

AVRUPA KONSEYİ SİBER SUÇ SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA "AVRUPA SİBER SUÇ POLİTİKASININ ANA İLKELERİ"

Prof. Dr. Kayıhan İçel*

I. İnternet ortamında sorumluluk bilinci ile davranılması bilgisayar kullanmanın etik kurallarına aykırılık yaratacağı gibi, bazen hukuk kurallarını ihlale de yol açabilir. Örneğin, "*bilişim suçları*" olarak isimlendirilen "bilgisayar veri ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlülüğüne ve kullanıma açık bulunmasına yönelik eylemler" den başka, sahtecilik ve dolandırıcılık eylemleri, pornografik eylemler, şiddete yönlendiren eylemler, hakaret, telif ve benzeri haklara aykırılık oluşturan eylemler ve haksız rekabet gibi konularda da internet alanında ceza sorumluluğunun nasıl saptanacağı sorunu ortaya çıkmakta, özellikle de internet servis sağlayıcıları ile internet erişim sağlayıcılarının sorumluluklarının ne olacağı tartışmalara konu olmaktadır.

II. Ceza hukukunun diğer alanlarında olduğu gibi, siber suçlar konusunda yapılacak yasal düzenlemelerde de suç politikasının evrensel nitelikteki ana ilkelerine uygun davranılması zorunluluğu vardır.

Ceza hukukunun toplumu koruma görevini en iyi biçimde yürütmesi için hangi esaslar içinde düzenlenmesi gerektiği sorunu ile ilgili bulunan suç politikası, bu sorunu çözümlenmek amacıyla, suçun nedenleri üzerinde durur, ceza hukukunda uygulanan yaptırımların etkinliklerini araştırır, hukuku ihlal

* İstanbul Üniversitesi, Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

eden davranışların etkili biçimde önlenmesi için, kanun koyucunun, ceza hukukunun kapsama alanını nereye kadar genişletebileceğini düşünür ve suç olayını en iyi belirleyen yasal unsurların neler olabileceğini inceler. Suç politikası, yapacağı bu çalışmalarda, özgür davranabilir, sadece gerçeğe bağımlı kalır ve dar anlamdaki politikanın dışına çıkabilirse, onun tarafından saptanacak yasal amaçların gerçekleşebilmesi için açık ve seçik sınırlar ortaya çıkar. İşte, suç politikasında izlenen bu amaca ulaşabilmek için uyulması gereken ana ilkeler, *kusur ilkesi*, *hukuk devleti ilkesi* ve *ümanizm ilkesi* olarak tüm demokratik sistemlerde kabul edilmiştir¹.

Suç politikasının evrensel nitelik kazanmış bu ana ilkelere uyulmadan siber suçlar alanında yapılacak her normatif düzenlemede önemli yapısal arızaların olacağı açıktır.

Diğer yandan ise, siber suçların özelliklerinden dolayı daha özel nitelikteki ilkelerle suç politikasının ana ilkelerinin bu alanda desteklenmesi gerekir. Böylece, siber suç politikasının ana ilkeleri oluşturulmuş olacak ve normatif düzenleme bu ana ilkelere uygun biçimde gerçekleştirilecektir.

Aşağıda, internet ortamında ceza sorumluluğu konusunda önemli bir normatif kaynak olan *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi*'nin² hazırlık çalışmaları ve bu bağlamda sözleşme ile izlenen amaçlar hakkında bilgi verildikten sonra "*Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri*" üzerinde durulacaktır.

III. Avrupa Suç Sorunları Komitesi (CDPC)
CDPC/103/211196 sayılı kararı ile, Kasım 1996'da siber suçlarla ilgilenecek bir uzmanlar komitesi kurmaya karar vermiştir. Komitenin bu kararının dayandığı gerekçesi şöyle ifade edilmiştir.

"Bilgi teknolojisi alanındaki hızlı gelişmeler, modern toplumun tüm kesimlerini doğrudan etkilemiştir. Telekomünikas-

¹ Bkz.: **İÇEL-DONAY**, Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku, 1. Kitap, 3. Bası, İstanbul 1999, sh.69 ve son.

² <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>; Türkçe çevirisi için bkz.: <http://www.c4group.net/ivhp/ek1.php>.

yon ve bilgi sistemlerinin bütünleşmesi, her türlü iletişimin mesafeden bağımsız olarak saklanması ve aktarılmasına olanak tanımıştır. Dünyanın neresinde olunursa olunsun hemen herkesin her türlü elektronik bilgi hizmetine erişimine olanak veren internet gibi bilgi otobanlarının ve ağlarının ortaya çıkışı, bu gelişmeleri hızlandırmıştır. İletişim ve bilgi hizmetlerine bağlanan kullanıcılar "siber uzay" adı verilen, meşru amaçlar için kullanılan, ancak kötüye kullanıma da açık olan, ortak bir uzay yaratmışlardır. Sözkonusu "siber uzay suçları", bilgisayar sistemlerinin ve telekomünikasyon ağlarının bütünlüğüne, ulaşılabilirliğine ve gizliliğine karşı işlenebileceği gibi, bilinen bazı suçların işlenmesinde bu ağların sunduğu hizmetlerden yararlanma şeklinde de ortaya çıkabilir. Bu suçların siyasal sınırları aşabilen niteliği, örneğin internet aracılığı ile işlenebilmesi, ulusal makamların mülklik özellikleri ile çelişik durumdadır. Bu nedenle, ceza hukuku, siber uzayın olanaklarının kötüye kullanımını ve meşru çıkarlara zarar vermek için son derece gelişmiş olanaklar sunan bu teknolojik gelişmeleri yakından izlemelidir. Bilgi ağlarının sınırlar ötesi yapılarından dolayı bu tür kötüye kullanılmalarla mücadele etmek için uluslararası düzeyde ortak çalışmaların yürütülmesi gerekmektedir (89) 9 sayılı tavsiye kararı ile bilgisayarların kötüye kullanılma biçimleriyle ilgili ulusal kavramların birbirlerine yaklaşımları sağlanmışsa da, bu yeni olgularla mücadelede gerekli verimliliğin elde edilmesi ancak bağlayıcı uluslararası bir araçla gerçekleştirilebilir. Böyle bir araç çerçevesinde, uluslararası işbirliği önlemlerine ek olarak, maddi hukuk ve usul hukukuyla ilgili sorunlar ve bilgi teknolojisinin kullanımıyla yakından bağlantılı konular ele alınmalıdır."

Avrupa Suç Sorunları Komitesi'nin bu kararına uygun olarak, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 4 Şubat 1997 tarihindeki 583. toplantısında alınan CM / Del / Dec (97) 583 sayılı kararı ile "Siber Uzay Suçları Uzmanlar Komitesi (PC-CY)" adı verilen yeni bir komite oluşturuldu. Nisan 1997'de toplanan bu komite, siber suçlara ilişkin uluslararası bir konvansiyon taslağını görüşmeye başladı. Komitenin çalışmaları, öngörülen 31 Aralık 1999'da bitirilemediği için 31 Aralık 2000 tarihine ertelendi. Görüşmelerden sonra, gözden geçirilmiş ve son

durumuna getirilmiş Konvansiyon taslağı ve gerekçe niteliğine sahip açıklayıcı memorandumu Haziran 2001'deki genel kurulda onaylanmak üzere Avrupa Suç Sorunları Komitesine ve ardından kabul edilip imzaya açılmak üzere Bakanlar Komitesine sunuldu.

IV. 1- 23 Kasım 2001 tarihinde Macaristan'ın Başkenti Budapeşte'de imzaya açılmış bulunan ve bugüne kadar (02.05.2002), Avrupa dışından dört devlet (Kanada, Japonya, Güney Afrika ve ABD) dahil olmak üzere 33 Devlet tarafından imzalanan bu sözleşmeyi 31 Devlet aynı gün (23 Kasım 2001) imzalamışlardır. İzlanda'nın 30 Kasım 2001'de, Malta'nın 17 Ocak 2002'de imzaladığı sözleşmeyi Türkiye ise henüz imzalamamıştır.

2- Gerekçe niteliğindeki açıklayıcı memorandumda (III, 16.) sözleşmenin amaçları şöylece belirtilmiştir: (1) Siber suçlar alanında ülkelerin maddi ceza hukukuna ilişkin bölümlerini uyumlu duruma getirmek; (2) Bu suçların ve bilgisayar kullanılarak işlenen diğer suçların kovuşturulması ve soruşturulması için ceza yargılaması hukuku alanında gerekli yerel yetkileri sağlamak; (3) Bu bağlamda hızlı ve etkin bir uluslararası işbirliği rejimi oluşturmak.

V. Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesini incelediğimizde internet ortamında ceza sorumluluğunun düzenlenmesi sırasında gözönünde bulundurulması gereken ana ilkeleri saptayabilmekteyiz. "*İnternet Ortamında Ceza Sorumluluğunun Avrupa Ana İlkeleri*" olarak da isimlendirebileceğimiz bu ilkeleri aşağıda sunuyoruz:

1. İlke: Siber suçlarla ilgili Ceza Sorumluluğunun Sınırlarının Çizilmesinde başta düşünce ve söz özgürlüğü ile iletişim özgürlüğü olmak üzere tüm temel hak ve özgürlüklerin gereklerine uyulması

Sözleşmenin giriş kısmında, her bireyin herhangi bir müdahale olmaksızın düşünme ve düşüncelerini ifade etme, her türlü bilgiyi ve düşünceyi sınırsız şekilde aramak, almak ve iletmek hakkını ve özel hayata saygıya ilişkin haklarını teyit

eden 1950 Avrupa İnsan Hakları ve Temel Özgürlükleri Sözleşmesinin gereklerine uyulacağı açıklanarak, ceza sorumluluklarının düzenlenmesinde temel hak ve özgürlüklerin birinci derecede gözönünde bulundurulacağı vurgulanmıştır. Böylece, bu özgürlüklerin özüne dokunmadan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 10. maddesindeki sınırlamaların internet alanında da uygulanabileceği doğaldır.

2.İlke: Bilgisayarla işlenen veya bilgisayarla ilişkili suçların belirlenip düzenlenmesinde ortak bir minimum standarda uyulması

Sözleşme, düzenlenip cezalandırılması gereken siber suçları üç başlık altında toplamıştır. Bunlardan, "bilgisayar veri ve sistemlerinin gizliliğine, bütünlülüğüne ve kullanılmasına açık bulunmasına yönelik suçlar" kapsamında düzenlenmesi gereken eylemler "yasa dışı erişim", "yasa dışı müdahale", "verilere müdahale" ve "sistemlere müdahale" dir.

Bilgisayarlarla ilişkili sahtecilik ve dolandırıcılık eylemleri "Bilgisayarlarla İlişkili Suçlar" başlığı altında öngörülmüştür.

"İçerikle İlişkili Suçlar" başlığı altında ise "Çocuk Pornografisi" ve "Telif Haklarının İhlali" suçları yer almaktadır.

Sözleşmenin gerekçesinde (35-37), suçlar listesinin minimum bir uzlaşmayı temsil ettiği belirtilerek, ulusal mevzuatların daha başka suçları da öngörebilecekleri ifade edilmiştir.

Sözleşmedeki suçlar listesi belirlenirken, Avrupa Konseyi'nin bilgisayarla ilgili suçlar hakkında R(89) 9 sayılı Tavsiyesi ile bağlantılı olarak geliştirilmiş talimatlar ve diğer kamusal ve özel uluslararası kuruluşların (OECD, BM, AIDP) çalışmaları esas alınmış ve ayrıca genişleyen telekomünikasyon ağlarının kötüye kullanılmasına ilişkin daha yeni deneyimler de gözönünde tutulmuştur.

Sözleşme taslağını hazırlayan komitede, bilgisayar sistemleri yoluyla ırkçı propaganda gibi başka tür içeriklerle ilgili eylemlerin de suç listesine dahil edilmesi konusu tartışılmış ve buna güçlü bir destek verilmişse de, bazı üyeler ifade özgürlü-

ğü yönünden kaygılarını ortaya koydukları için, komitenin sözleşmeye ek bir protokol hazırlaması için Avrupa Suç Sorunları Komitesi'ne (CDPC) başvurmasına karar verilmiştir (Gerekçe 37).

3. İlke: Eylemin hukuka aykırı olması

Sözleşmede öngörülen suçların tümü için “*hukuka aykırılık*” koşulu özellikle vurgulanmıştır. Sözleşmenin gerekçesindeki (40) açıklamalara göre, rıza gösterme, haklı savunma veya zorda kalış gibi klasik hukuka uygunluk nedenlerinin yanı sıra bazı hak ve yetkilerin kullanıldığı diğer durumlarda da siber suçlarda ceza sorumluluğu ortadan kalkar. Örneğin, kamu düzeninin sürdürülmesi, ulusal güvenliğin korunması veya suçların soruşturulması amaçları ile hükümet yetkililerinin bu tür bir eylemde bulunmaları halinde hukuka aykırılığın ve dolayısıyla ilgili suçun oluşmayacağı sözleşme gerekçesinde açıkça ifade edilmiştir. Bunun gibi, sistemin tamamının veya bir parçasının sahibinin ya da başka bir hak sahibinin izniyle yapılan, örneğin ilgili bilgisayar sisteminin izinli olarak test edilmesi veya korunması amacıyla gerçekleştirilen erişimlerde hukuka uygunluk sözkonusu olduğundan suç oluşmayacaktır. Yine, kamunun ücretsiz ve açık erişimine izin veren bilgisayar sistemlerine erişim “haklı biçimde yapıldıklarından” yasadışı erişim suçundan sözedilemez (Gerekçe 47).

Böylece, *Siber Suç Sözleşmesi*, suçun yapısal unsurlarından olan ve suç teorisinin ana kavramlarından birini oluşturan hukuka aykırılığın, Avrupa Ceza Hukuku bağlamında suç politikasının ana ilkeleri arasına sokmuş olmaktadır.

4. İlke: Eylemin kasten işlenmesi

Sözleşmede, siber suç olarak öngörülen tüm eylemlerin kasten işlenmeleri gerektiği belirtilmiştir (Gerekçe 41). Böylece, bilme (öngörme) ve isteme unsurları gerçekleşmeden, yani taksir niteliğinde kusurluluk ile bu suçların işlenmeleri olanaksızdır.

Sözleşme, bazı suçlar yönünden ise “*özel kast*” aramıştır. Örneğin sözleşmenin 8. maddesindeki sahtecilik ve dolandırıcı-

cılık eylemlerinde “özel kast” “haksız maddi menfaat sağlamak amacı” şeklinde belirtilmiştir.

Sözleşme gerekçesinde, bu ilke ile ilgili bazı genel açıklamalar yapıldıktan sonra, “kasıtlı olarak” ifadesinin kesin anlamının ulusal yoruma bırakıldığı açıklanmıştır.

Burada vurgulamamız gerekir ki, cezanın, ancak failin eyleminden dolayı kınanabilmesi durumunda uygulanabilmesini ifade eden *kusur ilkesi*, suç politikasının ana ilkelerinden biri olarak modern ceza hukukunda ceza sorumluluğunun en önemli temel taşıdır. Bu ilke, bir yandan kusursuz bir kimseye ceza verilemeyeceğini öngördüğü gibi, diğer yandan faile kusurundan daha ağır bir cezanın uygulanmasını da yasaklar. Yani ilkel ceza hukuklarında görülen netice sorumluluğu (Erfolgshaftung) esasının günümüzün ceza hukukunda yeri yoktur. Ceza Kanunumuzun 45. maddesi “*cürümde kastın bulunmaması cezayı kaldırır*” diyerek kusur ilkesini belirtmişse de, devamla “*failin bir şeyi yapmasının veya yapmamasının neticesi olan fiilden dolayı kanunun o fiile ceza tertip ettiği ahval müstesnadır*” hükmü ile objektif sorumluluğa olanak veren bir durum yaratmıştır. Avrupa Siber Suç Sözleşmesi ise, siber suçlarda “kast” unsurunu arayarak suç politikasının bu evrensel ana ilkesine uymuştur.

Kast ilkesinin doğal sonucu *ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkesi*dir. İnsanları, başkalarının eylemlerinden dolayı cezalandırmaya cüret edebilen totaliter rejimlerin insanlığa getirdiği acı deneylerden sonradır ki, bir kimsenin yalnız kendi icra ve ihmalden sorumlu olabileceği esasının uluslararası sözleşmelerde ve anayasalarda yer alması gerekli olmuştur.

Eylemlerin ancak kasten işlendiği takdirde cezalandırılabilmesi ve ceza sorumluluğunun bireyselliği ilkeleri, özellikle içerikle ilgili siber suçlarda servis (hizmet) sağlayıcılarının ceza sorumluluklarının sınırlarını belirler. Örneğin, çocuk pornografisine ilişkin internet yayınlarında, “çocuk pornografisi”ni sunmak, erişim sağlamak, dağıtmak, yaymak, üretmek veya bulundurmamak konusunda “kast” niteliğinde kusurluluğu bulunmayan, yani bu tür davranışlara ilişkin olarak *bilme* ve *is-*

teme durumunda olmayan ISS'ler, ister sadece erişim sağlasınlar, isterse içeriğini bilmeden depolama işleminde bulunsunlar ceza sorumluluğu altına sokulamaz. Yani ISS'nin eyleme ilişkin bilgisi ve isteği olmadan taşıyıcı işlevini yüklenmesi veya bu tür malzemeler içeren bir web sitesini ya da haber odasını barındırması ceza sorumluluğu için yeterli değildir. Sözleşme gerekçesinde ayrıca, bir servis sağlayıcısına ceza sorumluluğundan kurtulması için bu tür eylemleri denetleme yükümlülüğünün yüklenemeyeceği açıklıkla ifade edilmiştir (Gerekçe 105).

VI. Avrupa Siber Suç Politikası Ana İlkelerine Türkiye'de de uyulması gerektiği düşüncesindeyiz. Bu nedenle, önce Avrupa Siber Suç Sözleşmesi imzalanmalı ve sonra da bunun paralelinde "*İnternet Yasası*" çıkarılmalıdır. Bu yasada, Basın Kanununda olduğu gibi özel bir ceza sorumluluğu sisteminin yaratılmasından kaçınılması ve özellikle suç işleme kastları bulunmayan servis sağlayıcılarına ceza sorumluluğu yüklenmesine özen gösterilmesi gerektiği görüşünderiz. Aksi takdirde, başkasının eyleminden ceza sorumluluğu yolu açılacağı gibi, Avrupa Ceza Hukuku Standartlarının dışına çıkmış olacaktır.