleme algoritmalarıdır bunlar. Bu algoritmaların üzerinde çok ciddi sıkıntılar doğuyor. İşçi diyor ki “Ben bu algoritmayı geliştirdiğim programın bir parçası olarak geliştirdim” diyor; yani “Sadece bulunduğum projede ben bu algoritmayı geliştirmek zorunda değildim ama daha iyi olması için ben bu algoritmayı geliştirdim ve program daha iyi çalışır hale geldi” diyor ya da şunu diyebiliyor: “Ben bu programı geliştirirken daha iyi, daha hızlı ve daha çabuk programı geliştirebilmek için bir kod yazdım ve bu kodu yazdığım için bu proje, 8 aylık bir proje süresi öngörölmüş ise de 3 ayda tamamlanmıştır. Ben dolayısıyla firmaya 5 aylık iş gücü tasarrufu sağladım bu kod sayesinde. Buradaki kod mülkiyeti bana ait, artı, benim şirkete de kazandırdığım bir kazanç var. Ben bunu da talep ediyorum” diyor, bu tarz talepler geliyor. Burada işveren ne yapacak, işçi ne yapacak? Sorunun esas doğduğu noktalar zaten bunlar.

Hukukumuzda işçi buluşları hizmet buluşu ve serbest buluşu olmak üzere ikiye ayrılmış klasik manada. Hizmet buluşu dediğimiz şey işçinin bir işletme veya kamu idaresinde yükümlü olduğu faaliyeti gereği gerçekleştirdiği veya işletmenin veya kamu idaresinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanan buluşlardır. Burada üzerinde duracağımız ana konu büyük ölçüde deneyim ve çalışmalara dayanması gerekecek; yani iş yerinin geliştir-

diği yazılımlardaki daha önceki deneyimlerine ya da o iş yerindeki kullanılan cihazlara ya da daha önce geliştirilmiş yazılımlara dayanıyor olması gerekecek. İşçinin bu şekilde yaptığı tüm buluşlar bu işçinin iş ilişkisi içerisinde yaptığı buluşlar sayılacak ve hizmet buluşu sayılacaktır.

Bir de serbest buluş var. Bu serbest buluşlar bu saydığımız iş yerinin büyük ölçüde deneyim ve çalışmalarına dayanmayan buluşlardır. Örneğin bir işçi ki benim önüme geldi, bir warehouse işletim yapan; işletimde çalışan bir işçi warehouse'lerin bakım onarımını yapan işleri daha kısa yoldan yapabilmek için, amiyane tabirle kaytarabilmek için işte, 8 saat yapabileceği işi 1 saatte yapabilmek için evde oturuyor, bir bakım onarım programı geliştiriyor ve bunu da işverene bildiriyor ve diyor ki *“Ben böyle böyle bir program geliştirdim”*. Bu warehouse'un bir çalışma sistemidir. Veri ambarı dediğimiz şeyin bakımını yapmak için bir program geliştirmiş. İşveren de demiş ki *“Evet, bunu kullanabilirsin”*. İşveren de buna izin veriyor; işveren buna izin verdikten sonra da diyor ki *“Evet, güzel bir proje. Bunu geliştirelim”*. Bakın, hazır bir program var elimizde artık ama işveren diyor ki *“Bunu geliştirelim”*.

Faz 2'ye geçiliyor. Faz 2'de de sadece veri ambarı yönetimiyle ilgili değil, oradaki bilgi işlem departmanının değişik bölümlerinde de bu program versiyon 2 olarak geliştiriliyor. Burada çok ciddi bir telif hakkı sorunu var; işçi bir buluş yapıyor, bu buluşu yaptıktan sonra işveren *“Evet, sen benim bilgilerimden ve birikimimden faydalanarak bunu sağladın; ben*

bunu daha geliştirmek istiyorum, çünkü güzel bir proje” diyor. Hatta ikramiye de ödenmiş o dönem içerisinde ama işçi iş yerinden ayrı- lıp başka rakip bir firmaya giderken “Ben bu programı orada da kullanmak istiyorum” dediği anda problem doğuyor zaten.

İşçi “*Bu buluş bana ait*” diyor ki. Evet, versiyon 2 bankanın olabilir ki banka uygulaması bu, “*Ama versiyon 1 tamamıyla bana aittir*”. Burada hukukumuz ne diyor? “*Hizmet buluşu dediğimiz şey işçinin işletmedeki faaliyeti sonucunda iş akdinin devamı süresince gerçekleşmelidir*”. İş akdi devam ederken bu hizmet buluşu gerçekleşmiş mi? Evet, gerçekleşmiş. Yine bu buluş işletmenin deneyimleri kullanılarak yapılması gerekiyor. Evet, veri ambarı yönetimiyle ilgilidir; veri ambarı yönetimiyle ilgili, oradaki verileri kullanarak geliştirebilmiştir; yani o işçi, örneğin orada çalışmıyor olsa oradaki veri ambarıyla ilgili herhangi bir program geliştirebilmesi mümkün değil. O iş yerinin bilgilerini kullanarak geliştiriyor. İşçi ve işverenin hizmet buluşlarında bazı yükümlülükleri var ki burada bu olayın çözümünde mahkeme bu yükümlülüklerin yerine getirilip getirilmediğine bakarak karar verdi; yani telif sahipliğinden çok yasadaki bu yükümleri yerine kim getirmiş, kim getirmemiş, buna baktı mahkeme ve ona göre karar verdi, Yargıtay da buna göre onadı.

Burada da işçi buluş yaptığını gecikmesizin yazılı olarak usulüne uygun bir biçimde işverene bildirmek zorundadır. Örnek olayda işçi işverenine yazılı olarak bunu zaten bildirmiş durumda. İşveren, işçiye bu buluş üze-

rindeki hakkını tam ya da kısmi olarak 4 ay içerisinde usulüne uygun olarak bildirmek zorundadır. Örnek olayda işveren işçiye hiçbir bildirimde bulunmamış ama bankanın avukatı diyor ki *“Bu zımni bir şeydir”*. Olay iş mahkemesinde geçti. Çünkü iş akdinin feshi söz konusu oldu. İş akdinin kötü niyetle bankanın bilgilerini bankanın dışına taşıdığından dolayı iş akdi feshedilmişti. Tartışma da iş mahkemesinde geçti zaten. Mahkemede denildi ki *“Siz bu 4 aylık süre içerisinde bu bildirim işçiye karşı bulundunuz mu ve bununla ilgili resmi evrakınızı sunun”*. Bununla ilgili herhangi bir evrak sunulmadığı için işçinin bu hizmet buluşu serbest buluş haline gelmiştir. Dolayısıyla işçi bunu herhangi bir yerde kullanabilir; yani bunun telifini satabilir, rakip bir bankaya dahi satabilir bunu. Çünkü rakip bir bankada kullanıldığı için işçinin iş akdi sona erdirilmişti. Bankanın dediği şey şu idi: *“Bu bankanın sırrıdır, bankanın sırrını ifşa ettiğinden dolayı ben senin iş akdini feshettim”*. Böyle bir kararı vardı mahkemenin.

İşçi hizmet buluşunun da serbest buluş haline dönüşebilmesi için üç tane kural var. Nasıl olabiliyor? Hizmet buluşunu serbest bırakmış değilse; yani diyebilir ki işçi geldi kendisine *“Ben böyle buluş yaptım”*, *“Tamam buluş yaptıysan al senin olsun”* diyebilir; bu birinci hali. İkincisi, işveren buluşa yönelik kısmi bir hak talebinde bulunabilir, diyebilir ki *“Senin yaptığın buluşun şu şu kısımları beni ilgilendirir; diğer kısımları da seni ilgilendirir”*, işçiye bıraktığı kısımlar serbest buluş haline dönüşür. Yine işveren işçinin bildirimini kendisine

ulaşmasından itibaren 4 ay içerisinde cevap vermemişse ki az önce zikrettiğim örnek olayda da 4 ay içerisinde herhangi bir cevap yok, hatta bırakın 4 ayı, yaklaşık 3,5 yıllık bir süre var bu buluşun yapılmasından itibaren. Olayın gerçekleştiği şeyde diğer bölümlerde kullanılan versiyon; yani 2. fazdaki versiyon yaklaşık 3.0'lara falan gelmişti, oldukça da fazla geliştirilmiş bir programdı, çünkü yazılımcı gerçekten iş yükünü azaltan bir program yaratmıştı.

Yine orada tartışılan konulardan biri de işveren, işçinin sır saklama yükümlülüğünü ihlal ettiğini iddia etmekteydi. Buradaki işçi buluşu işverenin eğer bu 4 aylık süreyi de kaçırırsa iş yerinin sırrı sayılmaz artık; sırrı sayılmadığı için de haliyle işçinin herhangi bir şekilde sır olarak saklamasına gerek yoktur. Çünkü işçinin hizmet buluşu değil, serbest buluşu haline gelmiştir.

Benim kısaca söyleyeceklerim bunlar, çünkü saat 18.00'i geçti.

Oturum Başkanı - Bu panelin geneli anlamında sorusu olan varsa alalım. Buyurun.

Katılımcı - Bu Hocamın bahsettiği hizmet buluşuyla alakalı bir sorum var. Hizmet buluşu yapan çalışandan "Bu hakları devrediyorum" diye bir yazı alınmak zorunda ya da onun da muvafakatiyle birlikte tescil kurumlarına başvurduğu takdirde sonuç ne olur bilemiyorum.

Av. Erhan HORASAN- Bakın, işveren bu buluşa yönelik kısmi bir hak talebinde bulunursa dedim az önce. Sizin dediğiniz de kısmi

ya da tam olarak bu hizmete, o buluşa sahip çıkıyor; yani bu buluş hizmet buluşu olarak değerlendiriliyor. Bunun tescili ya da marka ya da patent olarak mümkündür. Bizim olayımızda patent olabilir, patentinin haliyle, eğer işveren buna sahip çıkıyorsa patentle ilgili her türlü harcaması işverene aittir.

Katılımcı- Ama bu serbest buluş niteliğinde olmaz.

Av. Erhan HORASAN- Tabii, o 4 aylık genel bir süre var, 2 aylık bir süre daha var, o ayrı bir konu, ona değinemeyeceğim. Çünkü oldukça kapsamlı bir konu o 2 aylık süre, 4 aylık sürede işveren herhangi bir yazılı bildirimde bulunmamışsa o buluş serbest buluş haline dönüşüyor artık.

Buyurun.

Katılımcı- ??? ya da o ??? yaptığımız ??? serbest buluşları da kapsayacak şekilde genişletip ??? olabiliyor. O o zaman daha baştan işçi kabul etse geçerli olur mu?

Av. Erhan HORASAN- Hayır, öyle bir şey yok, “Seni işe aldım ve sen burada ne icat edersen et, evde ne yaparsan yap her şey benimdir”. Yok, böyle bir şey; bu iş hukukunun doğasına aykırı bir şey.

Buyurun.

Katılımcı- Bu işçi 4 aylık sürede yazılı bir bildirimde bulunmayıp o 4 aylık süre olarak ???

Av. Erhan HORASAN Yazılı olarak mutlaka başvurmak zorunda.

Katılımcı- İşçi bunu bildirmeyi, ama bildirmezse?

Av. Erhan HORASAN- Bildirmek zorunda. Burada bakın, işçi yazılı olarak bildirecek ve 4 ay içerisinde işveren de buna bir cevap vermek zorunda. Buna cevap vermediği anda buluş serbest buluş haline dönüşüyor.

Katılımcı- O zaman işçi buluşun kendine ait olduğunu ileri sürebilir mi?

Av. Erhan HORASAN- Tabii ki. İşçi “*Evet, ben bunu bu iş yerinde icat ettim ve geliştirdim ve ben bu iş yerinden ayrıldıktan sonra bunun patenti bana aittir*” diyebilir ve patentin de kendi üzerine yapılmasını isteyebilir.

Katılımcı- İşçi buluşa ilişkin olarak işverene söylemeden kendi adına tescil yaptırabilir mi?

Av. Erhan HORASAN- Bakın, az önce bir kural okumuştum. O kuralda ‘*idarenin ya da işletmenin büyük ölçüde deneyim ve de çalışmalarına dayanan*’ diye bir cümle geçiyordu. Örnek olayda da nedir? Bir veri ambarı işletmesi var. Bu veri ambarı işletmesini öyle kolay kolay her yerde bulabilmek mümkün değildir ancak çok büyük kurumlarda bulabilirsiniz. Bir insanın evinde veri ambarı işletmesi yoktur. Bununla ilgili bir proje geliştirebilmesi için, kişinin o iş yerinde çalışması lazım, o iş yerindeki deneyimlerine ihtiyaç var. Dolayısıyla, böyle bir şey geliştirdiği zaman mutlaka işverene bunu “*ben böyle bir yazılım geliştirdim, şöyle şöyle faydaları var, şöyle şöyle şirkete ya da firmaya ya da kuruma şöyle bir artı değer kazandıracak*” diye bunu bildirmek zorunda.

Bildirmedi, burada işverenin zaten haberi olmaz.

Oturum Başkanı- Orada bir soru vardı.

Katılımcı- İşveren işçilerin yarattığı bu ekonomik değer ??? (26.36) kabul ediyor ve tamam, bu benim ??? ancak herhangi bir gün işten ayrılman durumunda ??? rekabet yasağı koyabilir mi sizce ??? için Türkiye sınırlarında şu kadar ???

Av. Erhan HORASAN- Bakın, bir 2 aylık süremiz var, bir de 4 ay. Bu 2 aylık ya da 4 aylık süreleri kaçırdığı zaman işveren hiçbir hak talebinde bulunamaz.

Av. Ali Osman ÖZDİLEK- Çok resmi bir düzen şekli.

Av. Erhan HORASAN- Evet. Bu, aslında çalışma hayatındaki barışı sağlamak için getirilmiş bir düzenlemedir. Bunu bir yerde ke-sip atmak zorunda. Ben özellikle bu dosyayı incelerken neden böyle bir karar vermişler diye baktım. Çünkü bir yerde bir sınır koymak zordur ve o sınır çok da uzun. Mesela 2 yıl ya da 3 yıl niye değil, niye 2 ay ya da 4 aylık genel zamanaşımı süresi var? Niye bunlar konulmuş? Özellikle Meclis tutanaklarında şunu gördüm: Çalışma barışını korumak. İşçi bir buluş yaptı, bu buluşa kim sahip çıkacak? İşçi mi sahip çıkacak, işveren mi sahip çıkacak.

Oturum Başkanı - İşçi işvereni esir almasın, işveren de işçiyi esir almasın gibi bir düşünce var.

Av. Erhan HORASAN- Kesinlikle. İşveren “Bu benim işime yaramaz. Ben bunu umursamıyorum” diyorsa ya da umursamıyorsa sonucuna katlanacak diyor.

Buyurun.

Katılımcı- İş sözleşmesinde kişinin o iş yerinden ayrıldıktan sonra başlayan, aynı işi yapan yerde çalışmasının belirli süreli yasaklayacağı gibi bir şart olabilir mi?

Oturum Başkanı - Yargıtay ona müsaade etmiyor. Daha doğrusu Yargıtay’ ın bu konudaki genel görüşü, iş sözleşmelerinde taraflara eşit anlamda bir yasak getiriyorsa bunun mümkün olacağı yönünde fakat tek taraflı getirilen yasak veya tazminatlar Yargıtay tarafından kabul görmüyor. Çünkü bunun gerekçesi insanların çalışmaya ihtiyaçları vardır; o kişinin de başka bir iş yapma gibi durumu söz konusu olmayacağı için, özellikle bir alanda da ihtisas sahibiyse “Bunun yaşama hakkını elinden alamazsınız” diye gerekçelerle çok fazla şekilde Yargıtay kararı var bu konuda.

