

***İstanbul Üniversitesi
Hukuk Fakültesi Mecmuası***

ISSN - 1303 - 4375

Editörler Kurulu

Başkan: Prof. Dr. Rona Serozan

Üyeler: Prof. Dr. Hüseyin Hatemi; Prof. Dr. İl Han Özay

Yayın Kurulu

Doç. Dr. Yener Ünver; Ar. Gör. R. Barış Erman;

Ar. Gör. Zeynel T. Kangal; Ar. Gör. Serdar Talas

Cilt: LIX

Sayı: 1-2

Yıl: 2001

*(Dergimizin bu sayısı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Eğitim Öğretim ve Yardımlaşma Vakfı'nın
mali katkılarıyla basılmıştır.)*

FRANSA'DA İNTERNET YOLUYLA İŞLENEN SUÇLARDAN DOĞAN CEZA SORUMLULUĞU

Ar. Gör. Zeynel T. Kangal*

I. Genel Olarak

1970 ve 1980'li yıllarda Amerika Birleşik Devletleri'nde ilk dönemlerini yaşayan internetin ilk kullanıcıları, çoğunlukla resmî ve akademisyen araştırmacılardan oluşmaktaydı. Bu araştırmacılar ağ etiğini ilgilendiren yazılı olmayan birçok kurala uyuyorlardı. Herhangi bir yasal kurala bağlı olmayan internet kullanıcıları, birbirleriyle serbestçe veri ve bilgi alışverişiinde bulunuyorlardı. Bu düşük maliyetli özgür haberleşme hizmeti ve kullanıcı sayısı 1990'ların başında hızla yaygınlık kazanmaya başladı. Böylece internete özgü etik sınırlamalarla kendini bağlı hissetmeyen yeni kullanıcılar da ağ ortamına katılmış oldu. İşte bu kötüye kullanımlar karşısında devreye hukukun, özellikle de ceza hukukunun girmesi kaçınılmaz olmuştur.

Özellikle pornografik ve şiddet içerikli yayın, hakaret, sövme, tehdit, fikrî hakların ihlâli, suç işlemeye tahrik gibi suçların internet üzerinden kolayca işlenebilmesi hukuk sistemlerini bu konuda önlem almaya itmiştir. Amerika Birleşik Devletleri (sonradan Yüksek Mahkeme tarafından iptal edilmiş olsa bile) ve Federal Almanya, ceza hukuku yöntemlerine başvurarak internet sükeleri hakkında bir sorumluluk rejimi getirmeye çalışmışlardır¹.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı.

¹ Bu ülkelerdeki durum için bkz. İÇEL, Kayhan: *Kitle Haberleşme Hukuku, Basın, Radyo-Televizyon, Sinema, İnternet*, 5. Bası, İstanbul 2001, sh: 414-417.

Fransa'da ise, ceza mevzuatında interneti de kapsamına alabilecek genel ifadeler bulunmaktadır. Örneğin, Ceza Kanunu'nun 226-8. maddesi rızası olmadan sözleri veya resmi üzerinde gerçekleştirilen montajın hangi yollarla olursa olsun yayınlanması eylemini suç saymıştır. Yine bir küçüğün resminin pornografik nitelikte kullanımını cezalandıran Ceza Kanunu'nun 227-23. maddesi böyle bir resmin hangi araçla olursa olsun yayınlanmasını da hüküm altına almıştır. Son olarak Ceza Kanunu'nun 227-24. maddesi bir küçük tarafından görülmeye elverişli şiddet veya pornografik nitelikteki mesajların hangi araçla olursa olsun yayınlanması veya iletilmesi eylemini suç olarak düzenlemiştir. Görüldüğü üzere bu maddelerde geçen "hangi yollarla olursa olsun" ve "hangi araçla olursa olsun" ibarelerinin kapsamına internetin girdiği de şüphesizdir. Ancak bu tür düzenlemeler internet sükjelerinin ceza sorumluluğu rejimi açısından yeterli olmanmıştır. Uzun süre mahkemeler sorunu genel hükümler çerçevesinde ele almaya çalışmışlardır. Doktrinde de, internetin nasıl bir hukukî düzenleme altına alınması gerektiği tartışılmıştır. Birinci görüş, suç niteliği taşıyan bilgileri kamunun kullanımına sunan ağların ve ilgili sükjelerin, görsel-işitsel iletişim alanının uygulamasına dahil olacağı yönündeydi. İkinci görüş ise, internet üzerinden yayın eyleminin karmaşıklığını ve buradaki bilgilerin içeriğine uygulanabilecek hukukî rejimlerin çeşitliliğini gözönünde bulundurarak hem basın hukukuna, hem de görsel-işitsel iletişim hukukuna tâbi olması gerekliliğini vurgulamaktaydı. Kuşkusuz bu yönelimler, ağların hukuk dışı alanlar olamayacağı ve bu yeni medya aracının düzenlenmesinin ilke olarak yeni özel kurallara değil, mevcut kurallara dayanması gerektiği fikrinden destek almaktaydılar².

Mevcut sistemin ihtiyaca cevap vermemesi üzerine, Fransız kanun koyucusu konuya ilişkin bir düzenleme getirmiştir. 1 Ağustos 2000 tarih ve 2000-179 sayılı kanunun 1. maddesiyle, iletişim özgürlüğü ile ilgili 30 Eylül 1986 tarih ve 86-1067

² **FRANCILLON**, Jacques: "Médias et Droit pénal, Bilan et Perspectives", La place du droit pénal dans la société contemporaine, RSCDPC extrait du n° 1-2000, sh: 67-68.

sayılı kanunun II. babına "link üzerinde özel haberleşme dışındaki iletişim servisleriyle ilgili hükümler" şeklinde adlandırılan Başlık VI eklenmiştir. Bu başlık dört maddeden oluşmaktadır. Bunlar 43-7, 43-8, 43-9 ve 43-10. maddelerdir.

II. İnternet Sükjelerine Fransız Ceza Kanunu'nun Uygulanabilirliği

Bilindiği üzere, internet sınır ötesi bir nitelik taşımaktadır. Dünyanın herhangi bir yerinde ağa konulan her türlü bilgi bütün dünyada ulaşmak mümkündür. İnternet kullanıcısığ üzerinden evinden ayrılmaksızın ulusal sınırları rahatlıkla aabilmektedir.

Fransız Ceza Kanunu'nun yer bakımından uygulanması esas olarak bu kanunun 113-2 vd. maddelerinde bulmaktadır.

Ceza Kanunu'nun 113-2. maddesinin 2. fıkrası "suçu oluşturan unsurlardan birinin Cumhuriyet toprakları üzerinde gerçekleşmesinden itibaren suç bu topraklar üzerinde işlenmiş lakki edilir" hükmünü ihtiva etmektedir. Böylece, işlenmiş ir suça Fransız kanununun uygulanabilmesi için, hukuka aykırı bilgilere bağlantı esnasında işlenen suçun bir kurucu unsurunun Fransa'da gerçekleşmesi gerekir³. Bu maddenin erişim sağlayıcılara da uygulanmasının düşünülebileceği ileri sürülmüştür⁴.

Yine Ceza Kanunu'nun 113-5. maddesi, yabancı ülkedeşlenmiş olan bir cürüm veya cünhadan dolayı Fransa'da bulunan şerikin cezalandırılmasına olanak sağlamaktadır. Ancak bunun için bu eylemin hem Fransız hem de o yabancı ülke kanunlarına göre suç teşkil etmesi ve o yabancı ülke mahkemesince nihai bir kararla bu suçun tespit edilmiş olması gerekir. Başka bir deyişle, Fransa'da bulunan ve suçun işlendiği ül-

³ **CANEVET**, Sébastien: "Fourniture d'accès à l'internet et responsabilité pénale", <http://www.canevet.com/doctrine/resp-fai.htm>, (23.04.2001), sh: 5.

⁴ **PIETTE-COUDOL**, Thierry - **BERTRAND**, André, *Internet et la loi*, a-ris 1997, sh: 120.

de daha önce yargılanarak cezalandırılmamış şerikin Fransa'da yargılanabilmesi için o yabancı ülke mahkemesince eylemin kesin bir hükümle tespit edilmiş olması aranmaktadır. Bu maddenin internet sükelerine uygulanması hâlinde, asıl failin şerikinin Fransa'da cezalandırılabilmesi için, öncelikle suçun, yayının yapıldığı ülkede cezalandırılması gerekir. Başka bir deyişle, asıl failin mahkûm olması aranacaktır.

Ceza Kanunu'nun 113-6. maddesi faile göre şahsiliik prensibini düzenlemektedir. Buna göre Cumhuriyet toprakları dışında bir cürüm işleyen Fransız vatandaşlarına Fransız Ceza Kanunu uygulanacaktır. Cumhuriyet toprakları dışında Fransız vatandaşları tarafından işlenen cünhalara da, eylem işlendiği ülke mevzuatınca suç sayılıyorsa yine Fransız Ceza Kanunu uygulanacaktır. Bu düzenlemelerin Fransız toprakları dışında bulunan Fransız uyruğundaki servis sağlayıcılara ve içerik sunuculara da uygulanması mümkün olabilecektir.

Ceza Kanunu'nun 113-7. maddesi de mağdura göre şahsiliik prensibini koymuştur. Bu hükmün temel amacı, yabancı ülkede işlenen suçların Fransız vatandaşı olan mağdurlarını korumaktır. Böylece, başka bir ülkede internet aracılığıyla bir Fransız vatandaşına karşı işlenen suçun failinin, bu eylem gerçekleştirildiği ülkede suç teşkil etmese bile, Fransa'da takip edilmesi teorik olarak mümkün olabilecektir⁵.

III. İnternet Sükelerinin Ceza Sorumluluğu

a) İçerik Sunucular

İçerik sunucu internet yayınının içeriğini bizzat hazırlayan kişidir. Suç içeren bilgilerin asıl kaynağı içerik sunucular olduğu için, bunlar internet yayınından dolayı genel hükümlere göre cezaen sorumlu tutulacaklardır.

Ceza Kanunu'nun 121-1. maddesi herkesin yalnızca kendi eyleminden dolayı cezaen sorumlu olacağını belirtmek sure-

⁵ CANEVET, "Fourniture d'accès à l'internet et responsabilité pénale", sh: 6.

tiyle ceza sorumluluğunun kişiselliği prensibini hüküm altına almıştır. Böylece herkesin kendi kusurlu eyleminden sorumlu olacağı ilkesi gereğince, içerik sunucular hazırlamış oldukları suç içerikli internet yayınından dolayı cezaen sorumlu tutulabileceklerdir.

Burada içerik sunucu olan asıl failden başka, içeriğin yayına hazırlanmasını ve yayına konmasını sağlayan kişilerin (webmaster, editör vb.) durumuna değinmek gerekir. Bu kişilerin internet yayınının içeriğinden dolayı iştirak hükümleri çerçevesinde sorumlu tutulabileceklerinden şüph yoktur. İletişim özgürlüğü kanunu md. 43-10, bu işlevi yerine getirmeyi meslek olarak edinmiş kişilerin şu hususları kamunun bilgisine sunmak zorunda olduklarını ifade etmiştir:

- Gerçek kişi ise adı, soyadı ve ikametgâhı;
- Tüzel kişi ise adı, ticaret unvanı ve merkezi;
- Yayın direktörü veya direktörlerinin adı, görsel-işitsel iletişim hakkındaki 29 Temmuz 1982 tarih ve 82-652 sayılı kanunun 93-2. maddesi anlamında yazı düzeninden sorumlu kişinin adı;
- Servis sağlayıcıların adı veya ticaret unvanı ve adresi.

Bu kişiler meslekten olmayan kişiler ise, anonima haklarını korumak için kamunun bilgisine yalnızca servis sağlayıcının adını veya ticaret unvanını ve adresini sunarlar. Ancak bunlar yukarıda belirtilen kişisel kimlik bilgilerini servis sağlayıcıya iletmek zorundadırlar.

Madde 43-9/2 gereğince, erişim ve servis sağlayıcılar bu kişilere kimlik belirtme koşullarını karşılamaya olanak veren teknik araçları sağlamak zorundadırlar.

Madde 43-9/1 erişim ve servis sağlayıcıların "hizmetlerinin içeriğinin oluşumuna katkıda bulunan herkesin kimliğinin ortaya çıkmasına olanak sağlayacak nitelikteki verileri ellerinde bu-

lundurmak ve muhafaza etmek zorunda olduklarını" hüküm altına almıştır⁶.

Adli makamlar, erişim ve servis sağlayıcılardan bu verilerin tevdiini isteyebilirler. Ceza Kanunu'nun 226-17, 226-21 ve 226-22. maddeleri bu verilerin değerlendirilmesinde uygulanabilecektir⁷.

b) Erişim Sağlayıcılar

İnternet erişim sağlayıcıları üçüncü kişiler tarafından üretilen bilgilerin yalnızca birer taşıyıcılarıdır. Erişim sağlayıcılar abonelerine yalnızca internete maddi bir bağlantı sağlamakla

6 Madde 43-9/son'a göre, "Danustay, ulusal bilgi-işlem ve özgürlükler komisyonunun görüşünü aldıktan sonra, bir kararname ile birinci fıkrada belirtilen verileri tanımlar ve bunların inceleme süre ve şekillerini belirler".

7 Bu maddeler şu şekildedir:

Madde 226-17: Bilgilerin güvenliğini korumak ve özellikle bozulmasına, zarar verilmesine veya izinsiz olarak üçüncü kişilere nakledilmesine engel olmak için gerekli bütün önlemleri almadan isme yazılı bilgileri otomatik olarak işleme tâbi tutmayı gerçekleştirmek veya gerçekleştirmek eylemi beş yıl hapis 300 000 euro para cezasıyla cezalandırılır.

Madde 226-21: İsme yazılı bilgileri kayıt, sınıflandırma, iletişim veya diğer her türlü işleme tâbi tutma vesilesiyle elinde bulunduran herkesce, bu bilgilerin otomatik işleme tâbi tutulmasına izin veren yasal düzenleme ya da idari işlem ile veya sağlık alanında araştırma amacı taşıyan bir otomatik işleme tâbi tutulmasına izin veren ulusal bilgi-işlem ve özgürlükler komisyonunun kararı ile veyahut da bu işleme tâbi tutmanın kullanılmasından önce yapılan bildirimlerle tanımlanan amaçlarından saptırılması eylemi beş yıl hapis ve 300 000 euro para cezasıyla cezalandırılır.

Madde 226-22: Kayıt, sınıflandırma, iletişim veya diğer her türlü işleme tâbi tutma vesilesiyle, açığa vurulması ilgilinin saygınlığını veya özel yaşamını ihlâl edebilecek etkiye sahip olan isme yazılı bilgileri elde eden herkesce, ilgilinin izni olmaksızın bu bilgilerin bunları kabul etmek için bir sığa sahip olmayan bir üçüncü kişinin bilgisine sunulması eylemi bir yıl hapis ve 15 000 euro para cezasıyla cezalandırılır. Önceki fıkrada öngörülen açığa vurulma bilinçsiz veya bilinçli taksirle işlendiği takdirde 7 500 euro para cezasıyla cezalandırılır.

Yukarıdaki iki fıkrada öngörülen durumlarda, koğuşturma yalnızca mağdurun, yasal temsilcisinin veya hak sahiplerinin şikayeti üzerine yapılabilir.

yetinirler. Böylece aboneler de internet üzerinden erişilebilir nitelikteki her türlü bilgiyi kabul edip etmemekte serbesttirler.

İletişim özgürlüğü kanununun 43-7. maddesinde erişim sağlayıcılar, "faaliyeti link üzerinde özel haberleşme dışındaki iletişim hizmetlerine bir erişim sunmak olan gerçek veya tüzel kişiler" olarak tanımlanmıştır.

Yine 43-7. madde, erişim sağlayıcılara abonelerine karşı bir yükümlülük getirmiştir. Buna göre erişim sağlayıcılar, bir yandan erişimi bazı servislerle sınırlamaya veya bazı servisleri ayıklamaya olanak veren teknik yolların mevcudiyeti konusunda abonelerine bilgi vermek, diğer yandan da onlara en azından bu yollardan birini önermek zorundadırlar. Bu yükümlülük, erişim sağlayıcıların abonelerine karşı yerine getirmek zorunda oldukları bir bilgilendirme yükümlülüğüdür. Bu yükümlülüğün yerine getirilmemesi erişim sağlayıcıların abonelerine karşı bir özel hukuk sorumluluğunu gündeme getirebilecektir.

43-7. madde erişim sağlayıcıların ceza sorumluluğuna ilişkin bir hüküm sevk etmemiştir. Kanunun bu suskunluğu karşısında erişim sağlayıcıların hukuka aykırı içeriğe sahip internet yayımından dolayı cezaen sorumlu olmayacağı sonucuna varmak mümkündür.

Erişim sağlayıcıların ceza sorumluluğunun sözkonusu olamayacağı iki gerekçeye bağlanmaktadır.

- İnternetteki hukuka aykırı verilerden erişim sağlayıcıların ceza sorumluluğu suçun faili ile iştiraki açısından tartışılabilir. Bir suça maddi iştirakin sözkonusu olabilmesi için, olumlu bir hareketin erişim sağlayıcıya isnad edilebilmesi gerekecektir. Ancak, erişim sağlayıcı bağlantıyı suçun failinin kullanımına sunmamaktadır. Aksine, erişim sağlayıcı bu bağlantıyı kendi abonelerinin hizmetine sunmaktadır. Erişim sağlayıcı abonesi olmayan suç faili ile fiili veya hukuki hiçbir ilişkiye girmemektedir. Bu nedenle erişim sağlayıcılar, mevcudiyetlerinin ortaya çıkmasına kadar bilmedikleri bir suçun işlenmesine herhangi bir yardımda bulunmaktan dolayı kınanamazlar.

Fransız hukuku, iştirakin maddî hareketinin suçun gerçekleşmesinden önce veya eş zamanlı yapılmasını aramaktadır. Oysa ki, hukuka aykırı bilgilerin ağ üzerine konulması bağlantı sağlanmadan, hatta erişim sağlayıcının kendi varlığından önce gerçekleşebilmektedir.

Şerikin maddî hareketi ile fail tarafından suçun gerçekleştirilmesi arasında bir nedensellik bağlantısının mevcut olması gerekir. Oysa, erişim sağlayıcı tarafından aboneline bir bağlantı sağlanması suçun işlenmesi için hiçbir şekilde zorunlu değildir. Hukuka aykırı bilgilerin sahipleri, başka bir deyişle içerik sunucular kendi verilerini ağ üzerine koymak için erişim sağlayıcıların müdahalesine ihtiyaç duymazlar.

Sonuç olarak denilebilir ki, bağlantı sağlama suça maddî bir iştirak anlamına gelmez⁸.

– İkinci gerekçe ise, erişim sağlayıcıların kasten hareket edemeyeceğidir.

Fransız hukukuna göre kişinin suç ortağı sıfatını alabilmesi için, bir suçun gerçekleşmesine katkı sağladığını bilmesi gerekir. İnternet üzerinde mevcut olan bütün bilgilerin hukuka aykırı nitelikte olup olmadığını bilemeyen erişim sağlayıcıların şerik olmaları bu nedenle de mümkün değildir.

Burada temel sorun, hukuka aykırı bilgilerin kabul edilmesini gerçekten engellemeye olanak veren araçlara erişim sağlayıcıların sahip olup olmadıklarının belirlenmesidir. Zira ceza sorumluluğu yalnızca erişim sağlayıcıların hukukî, hatta fiili bir engelleme yetkisiyle bir anlam taşıyabilir. Bu noktada iki çözüm tarzı düşünülebilir. Bunlar, erişim sağlayıcı aracılığıyla bağlantının engellenmesi için hukuka aykırı bilgilerin ortadan kaldırılması veya bunların denetimden geçirilmesidir.

Hukuka aykırı bilgilerin ortadan kaldırılması konusunda, erişim sağlayıcıların, genellikle yabancı ülkelerde bulunan sunucular üzerinde barındırılan hukuka aykırı verilerin ortadan

⁸ CANEVET, "Fourniture d'accès à l'internet et responsabilité pénale", sh: 8-9.

kaldırılması bakımından teknik bir olanağa mutlak olarak sahip olmadıklarını hatırlatmak uygun olacaktır. Böyle bir olanağa sahip olsalar bile, bulunduğu ülkede tamamen hukuka uygun olan bazı verilerin ortadan kaldırılması ayrıcalığını erişim sağlayıcıların hangi hukuka göre kendilerinde göreceği sorusu da akla gelebilir.

İkinci olanak ise, hukuka aykırı bazı verilere aboneleri tarafından erişilmesini engellemekten ibarettir. Erişim sağlayıcıların bilgileri denetleme ve teknik olarak sunumu önleme olanaklarının bulunmamasından dolayı iştirak iradesinin ortaya çıkması da mümkün değildir⁹.

c) Servis Sağlayıcılar

Servis sağlayıcılar teknik olarak erişim sağlayıcılardan farklı bir role sahiptirler. Servis sağlayıcılar hukuka aykırı bilgileri bizzat barındırırlar. Erişim sağlayıcılar hukuka aykırı davranışın faili ile hiçbir hukuksal ilişkiye girmemelerine karşın, servis sağlayıcılar, aksine, bu bilgilerin faili ile hukukî bir ilişki içerisindeyler. Çünkü bu failer servis sağlayıcıların müşterisidirler.

Servis sağlayıcılar kendilerinin hazırlayıp sundukları içerikler bakımından içerik sunucu olarak kabul edileceklerinden, bu içeriklerin suç niteliği taşıyan bilgiler içermesi hâlinde, servis sağlayıcı sıfatıyla değil, içerik sunucu olarak genel hükümlere göre cezaen sorumlu olacaklardır.

Erişim sağlayıcılar aynı zamanda servis sağlayıcı da olabilirler. Bilgilere internet üzerinden erişilebilmesi için, bunların ağa sürekli bağlı olan bir bilgisayar üzerinden sunulması gerekir. Böylece internet kullanıcıları, genellikle, aynı zamanda erişim sağlayıcı olan bir servis sağlayıcının hizmetine başvururlar. Ancak erişim sağlayıcılar ve servis sağlayıcılar birbirlerinden tamamen farklı işlevleri yerine getirmektedirler.

⁹ CANEVET, "Fourniture d'accès à l'internet et responsabilité pénale", sh: 9-10.

İletişim özgürlüğü kanununun 43-8. maddesinde servis sağlayıcılar, "kamunun kullanımına sunmak için erişilebilir nitelikte her türlü işaret, yazı, resim, ses veya mesajların doğru ve doğruya ve sürekli, ücretli veya ücretsiz olarak depolanması sağlayan gerçek veya tüzel kişiler" şeklinde tanımlanmıştır.

Servis sağlayıcıların sorumluluğu da yine aynı maddede içerisinde belirtilmiştir. Buna göre servis sağlayıcılar, "bu hizmetlerin içeriğinden dolayı yalınca, adil bir makam tarafından bildirilmesine karşın hareketle geçmez iseler cezaen veya hukuken sorumlu olabilmeler".

Bu maddenin 28 Haziran 2000 tarihinde ulusal meclis tarafından benimsenen şekilde "barındırılan içeriğin hukuka aykırı olduğunu veya kendisi için zarara yol açtığını değerlendiren bir üçüncü kişi tarafından bildirilmesine karşın uygun tedbirleri almaya başlamamışlar" servis sağlayıcıların cezaen veya hukuken yine sorumlu olacağı yönünde bir hüküm mevcut bu anlamaktadır. Ancak kanun muhalefet milliletkilleri tarafından Anayasa Konseyi'nin önüne taşınmıştır. Bu bağlamda kanunun internete ilişkin hükümlerine yönelik olmamasına karşın, Anayasa Konseyi, servis sağlayıcıların sorumluluğuyla ilgili hükümlerin Anayasaya uygunluk incelemesini reşen yapmıştır. Anayasa Konseyi üçüncü kişiler tarafından yapılan bildirim üzerine hareketle geçmeyen servis sağlayıcıların sorumluluğuna ilişkin yuvarlakda belirttiğimiz düzenlemeyi 27 Temmuz 2000 tarih ve 2000-433 sayılı kararla Anayasaya aykırı bularak iptal etmiştir. Anayasa Konseyi'ne göre, "kanun koyucu böyle bir bildirim için koşullarını uygulamayı ihmal ederek ve ilgililerin ceza sorumluluğuna yolaçabilecek nitelikteki kusurlu davranışın temel özelliklerini belirlemeyerek Anayasası'nın 34. maddesinden aldığı yetkiye aykırı davranmıştır"¹⁰. Gerçekten 1958 Anayasası'nın 34. maddesinin ilgili hükmü gereğince, "kanun cürüm ve cünhaların yuvarlak uygulama nacak cezaların belirlemesiyle ilgili kuralları saplar". Böylece

Anayasa Konseyi suç ve ceza düzenlemesi taşıyan kanunların açık, seçik ve belirli olması gerekliliğinden hareket ederek bu hükümü Anayasaya aykırı görmüştür.

43-8. madde görüldüğü üzere, servis sağlayıcıların ceza ve özel hukuk sorumluluklarını aynı esaslara bağlamıştır¹¹. Dolayısıyla burada ceza sorumluluğuyla ilgili yapacağımız ayrılmalar özel hukuk sorumluluğu bakımından da geçerli olacaktır.

İnternet üzerindeki kusurlu eylemin faili, servis sağlayıcının müşterisidir. Hukuka aykırı bilgileri barındırma eyleminin amaç sağlama yoluyla aktif bir iştirak olarak değerlendirilebilir. Bunun kabul edilebilmesi için, öncelikle servis sağlayıcıların internet üzerindeki hukuka aykırı bilgilerin mevcudiyetini bilmemesi gerekir.

Öncelikle belirtmek gerekir ki, masumiyet karinesi gereğince servis sağlayıcının hukuka aykırı içeriği bildiği varsayılmaz.

- Servis sağlayıcı hukuka aykırı bilgilerin mevcudiyetini bilmemesi ihtimalinde sorumlu olmaz:

İçerik sunucu kendi bilgilerini servis sağlayıcı aracılığıyla internet kullancıların kullanımına sunmaktadır. Kısacası, servis sağlayıcı içerik sunucuların herbirine özgü bir alan açar. İçerik sunucu bilmesi gereken parola sayesinde doğrudan doğruya buraya erişilecektir. İçerik sunucu bütün bilgilerini servis sağlayıcısının bilgisi olmadan değiştirebilir, ortadan kaldırabilir veya bunlara eklemelerde bulunabilir.

Servis sağlayıcının içerik sunucu ile sözleşmesi bir ilişki-ye girmesi ve ona bir alan açması eylemi, hiçbir durumda bu içerik sunucu tarafından işlenmiş olan suçlara ilişkin bir iş- rak olarak değerlendirilmez. Zira servis sağlayıcı için sadece faaliyetinin olağan bir biçimde yerine getirilmesi söz konusu-

dur. Taksirle suça iştirak mümkün olamayacağından servis sağlayıcı taksirinden dolayı sorumlu tutulamayacaktır. Çünkü iştirakin sözkonusu olması için kastın varlığı şarttır.

- Suç niteliği taşıyan bilgilerin mevcudiyetinden servis sağlayıcının bilgisinin olması ihtimali 43-8. maddede öngörülen ihtimaldir:

İçeriğin adli bir makam tarafından hukuka aykırı olduğunun kendisine bildirilmesi durumunda servis sağlayıcı, artık hukuka aykırılıktan haberdar olmadığını ileri süremeyecektir. Bu bildirim karşın, bu hukuka aykırı içeriğe ulaşılmasını engellemek için gerekli tedbirleri almayan servis sağlayıcının, suç içerikli bilgilerin sunulmasını bilmesi nedeniyle içerik sunucunun eylemine sonradan iştirak ettiği sonucuna varmak mümkün olacaktır. Çünkü bildirim anından sonra servis sağlayıcının kastından söz edilebilecektir.

Bununla birlikte, ceza sorumluluğunun oluşabilmesi için suçun niteliğine bakmak gerekir. Eğer internet üzerinde gerçekleşen suç anı bir suç ise, manevî unsurun gerekliliğinden dolayı iştirak sözkonusu olamayacaktır. Çünkü iştirakin manevî unsurunun, eylemin işlendiği esnada gerçekleşmesi gerekir. Örneğin, bir tartışma grubuna internet ortamında sürekli durmayacak olan elektronik bir mesajın gönderilmesi vesilesiyle işlenen bir suçun anı bir suç olduğu açıktır. Gerçekten bu örnekte, belirli bir anda gerçekleşen anı bir davranış sözkonusudur. Servis sağlayıcı suçun gerçekleşmesinden sonra bunun mevcudiyetini öğrenebileceğinden, bu suça iştiraki de olanaklı değildir.

Suçun süregelen (sürekli, mütemadi) bir suç niteliği taşıması hâlinde, servis sağlayıcının bu suçun mevcudiyetini, suçun işlenmesinden sonra öğrenmesi hukukî durumu farklılaştıracaktır. Gerçekten suç teşkil eden eylemin netice alt-unsuru devam ediyor ve servis sağlayıcı da bu içeriğe ulaşılmasına engel olmuyorsa, artık suça iştirak ettiği kabul edilecektir. Örneğin, bir web sitesi aracılığıyla işlenen her suça, bu iletişim aracının süreklilik niteliği göstermesinden dolayı, servis sağlayıcının iştirak etmesi mümkündür. Ancak bunun için adli ma-

kamlar tarafından kendisine hukuka aykırılığa ilişkin bir bildirim yapılmalı ve bu bildirimle rağmen servis sağlayıcı gerekli önlemleri almıyorsa ceza sorumluluğu gündeme gelecektir¹².

*
* *

İnternet sükjelerine ilişkin Fransız düzenlemesinin başarılı olup olamayacağını zaman içerisinde uygulama gösterecektir.

Bununla birlikte, belirtmek gerekir ki, bu düzenlemenin erişim sağlayıcıları, kural olarak ceza sorumluluğunun kapsamı dışında tutmaları yerinde olmuştur. Ancak erişim sağlayıcılar, bir bilginin içeriğine müdahale ettikleri takdirde veya adli makamlar tarafından haberdar kıldıkları suç içerikli bir bilgiye erişilmesini engelleme olanağına sahip oldukları hâlde, harekete geçmiyorlarsa sorumlu tutulacakları yönünde bir hüküm sevk edilmesi daha yerinde olurdu. Servis sağlayıcılar ise, adli makamların bildirimini üzerine mütemadi suçlarda bilgilere erişilmesini ihmali hareketleriyle engellemeyerek kastlarını ortaya koymaları hâlinde sorumlu olacaklardır.

Servis sağlayıcıların tüzel kişi olması durumunda, Fransız Ceza Kanunu tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul ettiği için fazla bir sorun yaşanmayacaktır. Hukuka aykırı bilginin ihlâl ettiği suç tipi tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu öngörmüşse, tüzel kişi olan servis sağlayıcı da bu sıfatla cezaen sorumlu olacaktır. Tüzel kişi servis sağlayıcının ceza sorumluluğu, onun organı veya temsilcisi olan gerçek kişilerin ceza sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Türk hukukunda da internetten kaynaklanan hukuka aykırılıklara ilişkin bir düzenlemenin yapılması bugün için kaçınılmaz olmuştur. İnternet sükjelerinin sorumluluk rejimleri Fransız hukukundakine benzer bir şekilde çözüme kavuşturulabilir. Böylece erişim sağlayıcılar kural olarak ceza sorumlulu-

¹² **CANEVET**, "Fourniture d'accès à l'internet et responsabilité pénale", sh: 11-13.

ğunun kapsamı dışında tutulacaklardır. Ancak erişim sağlayıcıların, bilgilerin içeriğine müdahale ettikleri veya mahkeme ya da savcılıktan gelen bildirimle rağmen engelleyebilecekleri erişimi engellemedikleri takdirde, sorumlu olacakları yönünde de bir düzenleme getirilmelidir. Servis sağlayıcıların bildirim üzerine gerekli önlemleri almamak suretiyle ihmali hareketleri sonucunda sorumlu tutulmaları yerinde bir çözümdür. Bununla birlikte, bildirimin kimin tarafından (mahkeme, hâkim, savcılık, adli kolluk) yapılacağı açıkça belirtilmelidir. Son olarak da, sorumluluk rejimi belirlenirken ceza sorumluluğu ve özel hukuk sorumluluğu birbirinden ayrılmalıdır. Zira bu iki sorumluluk rejimine hâkim olan ilkeler birbirinden farklı nitelikler taşıyabilmektedir.

KAMU HUKUKU BÖLÜMÜ