

## İNTERNETTEN KAYNAKLANAN CEZA SORUMLULUĞUNDAKİ GELİŞMELER\*

Araş. Gör. Selman DURSUN\*\*

### Giriş

Teknolojik bir gelişme olarak internetin ortaya çıkması, yani “mesafenin (uzaklığın) kaybolması” ve “zamanın kısalması” son yılların en sıcak ve heyecan uyandıran gelişmelerinden biridir. Bu yeni teknoloji, sadece teknik, ekonomik, ticari ve sosyal gelişmelere kaynak oluşturmamış, hukuki yeniliklerin de en önemli faktörü olmuştur<sup>1</sup>.

İnternet, bu gelişme ve yeniliklerin yanı sıra, bir dizi sorunu da beraberinde getirmiştir. Bu sorunlar, yukarıda değindiğimiz teknik, ekonomik, ticari ve sosyal sorunlar olduğu gibi, etik ve hukuki sorunlar da ortaya çıkmıştır. İnternetin belirli bir sorumluluk bilinci içinde kullanılmaması, bilgisayar etiği olarak adlandırılan kavrama aykırılığı sonuçladığı gibi, bazen hukuk kurallarının ihlali ve çeşitli hukuki

---

\* Bu çalışma, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilim Dalı Doktora Programında, 2002-2003 Döneminde, Prof. Dr. Kayıhan İçel tarafından verilen “Kitle İletişim Araçları ile İşlenen Suçlarda Ceza Sorumluluğu” isimli derste sunulan seminer ödevinin yeniden gözden geçirilmiş ve genişletilmiş halidir.

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

<sup>1</sup> BERNARD GROSSFELD, *Global Accounting: Where Internet Meets Geography*, *The American Journal of Comparative Law*, Volume:48, Number:2, Spring 2000, s.263.

sorunlar söz konusu olabilmektedir<sup>2</sup>.

İnternette kaynaklanan hukuki sorunların en önemlisi ceza hukuku sorunlarıdır. Zira internet, ortaya çıkışı itibariyle ve niteliği gereği iletişim ve ifade özgürlüğünün en kapsamlı olarak kullanıldığı bir alanı ifade etmektedir. Buna karşılık ceza hukuku, öngördüğü yaptırım itibariyle temel hak ve özgürlüklere en sert ve katı müdahaleleri yapan hukuk dalıdır. Bu nedenle bu alandaki ceza hukuku sorunlarının çözümü, bu çözümde başvurulacak yollar özel bir önem arz etmektedir<sup>3</sup>.

İnternette ortaya çıkan ceza hukuku sorunları ve bu bağlamda internette kaynaklanan ceza sorumluluğu, iki farklı biçimde görülebilmektedir. Birincisi, mevcut ceza kanunlarında öngörülen suçların, internette veya internet aracılığıyla işlenmeleridir. Bu anlamda internet, bu klasik suçlar açısından yeni bir işleme aracı, biçimi olmaktadır. Burada suçun işlenme yeri, fail veya failleri ceza hukuku bakımından internette kaynaklanan bir sorundur. İnternetin ortaya çıkardığı ceza hukuku sorunlarının ikinci görünüm şekli, internete özgü ve ceza hukuku korumasını gerektiren eylemlerdir. Burada ise, internetle birlikte ortaya çıkan yeni ihlal modelleri söz konusudur ve bunların suç olarak düzenlenip düzenlenmeyeceği veya düzenlenecekse ne şekilde düzenlenecekleri yeni ceza hukuku sorunlarıdır. Zira suçta ve cezada kanunilik ilkeleri ve aleyhe örneksime yasağı<sup>4</sup> gereği mevcut düzenlemeler çoğunlukla bu yeni ihlal modellerini kapsamamaktadır.

Yine internette kaynaklanan ceza sorumluluğunda önemli bir sorun da internetle birlikte ortaya çıkan ve internetin işleyişinde rol alan birtakım süjelerin, öznelerin cezai sorumluluklarının saptanması sorunudur<sup>5</sup>. Bu açıdan da klasik fail kavramı ve bunu genişleten suç ortaklığı (iştirak) hükümleri yeterli görülmemiş ve sistemin yapısı gereği özel düzenlemeler yapma yoluna gidilmiştir.

<sup>2</sup> KAYIHAN İÇEL, *Kitle Haberleşme Hukuku, Basın, Radyo-Televizyon, Sinema, İnternet*, Yenilenmiş beşinci bası, İstanbul, Beta, 2001, s.413-414.

<sup>3</sup> HASAN SINAR, *İnternet ve Ceza Hukuku*, İstanbul, Beta, 2001, s.68.

<sup>4</sup> Bu kavramlar için bkz.; KAYIHAN İÇEL, SÜHEYL DONAY, *Karşılaştırmalı ve Uygulamalı Ceza Hukuku*, Genel Kısım, 1. Kitap, Yenileştirilmiş üçüncü bası, İstanbul, Beta, 1999, s.73 vd.

<sup>5</sup> Bu süjeler ve sorumlulukları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.; SINAR (dn.3), s.86 vd.

İnternette işlenen suçlarla mücadele etmek için birçok ülkede yeni düzenlemeler yapılmıştır. Bu konuda Amerika Birleşik Devletleri (ABD.) ve Federal Almanya Cumhuriyeti öne çıkmaktadır<sup>6</sup>. Bundan başka internetin ve bununla bağlantılı olarak burada işlenen suçların ulusal sınırları aşan bir özellik göstermesi, bu suçlarla mücadelede ulusal üstü çalışmaların yapılmasını zorunlu kılmıştır. Bu bağlamda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesince onaylanan ve 23 Kasım 2001 tarihinde imzaya açılan Avrupa Siber Suç Sözleşmesi bu konudaki en önemli girişimdir<sup>7</sup>.

Bu yasal ve sözleşmesel gelişmelerin yanında, internette işlenen suçlar, çeşitli mahkeme kararlarına da konu olmaya başlamıştır. Böylece bir anlamda bu konudaki içtihat hukuku da yavaş yavaş ortaya çıkmaktadır. Özellikle ABD.'inde Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi (Supreme Court of United States), bu konudaki birkaç yasayı iptal etmiştir. Ülkemiz uygulamasında da konuyla ilgili birtakım soruşturma ve davalar, takipsizlik, beraat ve mahkumiyet kararları söz konusu olmuştur.

Bunların dışında, gerek karşılaştırmalı hukukta gerekse ülkemizde konuyla ilgili doktrin de önemli gelişme göstermiştir. Biz bu çalışmamızda bu konudaki eserlerde yer almamış veya kısmen yer almış birtakım gelişmeleri ele almaya çalışacağız. Bu bağlamda, ABD., Birleşik Krallık (İngiltere), Federal Almanya'daki ve son olarak ülkemizdeki duruma ana hatlarıyla değineceğiz.

<sup>6</sup> Özellikle internet sùjelerinin ceza sorumluluğunun çeşitli ÷lkelerdeki durumu için bkz.; FATİH S. MAHMUTOĞLU, *Karşılaştırmalı Hukuk Bakımından İnternet Sùjelerinin Ceza Sorumluluğu*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakùltesi Mecmuası (İÜHFM.), Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s.39 vd.

<sup>7</sup> Sözleşme bağlamında "Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri" için bkz.; KAYIHAN İÇEL, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi Bağlamında Avrupa Siber Suç Politikasının Ana İlkeleri*, İÜHFM., Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s.3 vd.; sözleşmenin maddi ceza hukuku düzenlemeleri için bkz.; FÜSUN SOKULLU-AKINCI, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde Yer Alan Maddi Ceza Hukukuna İlişkin Düzenlemeler ve Özellikle İnternette Çocuk Pornografisi*, İÜHFM., Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s.11 vd.; muhakeme hukuku düzenlemelerinin değerlendirmesi için bkz.; SERAP KESKİN, *Avrupa Konseyi Siber Suç Sözleşmesi'nde Ceza Muhakemesine İlişkin Hükümlerin Değerlendirilmesi*, İÜHFM., Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s.155 vd.

## I. Amerika Birleşik Devletleri

### A. Genel Olarak

Teknolojik olarak internetin ilk ortaya çıktığı ve bu nedenle de internetin ana vatanı olarak nitelendirilen ABD., bu ileri iletişim teknolojisinin zararlarından da en önce şikayetçi olan ve bu kapsamda birtakım hukuki düzenlemeler yapan ülke özelliğini taşımaktadır<sup>8</sup>.

ABD.'inde internetten kaynaklanan ceza sorumluluğu konusunda dört temel kanun göze çarpmaktadır. Bu kanunların üçü müstehcen yayınları ve bu kapsamda çocuk pornografisini çeşitli şekillerde suç olarak düzenleyen kanunlardır. Bunlardan ilki, 8 Şubat 1996 tarihinde yürürlüğe giren **İletişim Ahlakı Kanunu**'dur (Communications Decency Act - CDA)<sup>9</sup>. Söz konusu Kanun, 1934 tarihli İletişim Kanunu'na (The Communications Act) yeni hükümler eklemiştir. Buna göre, internet üzerinden müstehcen içeriğe sahip resim, yazı, videoklip vb. materyallerin yayınlanması ve iletilmesi ile şiddet içeren yayınların gerçekleştirilmesi suç olarak düzenlenmiş ve bu tür yayınları gerçekleştirenlere hapis ve para cezası verilmesi öngörülmüştür. Ayrıca internet kullanıcılarının elektronik postalarının okunabilmesi, haber gruplarındaki tartışmaların, IRC üzerinden yapılan sohbetlerin izlenebilmesi olanağı da sağlanmıştır<sup>10</sup>.

Çocuk pornografisiyle ilgili ikinci kanun, 30 Eylül 1996 tarihli **Çocuk Pornografisini Önleme Kanunu**'dur (Child Pornography Prevention Act - CPPA)<sup>11</sup>. Kanun, çocukların yer aldığı pornografik görüntüle-

<sup>8</sup> İÇEL, (dn. 2), s.414; SINAR (dn. 3), s.92.

<sup>9</sup> Bu Kanun, çeşitli başlıklardan (Title) oluşan Birleşik Devletler Kanunu'nun (United States Code-USC) "Telgraflar, Telefonlar ve Radyo Telgraflar" isimli 47.başlığı altında (Title 47- Telegraphs, Telephones and Radiotelegraphs) kodifike edilmiştir.

<sup>10</sup> İÇEL, (dn.2), s.414-415; SINAR (dn.3), s.92-93.

<sup>11</sup> Söz konusu Kanun, USC.'nin "Suçlar ve Suç Yargılaması Usulü" isimli 18. başlığının (Title 18- Crimes and Criminal Procedure) "Suçlar" kısmının (Part I- Crimes) "Çocukların Cinsel İstismarı ve Diğer Suiistimaller" bölümünde (Chapter 110- Sexual Exploitation and Other Abuse of Children) kodifike edilmiştir.

ri oldukça kapsamlı bir şekilde düzenlemiş ve bunların yayımını aynı şekilde yasaklamıştır.

Yine çocuk pornografisiyle ilgili bir başka kanun, 1998 tarihli **Çocukların Online Korunması Kanunu**'dur (Child Online Protection Act - COPA). Bu Kanun ise, çocuklara zararlı materyallerin, internet üzerinden "ticari" olarak yayınlanmasına ilişkin yasaklar getirmiştir<sup>12</sup>.

Çocuk pornografisi dışında, internete ilişkin ceza sorumluluğu öngören diğer bir federal kanun, 23 Temmuz 1997 tarihli **İnternet Kumarının Yasaklanması Kanunu**'dur (Internet Gambling Prohibition Act). Buna göre ABD.'inde belirli şehirlerin dışında yasaklanmış olan kumar ve şans oyunlarının, internette erişilebilir kılınması, söz konusu kanunla yasaklanmıştır<sup>13</sup>.

Bu düzenlemelerden başka federal düzeyde Bilgisayar Sahtekârlığı ve Bilgisayarın Kötüye Kullanılması Kanunu (Computer Fraud and Abuse Act), Elektronik İletişimin Gizliliği Kanunu (Electronic Communications Privacy Act), Hüviyet Hırsızlığı Kanunu (Identity Theft Act) gibi kanunlar çıkarılmış, eyalet düzeyinde de çeşitli düzenlemeler yapılmıştır<sup>14</sup>. Ayrıca konuyla ilgili bir çok kanun tasarısı Kongreye sevk edilmiş durumdadır<sup>15</sup>.

12 Bu Kanun da USC.'nin "Telgraflar, Telefonlar ve Radyo Telgraflar" başlığının (Title 47- Telegraphs, Telephones and Radiotelegraphs) "Telgraf veya Radyo İletişimi" bölümünde (Chapter 5 – Wire or Radio Communication) yer almaktadır.

13 SINAR (dn.3), s.96.

14 ABD.'inde federal ve eyalet düzeyinde yapılan başlıca düzenlemeler için bkz.; HÜSEYİN ÇEKEN, *Amerika Birleşik Devletlerinde Siber Suçlar*, (çevrimiçi) <http://www.jura.uni-sb.de/turkish/HCeken.html>, 10 Haziran 2003.

15 SINAR (dn.3), s.96. Kongredeki kanun tasarıları için bkz.; *Lex 8256: Law in Cyberspace, New Developments, Federal Legislation in the 107th Congress*, (çevrimiçi) <http://www.law.wayne.edu/litman/newdev.html>, 25 Aralık 2002. Bu tasarıların arasında, Online Gizliliğin Korunması Kanunu (Online Privacy Protection Act), Siber Güvenlik Bilgisi Kanunu (Cyber Security Information Act), Kamu Güvenliğini ve Siber Güvenliği Artırma Kanunu (Public Safety and Cyber Security Enhancement Act) sayılabilir.

## B. Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi (Supreme Court of United States) Kararları

Çocuk pornografisiyle ilgili olarak yukarıda ifade ettiğimiz üç düzenlemenin üçü de Temyiz Mahkemesinin önüne gelmiştir. Temyiz Mahkemesi, İletişim Ahlakı Kanunu ile Çocuk Pornografisini Önleme Kanunu'nun belirli hükümlerindeki bazı ifadeleri Amerikan Anayasasının Birinci Ekine (First Amendment) aykırı bulmuştur. Buna karşılık Yüksek Mahkeme, Çocukların Online Korunması Kanunu'nu Anayasaya aykırı bulmamıştır. Aşağıda her üç karara da kısaca değinilecektir.

### 1. İletişim Ahlakı Kanunu'na İlişkin Karar

İletişim Ahlakı Kanunu (CDA), Yüksek Mahkemenin önüne, Birleşik Devletler Savcısı Janet Reno ile Amerikan Temel Özgürlükler Birliği (American Civil Liberties Union-ACLU) ve diğerleri arasındaki dava ile gelmiştir<sup>16</sup>.

Dava konusu hükümler, CDA'nın kodifike edildiği USC.'nin 47.başlığı altında yer alan § 223 (a) (1) ve § 223 (d) hükümleridir. Genel olarak § 223, "Müstehcen veya Taciz Edici Telefon Konuşmalarını (Çağrılarını)" (Obscene or harassing telephone calls) düzenlemektedir. § 223 (a), "Genel Olarak Yasaklanmış Hareketler" (Prohibited acts generally) başlığını taşımakta ve ayrıntılı bir şekilde bu hareketleri saymaktadır. Bu hareketleri gerçekleştiren kişilerin ise başlık 18'e göre<sup>17</sup> para cezası veya iki yıla kadar hapis cezası ya da her ikisiyle birlikte cezalandırılacakları öngörülmektedir. Davaya konu asıl hüküm, § 223 (a) (1) (B) (ii)'dir. Söz konusu hüküm, eyaletler arasında veya dış iletişimde [§ 223 (a) (1)] bir telekomünikasyon aleti aracılığıyla, bilerek, 18 yaşın altındaki herhangi bir alıcıya "müstehcen (obscene) veya ahlağa aykırı (indecent)" mesajların iletilmesini cezalandırmaktadır [§ 223 (a) (1) (B) (ii)]. § 223 (d) maddesi ise, 18 yaşın altındaki kişilere

<sup>16</sup> No: 96-511. Dava Tarihi: 19 Mart 1997. Karar Tarihi: 26 Haziran 1997. Bu ve bu başlık altındaki diğer bilgiler için bkz.; Supreme Court Collection,(çevrimiçi); <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZS.html>; <http://supct.law.cornell.edu/supct/html/96-511.ZO.html>, 23 Ocak 2003.

<sup>17</sup> Bu başlık Suçlar ve Suç Yargılaması Usulünü (Crimes and Criminal Procedure) düzenlemektedir.

çirkin (offensive<sup>18</sup>) materyallerin gönderilmesini veya gösterilmesini cezalandırmaktadır. Buna göre, 18 yaşın altındaki bir kişiye, modern toplum standartlarına göre cinsel veya boşaltım aktiviteleri veya organları ölçüsüne göre “açıkça çirkin olan” (patently offensive) şeyleri gösteren veya açıklayan bir mesajın bilerek gönderilmesi veya gösterilmesi, para ve hapis cezalarıyla karşılanmıştır.

Bu arada 223 (e) (5) maddesi, birtakım kabul edilebilir savunmalar öngörerek, bazı durumlarda sorumluluktan kurtulma imkanı getirmiştir. Bu hükme göre, yasaklanmış iletişime küçüklerin erişimini sınırlamak için iyi niyetle, teknolojik olarak mümkün, etkili, uygun hareketleri yapma [223 (e) (5) (B)] ve bu tür erişimi, onaylanmış kredi kartı, borç hesabı, yetişkin erişim kodu veya yetişkin kişisel kimlik numarasının kullanımını talep ederek sınırlama [223 (e) (5) (B)] sorumluluktan kurtarıcı savunmalardır.

Yukarıda sözü edilen iki hükmün Anayasaya aykırı olduğuna ilişkin olarak, Birleşik Devletler Bölge Mahkemesinde açılan davada Mahkeme, § 223 (a) (1) (B)'nin yasaklamalarının “ahlaka aykırı” iletişimle ilgili olan bölümü açısından, § 223 (d)'nin ise müstehcenlik veya çocuk pornografisiyle ilgili ayırıcı bir referans, kriter içermemesi ve bu nedenle sınırsız bir yasaklama getirmesi nedeniyle Anayasaya aykırı buldu. Mahkeme CDA'nın çok geniş olması sebebiyle Anayasanın Birinci Ek'ini, belirsizliği noktasında ise Beşinci Ek'ini ihlal ettiğine karar verdi<sup>19</sup>. Hükümet bu kararı hatalı bularak, Yüksek Mahkemede temyize gitti.

<sup>18</sup> Offensive kelimesi, sözlükte, 1) Pis, nahoş, tiksindirici, iğrenç, çirkin, 2) Hattır kırıcı, tahkir edici, 3) Saldırıya ait, saldırmaya yarayan anlamlarına gelmektedir. Bkz.; *The Golden Dictionary*, İngilizce-Türkçe, Hazırlayanlar: Necmettin Arıkan, Güldem Yenal, Gülsevin Taşpınar, İstanbul, Altın Kitaplar Yayınevi, 1999, s.412.

<sup>19</sup> **Amerikan Anayasasının Birinci Eki**, Kongrenin, bir dini kuruma dayalı veya onun uygulanma özgürlüğünü yasaklayıcı veya ifade özgürlüğünü veya basın özgürlüğünü veya insanların barışçıl olarak toplanma ve şikayetlerini gidermek için hükümete başvurma hakkını kısıtlayıcı kanun yapamayacağını öngörmektedir. **Beşinci Eki ise**, hiç kimsenin, savaş veya kamu tehlikesi zamanındaki aktüel hizmetlerde bulunduğu sırada, kara veya donanma kuvvetlerinde veya yedek askerlerde (milislerde) ortaya çıkan olaylar hariç olmak üzere, bir cürme ilişkin jüri heyeti raporu veya büyük jürinin suçla-

Yüksek Mahkeme, verdiği kararda, CDA'nın "ahlaka aykırı iletim" (indecent transmission) ve "açıkça çirkin gösterim" (patently offensive display) hükümlerini, Birinci Ek ile koruma altına alınan "ifade özgürlüğünü" (freedom of speech) sınırladığına karar vererek, Bölge Mahkemesinin kararını onamıştır.

Yüksek Mahkemenin bu kararında tartışılan hususlar ve ortaya konulan gerekçelerden önemli gördüğümüz bazılarına değinmekte yarar vardır.

a) Öncelikle Mahkeme, Anayasaya aykırılık değerlendirmesini Birinci Ek'e göre yapmış, Beşinci Ek kapsamında bir değerlendirme yapmamıştır.

b) Hükümet tarafının, CDA'nın anayasallığı konusunda emsal kararlardan verdiği örnekler Mahkemece kabul görmemiş ve gösterilen örneklerin Kanunun Anayasaya aykırılığı konusundaki kuşkuları artırdığı belirtilmiştir. CDA'nın, ailelere, çocuklarının, erişimi sınırlandırılmış materyalleri kullanmasına rıza göstermesine izin vermemesi dahil, diğer örnek gösterilen dava konusu düzenlemelerden farklı olduğu, Kanunun sadece ticari işlemlerle sınırlı olmadığı, "ahlaka aykırı" kavramının herhangi bir açıklamasına yer vermediği ve "açıkça çirkin" deyiminin herhangi bir kriterini ortaya koymadığı, bu geniş kategorik yasakların zaman, yer ve biçim olarak gereği gibi analize uygun olmadığı, ifade özgürlüğü üzerinde sınırsız bir sınırlamanın öngörüldüğü vurgulanmıştır.

c) Mahkeme, yukarıda değinilen iki kavramın (ahlaka aykırı ve açıkça çirkin) Kanunda kullanılmasının, konuşmacılar (iletişimde bulunanlar) arasında, bunların aralarındaki ilişkinin ne olduğu ve tam olarak ne anlama geldikleri noktasında bir belirsizliğe yol açabileceği, yasal düzenlemedeki bu belirsizliğin, bir suç kuralı olarak engelle-yici faktörüyle birleşmesinin ifade özgürlüğü üzerindeki olumsuz et-

---

ması olmadıkça, ölüm cezasını gerektiren veya diğer yüz kızartıcı suçtan dolayı sorumlu tutulamayacağını, aynı suçtan dolayı ikinci kez yaşamsal veya bedensel tehlikeye maruz bırakılamayacağını, herhangi bir ceza davasında kendi aleyhine tanık olmaya zorlanamayacağını, kanuni usule uymayan (adil olmayan) bir şekilde yaşamından, özgürlüğünden veya malvarlığından mahrum bırakılamayacağını, özel bir malın bedelsiz olarak kamu kullanımı için alınamayacağını düzenlemektedir.



kisini ortaya çıkardığını ve bunun da Birinci Ek'teki kaygıları artırdığını ifade etmiştir.

d) Mahkeme, dava konusu Kanunun, hükümetçe emsal olarak gösterilen Miller Davasında karara bağlanan üç yönlü müstehcenlik testi ni, değerlendirmesini içermediğini belirttikten sonra, Kanunun esas olarak, "cinsel davranışları" kapsıyor olmasına rağmen, öngördüğü yasakların, "boşaltım aktiviteleri" ve "organlarına" (hem cinsel hem de boşaltım özellikleriyle) da yayılmış olduğunu ortaya koymuştur.

e) Mahkeme, CDA'nın, Anayasa'nın Birinci Ek'inde öngörülen ve bir kanunun, bir ifadenin içeriğini düzenlemesi durumunda sahip olması gereken kesinlikten, tamlıktan yoksun olduğuna karar vermiştir. Hükümetin amacının, çocukları potansiyel zararlı materyallerden korumak olmasına rağmen, Kanun, yetişkinlerin "gönderme ve alma" şeklindeki anayasal ifade haklarının da büyük bölümünü kısıtlamaktadır. Kanunun genişliği, bugüne kadarki düzenlemelerde bulunmamaktadır. Öte yandan Bölge Mahkemesinde, ailelerin, çocuklarının, kendilerinin uygun olmadığına inandıkları materyale ulaşmalarını önleyebilecekleri, halen mevcut ve gelecekte de kullanım sahası genişleyecek olan kullanıcı temelli bilgisayar yazılımlarından söz edilmiştir. Ayrıca bu kapsamda, müstehcen materyallerin ailesel kontrolüne yardım etmek için "etiketleme"yi içeren, sanatsal ve eğitimsel değerdeki mesajları istisna eden, ailesel tercihler için imkanlar sunan çeşitli alternatifler de ifade edilmiştir.

f) Hükümetin, CDA'nın Anayasaya uygun olduğu, zira Kanunun iletişim için yeterli "alternatif kanallar" bıraktığı iddiası, Mahkemece, CDA'nın ifadeyi, onun içeriği temelinde düzenlediği, bu nedenle bir "zaman, yer ve biçim" analizine elvermediği gerekçesiyle kabul edilmiştir. Ayrıca CDA'nın bilimsel, eğitimsel veya diğer sosyal değerleri içeren materyallerin sunulabilmesine ilişkin bir metinsel ifadeye yer vermemesi eleştirilmiştir.

g) § 223 (e) (5)'te öngörülen ve belirli durumlarda, maddede ifade edilen savunmayı yaparak sorumluluktan kurtulma imkanının olmasının, CDA'yı Anayasaya aykırılıktan kurtarmayacağı belirtilmiştir. Hükümetin, ileticilerin, (gönderecekleri) müstehcen yayınların içeriklerini belirtir bir şekilde "etiketleyerek" koruyucu "iyi niyet hareketi" (good faith action) yapabilecekleri, böyle bir önlem alabilecekleri, gön-

derilen alıcıların da sahip oldukları uygun yazılımla bunları bloke edebilecekleri iddiası, bu gibi hareketin “etkili” olması gereği göz önünde bulundurularak inandırıcı bulunmamıştır. Bir kere, önerilen eleme, etiketleme yazılımı, henüz mevcut değildir. Eğer bu yapılsa bile potansiyel bir alıcının etiketlenmiş, işaretlenmiş materyali gerçekten bloke edip etmediğini bilmek mümkün olmayacaktır. Bundan başka, § 223 (e) (5)’teki yaş kontrolüne ilişkin hükümlerin, yetişkinlerin ifade özgürlüğündeki sınırlamayı azalttığı savunması kabul edilmiştir. Bu tip bir kontrolün, bazı cinsel içerikli ticari sunucular tarafından kullanılıyor olmasına rağmen, Bölge Mahkemesinin bulguları doğrultusunda, bunun ekonomik olarak çoğu ticari olmayan konuşmacılar için olanaklı olmadığını göstermektedir.

h) Hükümetin, Kanunun ayrılabilir hükümlerinin dikkate alınması, ayrılamayanların da dar yorumlanarak Kanunun anayasallığının korunması argümanı, kısmen kabul edilmiş ve § 223 (a)’daki “müstehcen” materyal sınırlamasının, “ahlaka aykırı” materyalden farklı olarak bir metinsel belirliliğe sahip olduğu (emsal davalarda müstehcen yayınların tamamen yasaklanabileceğine karar verildiği) ve “veya ahlaka aykırı” ifadesinin çıkarılarak Kanunun yürürlükte kalabileceği ifade edilmiştir.

i) Hükümetin, CDA’nın bu düzenlemeleriyle internetin gelişimini sağlamadaki “önemli” yararının, Kanunun anayasallığını desteklemek için bağımsız bir temel sağladığı argümanı, tek başına ikna edici bulunmamıştır. Bu yeni alanın heyecan verici genişlemesi (yayılması), bu iddianın (“ahlaka aykırı” ve “açıkça çirkin” materyalin düzenlenmemesinin insanları internetten uzaklaştırabileceği iddiasının) olgusal temelini ortadan kaldırmaktadır.

## 2. Çocuk Pornografisini Önleme Kanunu’na İlişkin Karar

Söz konusu Kanun, Birleşik Devletler Savcısı John D. Ashcroft ve İfade Özgürlüğü Koalisyonu (Free Speech Coalition) davası olarak Yüksek Mahkemenin önüne gelmiştir<sup>20</sup>. Davanın konusunu, Kanunun ko-

<sup>20</sup> Ashcroft v. Free Speech Coalition, No: 00-795. Dava tarihi: 30 Ekim 2001. Karar tarihi: 16 Nisan 2002. Bu ve bu başlık altındaki diğer bilgiler için bkz.; Supreme Court Collection,(çevrimiçi)

difike edildiği USC.'nin 18. Başlığı altında yer alan § 2256 ve özellikle § 2256 (8) (B) ve § 2256 (8) (D) hükümleri oluşturmaktadır. § 2256, "Bölüme İlişkin Tanımlamalar" başlığını taşımakta ve hükmün yer aldığı "Çocukların Cinsel İstismarı ve Diğer Suiistimaller" bölümüne (Chapter 110 - Sexual Exploitation And Other Abuse Of Children) ilişkin kavramları tanımlamaktadır.

Bu tanımlamalara göre Çocuk Pornografisini Önleme Kanunu (CPPA), çocuk pornografisi hakkındaki federal yasaklamayı, sadece gerçek çocuklar kullanılarak yapılan pornografik görüntüleri değil [18 USC. § 2256 (8) (A)<sup>21</sup>], aynı zamanda "bir küçüğü<sup>22</sup> cinsel olarak açık davranışla ilişkilendiren veya bu şekilde gösteren görsel tasviri" [§ 2256 (8) (B)] ve bir küçüğü cinsel olarak açık bir davranışla ilişkilendiren görsel tasvir veya bunu içeren materyal "olduğu izlenimini ifade edecek bir şekilde" duyurulan, reklamı yapılan, sunulan, açıklanan veya dağıtılan görsel tasviri de [§ 2256 (8) (D)] içererek genişletmektedir. Böylece § 2256 (8) (B), "sanal çocuk pornografisi" (virtual child pornography) olarak adlandırılan ve küçükleri gösteren, fakat gerçek çocuk kullanmadan yetişkinlerin gençlik görüntüleri veya bilgisayar görüntü teknolojisi kullanılarak üretilen<sup>23</sup> bir dizi cinsel olarak açık görüntüleri yasaklamıştır. § 2256 (8) (D) ise, çocuk pornografisi olarak, "sunulan" (böyle bir izlenim bırakan) pornografik materyallerin dağıtımını, yayımını önlemeyi amaçlamaktadır.

CPPA'nın, faaliyetlerini tehlikeye sokabileceğini düşünen davahılar

<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>;

<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZO.html>, 23 Ocak 2003.

21 § 2256 (8)'e göre "çocuk pornografisi", elektronik, mekanik veya diğer araçlarla yapılan veya üretilen herhangi bir fotoğraf, film, video, resim veya bilgisayar ya da bilgisayarla oluşturulan görüntü veya resmi içeren ve fıkırada dört bent halinde (A, B, C, D) sayılan şekilde cinsel olarak açık davranışın görsel tasviri anlamına gelmektedir. Bent (A)'da, bir küçüğün, cinsel olarak açık davranışla ilişkili kullanımını içeren görsel tasvirin üretimi bu kapsamda kabul edilmiştir.

22 Buradaki küçük (minor) deyimini, 18 yaşın altındaki kişileri ifade etmektedir [§ 2256 (1)].

23 Kongrenin bulgularına göre bu yeni teknoloji, gerçekte varolmayan çocukların gerçeğe yakın görüntülerini üretmeyi olanaklı kılmaktadır.

(İfade Özgürlüğü Koalisyonu ve diğerleri<sup>24</sup>), “gibi görünmek” (appears to be) ve “izlenimini bırakmak” (conveys the impression) ifadelerinin geniş ve belirsiz olduğunu, Anayasanın Birinci Ek’inde koruma altına alınan eser yapımından soğutucu bir etki bıraktığını iddia ederek, Kuzey California Bölgesi Birleşik Devletler Bölge Mahkemesinde dava açtılar. Bölge Mahkemesi, genişlik iddiasını kabul etmedi ve hükümetin görüşünü onayladı. Fakat Dokuzuncu İstinaf Mahkemesi kararı bozdu. Mahkeme, CPPA’nın çok geniş olduğunu, zira Kanunun, bazı emsal davalardaki durumun aksine müstehcenlik (Miller Davası) ve gerçek çocukların istismarı (Ferber Davası) özelliğini taşımayan materyalleri yasakladığını belirtmiştir<sup>25</sup>.

Kararın temyizi üzerine Federal Yüksek Mahkeme (Birleşik Devletler Temyiz Mahkemesi), § 2256 (8) (B) ve § 2256 (8) (D)’nin yasaklarını çok geniş bulmuş ve bu nedenle Anayasaya aykırı saymıştır. Böylece İstinaf Mahkemesinin kararını onamıştır. Yüksek Mahkemenin kararında öne çıkan konulara ve gerekçelere kısaca değinmek gerekir.

a) Kararda daha çok § 2256 (8) (B) hükmü üzerinde durulmuş ve bu hükmün kapsamına aldığı materyallerin, “Miller ve Ferber” adıyla anılan emsal davalarda belirtilen kategorilerin ötesinde olduğu ve hükümetin ifade özgürlüğünün sınırlanmasına destek olması için gösterdiği nedenleri, Mahkemenin emsal kararlarının veya Birinci Ek Hukukunun haklılaştıramayacağı ifade edilmiştir. Bu cümle bağlamında Mahkeme, ayrıntılı olarak, i) Miller Davası (müstehcenlik) ii) Ferber Davası (çocuk pornografisi) iii) Hükümetin CPPA’nın yasaklarını haklılaştırıcı argümanları üzerinde durmuştur.

i) Mahkemeye göre CPPA, Miller Davasındaki duruma uymamaktadır. CPPA, yasak kapsamına aldığı görüntüleri, Miller standardına göre müstehcen olmayan görüntülere de yaymaktadır. Oysa bu dava göre, görüntülerin, toplum standartlarına göre açıkça çirkin olma-

<sup>24</sup> Bu kapsamdaki bazı davalılar, kendilerine ait cinsel olarak açık çalışmalarında küçükleri kullanmamalarına rağmen, bazı materyallerinin CPPA’nın geniş çocuk pornografisi tanımı kapsamına girebileceğini ileri sürmüşlerdir.

<sup>25</sup> Mahkeme yargıçlarından Ferguson, sanal görüntülerin, müstehcenlik ve gerçek çocuk pornografisi gibi Anayasanın Birinci Eki tarafından korunmayan ifade kategorisi kapsamında sayılabileceği gerekçesiyle karara muhalif kalmıştır.

sı, edebi, sanatsal ve bilimsel değerden yoksun olması gerekir. CPPA'da ise, görüntülerin açıkça çirkin olması da aranmamaktadır. 17 yaşındaki birini, cinsel olarak açık bir aktiviteyle ilişkilendirilmiş gibi gösteren resimler, her olayda toplum standartlarını ihlal etmez. CPPA ayrıca önemli edebi, sanatsal, politik ve bilimsel değere sahip olan ifadeyi de modern toplumun bir gerçeği olan ve yüzyıllarca sanat ve edebiyatın konusu olmuş bir fikrin (gençleri cinsel aktivitelerle ilişkilendiren fikrin) görsel tasvirini yasaklayarak sınırlamaktadır<sup>26</sup>. Gençlerin cinsel aktiviteleri ve çocukların cinsel istismarı birçok edebi çalışmaya konu olmuştur. William Shakespeare, biri 13 yaşında olan ünlü genç sevgili çiftini, yani Romeo ve Juliet'i yaratmıştır ve bu 1996'da sinema filmi haline getirilmiştir. "Traffic" ve "American Beauty" gibi ödül almış sinema filmleri de gençlerin cinsel ilişkilerinin yer aldığı sahneler içermektedir. Eğer bu filmler, Kanunda açıklanmış olan bir tek cinsel aktiviteyi gösteren grafik içermeleri durumunda, film sahipleri, çalışmanın edebi, sanatsal değeri araştırılmadan birtakım cezalara maruz kalabileceklerdir. Bu esas, Birinci Ek kuralına uymamaktadır: "Bir çalışmanın sanatsal değeri, bir tek açık sahnenin varlığına bağlanamaz". Miller Davasında, bir çalışmanın değeri, çalışmanın bir bütün halinde dikkate alınmasıyla değerlendirilmiştir. Görünümün, anlatımın sadece bir parçası olması, saklanmış olan bu görüntü çirkin olsa bile, çalışmanın kendisi sırf bu nedenle müstehcen hale gelmez. Bu ve diğer nedenlerle, CPPA'nın, Miller Davası anlamında müstehcenliği yasakladığı söylenemeyecektir. Çünkü Kanun, öngördüğü yasaklar ile müstehcenlikte dikkate alınan toplum standartlarını ihlal etme arasındaki gerekli bağlantıyı kurmamıştır.

ii) Mahkemeye göre CPPA, Ferber Davasından da destek bulamaz.

<sup>26</sup> Mahkeme bu noktada, ilgi çekici bulduğumuz bir karşılaştırma yapmaktadır. Daha önce de belirttiğimiz gibi, CPPA'ya göre 18 yaşın altındaki kişileri gösteren görüntüler yasaklanmıştır [§ 2256 (1)]. Mahkemeye göre, bu yaş sınırı, birçok eyaletteki yasal evlilik yaş sınırının üstündedir. Kaldı ki bu yaş, kişilerin cinsel ilişkiye rıza gösterebilecekleri bir yaştır (Federal yargılamada cinsel ilişki için rıza gösterme yaşı 16'dır; 48 eyalette ailenin rızasıyla 16 yaşındakilere evlenme izni verilmektedir. 39 eyalette ve Columbia Bölgesinde cinsel ilişki için rıza gösterme yaşı 16 veya daha alt yaştır). Mahkeme, bazı gençlerin, şahsi eğilimleri veya cinsel tacizin (istismarın) mağduru olmaları nedeniyle yasal yaştan önce cinsel aktivitelerle ilişkili olduklarının inkar edilemeyeceğini de eklemektedir.

Mahkeme, hükümetin, CPPA tarafından yasaklanan ifadenin, sanal olarak, Ferber Davasına göre yasaklanan materyalden ayırt edilemez olduğu iddiasını kabul etmemiştir. Bu dava, çocuk pornografisinin yayımı ve satımı, keza bunun üretimi hakkındaki yasağı destekler. Çünkü bu eylemler, çocukların cinsel istismarıyla “gerçek olarak ilişkili”dir (intrinsically related)<sup>27</sup>. CPPA, Ferber Davasında tartışılan cinsel istismarın ötesindeki materyalleri yasaklamaktadır. Sanal çocuk pornografisinin, çocukların cinsel olarak istismar edilmesiyle “gerçek olarak ilgisi” bulunmamaktadır. Hükümet, sanal görüntülerin, çocukların kullanıldığı gerçek örneklerle yöneltebileceğini iddia etmesine rağmen, buradaki nedensellik bağlantısı (causal link) tesadüfidir ve dolaylıdır.

Hükümetin, söz konusu dolaylı zararların yeterli olduğu, zira Ferber Davasında kabul edildiği gibi, çocuk pornografisinin nadiren değer taşıyan bir ifade olabileceği iddiası, sözü edilen davadaki kararın, pornografinin iletilmesine değil, yapılış şekline dayanılarak verilmesi, davada, ifadenin müstehcenlik ve cinsel istismarı içermemesi halinde Birinci Ek’in koruması kapsamında olduğunun kabul edilmesi karşısında geçersizdir. Ayrıca Ferber Davası, değer tanımlamasını içermeyen çocuk pornografisi yasaklamasını, gerçek ve sanal çocuk pornografisi ayırımını yapmayan ve sanal görüntülere izin vermeyen bir kanunu desteklemez.

iii) Mahkeme, hükümet tarafından, CPPA'nın yasaklarını haklılaştırmak için sunduğu diğer argümanları da reddetmiştir. CPPA'nın gerekli olduğu, çünkü sübyancıların (pedophiles) sanal çocuk pornografisini, çocukları kandırmada kullanabilecekleri iddiası, ilke olarak kabul edilemez<sup>28</sup>. Sanal çocuk pornografisinin, sübyancıların arzularını bilemediği ve onları yasadışı davranışlara yönelmede cesaretlendirdiği

<sup>27</sup> Zira çocuk istismarını içeren bir görüntünün devamlı kayda alınması, onun sürekli yayınlanması, bu faaliyette yer alan çocuğa zarar verir. Ayrıca çocuk pornografisi trafiği (yoğunluğu), onun üretiminde bir ekonomik dürtü oluşturduğu için bunun bilgisayar ağlarında yayımının yasaklanmasında kamu yararı vardır.

<sup>28</sup> Mahkeme bu sonuca varırken, karikatür (çizgi film), video oyunları ve şeker gibi birçok zararsız şeylerin ahlaka aykırı amaçlarla kullanılabileceğini ve bu sebeple bunların yasaklanmasının beklenemeyeceğini ifade etmiştir.

iddiası da kabul edilmemiştir. Çünkü salt hukuk dışı hareketleri cesaretlendiren ifade eğilimi, onun yasaklanması için yeterli bir sebep değildir<sup>29</sup>. Hükümetin bir başka iddiası, gerçek çocuklar kullanılarak üretilen pornografi piyasasının elimine edilmesinin, sanal görüntüler üzerinde de bir yasaklamayı gerektirdiği yönündedir. Sanal görüntüler, hükümetin iddiasına göre, gerçek olanlarından ayırt edilemez, onlar da aynı piyasanın bir parçasıdır ve sık sık birbirleriyle değiş tokuş edilmektedir. Mahkeme bu iddiayı da inandırıcı bulmamıştır. Zira eğer sanal görüntüler, yasadışı çocuk pornografisiyle aynı olsaydı, bu fark edilemez kopyalar, diğerlerini piyasadan çıkarabilirdi ve şimdiye kadar bazı pornografikçiler, eğer bilgisayar görüntüleri yeterli kabul edilseydi, gerçek çocukları istismardan dolayı kovuşturulma riski altına girebilirdi. Son olarak hükümet, bilgisayar görüntülerini kullanarak görüntü üretme olanağının, gerçek çocukları kullanarak pornografi üretenleri kovuşturmada büyük zorluk oluşturduğunu belirtmiş, başvurdukları bilirkişilerin, resimlerin, gerçek çocuk kullanılarak mı yoksa bilgisayar görüntüsüyle mi üretildiğini söylemede güçlüklerle karşılaştıklarını, çözümün her iki tür görüntüyü de yasaklamada olduğunu iddia etmiştir. Bu iddia, esasta, korunan ifadenin, korunmayan ifadenin yasaklanması yoluyla yasaklanabilmesidir. Bu tür bir analiz, Birinci Ek düzenlemesini ters yüz etmiştir. Hükümet, hukuka uygun bir ifadeyi, hukuka aykırı bir ifadeyi bastırarak sınırlandıramaz. Korunan ifade, sadece korunmayana benzediği için korunmayan hale gelmez. Genişlik doktrini, hükümeti, eğer korunan ifade de yasaklanıyorsa veya sınırlanıyorsa, koruma kapsamında olmayan ifadeyi yasaklamaktan men eder. Bundan başka, § 2252 (A) (c)'de yer alan ve sorumluluktan kurtulmayı sağlayan olumlu savunmanın da burada yetersiz olduğu, çünkü bu savunmanın bilgisayar görüntüleriyle oluşturulan görüntülere uygulanmadığı belirtilmiştir.

Sonuç olarak Mahkeme, yukarıda açıklanan üç temel gerekçeyle, § 2256 (8) (B) hükmünün ifade özgürlüğünü sınırladığı, böylece hükmün çok geniş ve anayasaya olduğu kanaatine ulaşmıştır.

<sup>29</sup> Hükümet, "bir kişinin kişisel düşüncelerini kontrol etme arzusu üzerinde yasama yapmaya anayasal olarak dayanamaz". Birinci Ek özgürlükleri, hükümetin düşünceyi kontrole veya kanunlarını kabul edilemez bir şekilde haklılaştırmaya teşebbüs etmesi halinde tamamen tehlikeye girer. Düşünme hakkı, özgürlüğün başlangıcıdır ve ifadenin de düşüncenin başlangıcı olması sebebiyle hükümetin müdahalelerinden korunması gerekir.

b) Kararda anayasallığı tartışılan hükümlerden ikincisi § 2256 (8) (D) hükmüdür. Mahkeme bu hükmü de çok geniş bulmuştur. Karşı taraf, bu hükmün de çocuk pornografisi gibi görünen materyali yasaklayan § 2256 (8) (B) hükmüyle neredeyse aynı olduğunu ileri sürmüştür. Buna karşılık hükümet, bu hükümdeki “izlenimini bırakmak” (conveys impression) ifadesinin jürinin değerlendirmesini gerekli kıldığını ve arada böyle bir farkın bulunduğunu savunmuştur. Hükümet, bu belirlemenin çalışmanın içeriğine bağlı olarak yapılacağını düşünmektedir. Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkemeye göre, § 2256 (8) (B)’deki “gibi görünmek” (appears to be) ifadesinin, kısmen içeriğe ilişkin bir değerlendirmeyi gerektirmesine rağmen § 2256 (8) (D)’de çalışmanın cinsel olarak açık olması önemlidir ve içerik önem taşımaktadır. Bir film, küçüklerin bulunduğu cinsel olarak açık sahneler içermese bile, eğer başlığı ve reklam filmleri (fragmanları) bu gibi sahnelerin filmde bulunabileceği izlenimini bırakırsa bu film çocuk pornografisi olarak kabul edilebilecektir. Bu konudaki belirleme, ifadenin ne şekilde sunulduğuna dönmekte, ne gösterildiği araştırılmaktadır. Hüküm, fuhşa teşvikin konu edildiği bir emsal olaydaki durumdan da farklıdır ve ondan daha fazla ifadeyi yasaklamaktadır. Yasaklanan materyalin piyasaya sürülmesi, satılması veya gösterilmesinde sorumluluğu olmasa da böyle bir materyali alan herkes açısından bu hukuka aykırıdır. Madde, söz konusu materyalin ticari istismarın bir parçası olmasını da aramamaktadır. Bu açılardan hüküm, fuhşa teşvikten daha fazla yasak getirmektedir.

Birinci Ek’in daha kesin sınırlamalar gerektirdiği, § 2256 (8) (D)’nin çok geniş olduğu ve böylece Birinci Ek’i ihlal ettiği sonucuna varılmıştır<sup>30</sup>.

### 3. Çocukların Online Korunması Kanunu’na İlişkin Karar

Çocukların Online Korunması Kanunu (COPA), Ashcroft v. ACLU davası olarak anılan ve Savcı John D. Ashcroft ile Amerikan Temel Özgürlükler Birliği arasındaki davayla Yüksek Mahkeme kararına konu olmuştur<sup>31</sup>. Karara konu olan hukuksal sorun, sözü edilen Kanununun

<sup>30</sup> Bu karar, ülkemiz doktrininde eleştirilmektedir. Bkz.; SOKULLU-AKINCI (dn.7) s.38.

<sup>31</sup> No: 00-1293. Dava Tarihi: 28 Kasım 2001. Karar Tarihi: 13 Mayıs 2002. Bu ve bu kapsamdaki diğer bilgiler için bkz.; Supreme Court Collection (çevrim-içi) .



kodifike edildiği USC. § 231<sup>32</sup> ve özellikle tanımlamalar başlığını taşıyan ve bu maddedeki kavramları ortaya koyan § 231 (e) (6) (A)<sup>33</sup>'daki "küçüklere zararlı materyal" in belirlenmesinde esas alınan "toplum standartları" ifadesinin Anayasanın Birinci Ek'ini ihlal edip etmediğidir. Yüksek Mahkeme, davanın önüne geldiği şekliyle, Kanunun bu yönünün, Kanunu Anayasaya aykırı hale getirmediğine karar vermiştir.

<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-1293.ZS.html>;

<http://supct.law.cornell.edu/supct/html/00-1293.ZO.html>, 23 Ocak 2003.

32 **USC. § 231.** - İnternet aracılığıyla ticari olarak yayınlanan küçüklere zararlı materyallere küçüklerin erişiminin sınırlanması

(a) Erişimi sınırlama gereği

(1) Yasaklanmış davranış

Her kim bilerek ve materyalin niteliğine ilişkin bilgiyle, dünya çapında ağ (world wide web) aracılığıyla eyaletler arası veya dış ticarete, herhangi bir küçüğün ulaşabileceği ve küçüklere zararlı materyal içeren bir bağlantı (iletişim) gerçekleştirirse 50.000 \$ para cezası ve 6 aya kadar hapis cezası veya her ikisiyle birlikte cezalandırılır.

(2) Kasıtlı ihlaller

Paragraf (1)'deki cezalara ek olarak, her kim bu paragrafı kasten ihlal ederse her ihlal için 50.000 \$ para cezasına çarptırılır. Bu paragraf anlamında her ihlal günü, ayrı bir ihlal oluşturur.

(3) Medeni Ceza (civil penalty)

Paragraf (1) ve (2)'deki cezalara ek olarak, her kim paragraf (1)'i ihlal ederse her ihlal için 50.000 \$'yi geçmeyen medeni cezaya maruz kalır. Bu paragraf anlamında her ihlal günü, ayrı bir ihlal oluşturur.

33 **USC. § 231.** - İnternet aracılığıyla ticari olarak yayınlanan küçüklere zararlı materyallere küçüklerin erişiminin sınırlanması

(e) Tanımlamalar

(6) Küçüklere zararlı materyal

Küçüklere zararlı materyal terimi, herhangi bir iletişim, resim, görüntü, grafik görüntü dosyası, makale, kayıt, yazı veya her çeşit diğer maddelerin müstehcen olması veya

(A)

bunların ortalama bir kişinin, modern toplum standartlarını uygulayarak, materyali bir bütün halinde ele alarak ve çocukları dikkate alarak, seks ilgisini cezbedici veya (fuhşa) teşvik edici şekilde dizayn edilmiş bulması anlamına gelir.

Davanın Yüksek Mahkemenin önüne gelmesi aşamalarına da kısaca değinmek gerekir. Bir kısım organizasyon grupları, Amerikan Temel Özgürlükler Birliği'nin öncülüğünde, yürürlük tarihinden bir ay önce, Kanunun Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla, Doğu Pennsylvania Bölgesi Birleşik Devletler Bölge Mahkemesi'nde dava açtılar. İddialarında, a) Kanunun, etkili bir şekilde Anayasada korunan ifadeyi yasakladığı, bu şekilde yetişkinlerin Birinci Ek'teki haklarını ihlal ettiğini, b) Amaca aykırı olarak sınırlamaların asgari düzeyde olmadığını, c) Kanunun çok geniş olduğunu ileri sürdüler<sup>34</sup>. Bölge Mahkemesi, Kanunun, Birinci Ek tarafından korunan cinsel ifadeyi, içerik temelli düzenlediği gerekçesiyle iddiayı kabul ederek, dava tarihine kadar geçerli ilk kararını verdi. Birleşik Devletler Savcısı, Bölge Mahkemesinin bu kararını temyiz etti. Fakat Üçüncü Bölge Birleşik Devletler İstinaf Mahkemesi, kararı onayladı. Ancak gerekçesinde, Bölge Mahkemesinden farklı olarak, Kanunun, küçüklere zararlı ibaresine ilişkin tanımındaki "modern toplum standartları" ifadesinin [§ 231 (e) (6) (A)] Kanunu çok geniş hale getirdiğini belirtti<sup>35</sup>. Bu kararın savcılık tarafından temyizi üzerine konu Yüksek Mahkemenin önüne gelmiş ve Mahkeme kararı bozarak geri göndermiştir.

Yüksek Mahkemenin kararının içeriğine kısaca değinmekte yarar vardır. Mahkeme, öncelikle internetin içerdiği materyaller, çocukların internetteki pornografiden korunması ve bu bağlamda CDA ve COPA'nın karşılaştırılmasına ilişkin genel bazı açıklamalar yapmıştır. Bu kapsamda, Mahkeme, internetin, politik, kültürel ve sayısız entelektüel faaliyet alanları sunduğunu, insan hayatında birçok kolaylıklar sağladığını belirttikten sonra, bu iletişim aracının aynı zamanda pornografik materyaller dahil aleni cinsel materyaller içerdiğini de

<sup>34</sup> Davacıların çoğu bir web sitesi sahibiydi ve iddialarında, web sitelerindeki materyallerin yetişkinler için olduğuna inandıklarını, fakat bu Kanun nedeniyle kovuşturmayla tabi tutulabileceklerinden korktuklarını, çünkü bu materyallerin bazılarının, bazı toplumlarda "küçüklere zararlı" olarak yorumlanabileceğini ifade etmişlerdir.

<sup>35</sup> İstinaf Mahkemesi bu sonuca varırken, web yayıncılarının, belirli internet kullanıcılarının buldukları coğrafi alana dayalı olarak sitelerine erişimi sınırlayamayacaklarını, Kanunun, herhangi bir eyaletteki toplumun çoğu tutucu olan kesimi tarafından zararlı sayılan bir materyali gerektirdiği ve bunun bir yaş ya da kredi kartı kontrolü sisteminin arkasına koyduğunu söylemiştir.

ifade etmiştir. Bu noktada, bilgisayar ve internet hakkında temel bazı bilgilere sahip her çocuğun, bilerek veya rastlantı sonucu pornografik sitelere ulaşabileceği belirtilmiştir.

Mahkemeye göre, Kongre ilk olarak CDA ile çocukları internetteki pornografiden korumak istemiş ve internette müstehcen veya ahlaka aykırı mesajların 18 yaşından küçüklere iletilmesini yasaklamıştır. Ancak Mahkeme olarak kendilerinin bu Kanunu, *Reno v. ACLU* davasında, “ahlaka aykırı ve açıkça çirkin” ifadelerini, a) Mevcut teknolojinin yetersizliği (bununla söz konusu mesajların elimine edilmesindeki yetersizlik kastedilmektedir) b) Kanunun çok geniş olması [i) Yasağın ticari iletimlerle sınırlı olmaması, ii) Ahlaka aykırı ve açıkça çirkin ifadelerinin belirsizliği, iii) Yasağın pornografik olmayan, eğitimsel değeri olanları kapsam dışı tutmaması nedenleriyle], c) Öngörülen olumlu savunmanın yetersiz olması gerekçeleriyle Anayasaya aykırı buldukları, sonuç olarak Kanunun, bilerek müstehcen mesaj iletimi açısından yürürlükte olduğu belirtilmiştir.

Mahkeme, bu karardan sonra Kongrenin, çocukları internetteki pornografiden korumak için COPA’yı yürürlüğe soktuğunu ve mahkeme olarak CDA’nın genişliği açısından söylediklerinin Kongre tarafından dikkate alındığını ve Kongrenin COPA’nın kapsamını üç yolla sınırladığını ifade etmiştir: a) CDA, tüm internet iletimine uygulanıyor iken, örneğin elektronik postalar da bu kapsamda iken, COPA sadece web sitelerinin bağlandığı ağda gösterilen materyalleri kapsamaktadır. b) CDA’dan farklı olarak COPA, sadece “ticari amaçlarla” yapılan iletişimi içermektedir. c) CDA, “ahlaka aykırı” ve “açıkça çirkin” iletişim yasaklıyorken COPA, sadece daha dar bir kategori olan “küçüklere zararlı materyaller”in iletimini sınırlamaktadır. Bundan başka COPA, Miller Davasındaki müstehcenliğe ilişkin üç yönlü sınamaya da yer vermektedir [§ 231 (e) (6)<sup>36</sup>]. CDA gibi COPA da sorumluluktan kur-

<sup>36</sup> Söz konusu fıkranın (6), (A), (B) ve (C) bentlerinde müstehcenlik dışında materyalin ne zaman küçüklere zararlı olabileceği açıklanmaktadır. (A) bendi için bkz.; dip not:33. (B) bendine göre, çocuklar açısından açıkça çirkin olacak bir şekilde, gerçek veya taklit cinsel bir hareketi veya cinsel ilişkiyi, gerçek veya taklit, normal veya anormal cinsel bir davranışı veya cinsel organları veya ergenlik sonrası kadın göğüslerini açık bir şekilde (şehvet uyandıracak şekilde) açıklayan, tasvir eden materyaller, (C) bendine göre, bir bütün olarak ele alındığında, küçüklerin için önemli edebi, sanatsal, politik veya bilimsel değeri olmayan materyaller de bu kapsamdadır.

tarıcı olumlu savunma imkanı vermektedir [§ 231 (c) (1)<sup>37</sup>]. Ekleme gerekir ki, COPA, CDA'dan farklı olarak küçük deyimini, 17 yaşın altındaki kişiler için kullanmaktadır [§ 231 (e) (7)].

Mahkeme, küçüklere zararlı materyalin belirlenmesinde esas alınan toplum standartları ifadesinin, iddia edildiğini aksine, Kanunu başlı başına Birinci Ek anlamında çok geniş hale getirmeyeceğine karar verirken bazı gerekçelere dayanmıştır. Öncelikle, emsal bir dava olan ve müstehcenlik belirlemesiyle ilgili olan Miller Davasında da "toplum standartları" kavramının kullanılmasının kabul edildiği ve bunun Anayasaya aykırı bulunmadığı belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme, İstinaf Mahkemesinin, web yayıncılarının, alıcıların bulunduğu coğrafi alanı kontrol etmelerinin mümkün olmadığı iddiası karşısında, bu teknolojik imkansızlığın COPA'nın dayandığı toplum standartları kavramını Anayasa aykırı hale getirip getirmeyeceğini de tartışmıştır. Temyiz eden tarafın, jürinin, toplum standardı belirlemesini, özel bir coğrafyayı esas almadan, bir bütün halinde yetişkinleri dikkate alarak yapacağı tezine karşılık davalılar, jürinin yerel toplum standartlarını esas alacağını, içinden geldikleri toplumun standartlarına göre karar vereceklerini, bu farklı değerlendirmeler ve web yayıncılarının da coğrafi sınırlama yapamaması karşısında, Kanunun bu ifadesinin toplumdaki belirli kesimin standartlarına göre, bütün konuşmacıları (ifade sahiplerini) etkileyebileceğini ileri sürmüşlerdir. Mahke-

<sup>37</sup> USC. § 231. - İnternet aracılığıyla ticari olarak yayınlanan küçüklere zararlı materyallere küçüklerin erişiminin sınırlanması

(c) Olumlu savunma

(1) Savunma

Bu madde kapsamındaki kovuşturmada, davalının iyi niyetle (aşağıdakileri yaparak) küçüklere zararlı materyallere küçüklerin erişimini sınırlaması olumlu (kabul edilebilir) bir savunmadır. Erişimde,

(A)

bir kredi kartının, borç hesabının, yetişkin erişim kodunun, yetişkin kişisel kimlik numarasının kullanımını talep etme,

(B)

yaşı belirleyen bir dijital sertifika kabul etme veya

(C)

teknolojik olarak mümkün olan diğer uygun önlemleri alma.

me ise, COPA'nın CDA'dan farklı olarak, yeterli belirliliğe sahip olduğunu ve küçüklere zararlı materyalleri, emsal kararlardan olan Miller'deki gibi gerekli açıklığa sahip bir şekilde düzenlediğini belirtmiştir.

Mahkeme, bazı yargıçlar muhalif kalsa da Mahkemenin diğer davalar açısından kabul ettiği internetteki toplum standartları anlayışının, bu dava açısından da geçerli olduğuna karar vermiştir. Mahkemeye göre, eğer bir yayıncı, sahip olduğu materyali belirli bir topluma göndermeyi seçerse, bu Mahkemenin içtihatları gereğince yayıncının sorumluluğu gönderilen toplumun standartlarına göre belirlenir. Yayıncının sorumluluğu, materyalini ülkedeki bütün toplumlara göndermeye karar verdiğinde kolayca değişmez. Yayıncı, materyalinin belirli toplum standartlarına göre değerlendirilmesini istiyorsa, materyalinin bu topluma yönelik olduğuna ilişkin basit bir adım atması yeterlidir. Ayrıca eğer COPA, salt toplum standartları ibaresi nedeniyle Anayasaya aykırı görülürse web'e uygulanan federal müstehcenlik kanunları da Anayasaya aykırı sayılmak gerekecektir.

Sonuç olarak Mahkeme, toplum standartları ifadesinin, "tek başına" Kanunu Anayasaya aykırı hale getirmeyeceğini vurguladıktan sonra, önüne gelen dava itibarıyla, Kanunun sözü geçen ifadesi dışındaki diğer sebeplerle çok geniş olup olmadığı, Kanunun Anayasaya aykırı belirsizlik taşıyıp taşımadığı konuları üzerinde durmadığını belirtmiştir.

## **II. Birleşik Krallık (İngiltere)**

### **A. Genel Olarak**

İngiltere'de doğrudan internete özgü bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak son zamanlarda yapılan bazı düzenlemeler dolaylı olarak internetle ilgilidir. Birleşik Krallık hükümeti, yasal düzenleme yerine kendi kendine düzenleme yaklaşımı (self regulatory approach) taraftarıdır. İngiliz Bilim ve Teknoloji Bakanı, yasal tercihten çok, bu alanla ilgili kendi kendini düzenleme sistemini geliştiren endüstriyi desteklediklerini belirtmiştir. Bakan, Birleşik Krallık servis sağlayıcılarının (ISP) yasadışı ve uygun olmayan materyallere erişimi kontrol için bir teamül kuralları, meslek kuralları (code of practice) geliştirmeleri veya engelleyici yasal çalışmalar için artan politik baskının karşısında durmaları gerektiğini ifade etmiştir. Bakan ayrıca, yasala-

ra aykırı materyal ile yasal fakat bazen çirkin, taciz edici (offensive) bulunabilen materyalleri ayırmanın önemli olduğunu, kendi kendine düzenlemenin yukarıdaki ikinci ihtimal için uygun olduğunu, yasadışı materyallerle uğraşma görevinin mahkemelerin ve ilgili makamların sorunu olduğunu vurgulamıştır.

Bilim ve Teknoloji Seçme Komitesi (The Select Committee on Science and Technology), internette istenmeyen materyallerin yayımının kontrol edilmesindeki en büyük ümitlerinin, kendi kendini düzenleme sistemi olduğunu belirtmiş, Telefon Bilgi Servislerinin Standartlarının Denetimi Hakkında Bağımsız Komite (The Independent Committee for the Supervision of Standards of Telephone Information Services- ICSTIS) gibi etkili ve esnek meslek kuralları ve endüstri düzenleme sistemiyle beraber teknolojik çözümler oluşturan bir yapıya ihtiyaç olduğunu ve hükümetin, internetteki kabul edilemez materyaller problemiyle ilgili meslek kurallarını oluşturacak olan İnternet Servis Sağlayıcıları Birliği'ni (Internet Servis Providers' Association) desteklemesini yerinde bulduklarını, ICSTIS'in, internet kaynaklı olarak tüketicilerin korunması için bir model olarak kullanılabileceğini ifade etmiştir. Birleşik Krallık İnternet Servis Sağlayıcıları Birliği (ISPA-UK), Şubat 1996'da bir kısım ISP'ler tarafından kurulmuştur. Ancak Birleşik Krallıktaki bütün ISP'ler Birliğin üyesi değildir. Etkili bir kendi kendine düzenleme sistemi için bütün ISP'lerin bir çatı altında toplanması gerekmektedir<sup>38</sup>.

İngiltere'nin internetle ilgili düzenleme yapma konusundaki temel yaklaşımı yukarıda ifade edilen şekilde olmasına rağmen, doğrudan internete özgü olmamakla birlikte, internetin neden olduğu bazı sorunların giderilmesi bakımından mevcut düzenlemelerde bazı değişiklikler de yapılmıştır. Bu bağlamda pornografi ve özellikle çocuk pornografisi konusundaki düzenlemelerde yapılan değişiklikler göze çarpmaktadır.

Pornografi konusu, Birleşik Krallığın müstehcenliğe ilişkin düzenlemeleri kapsamında yer almaktadır. Söz konusu düzenlemeler ise,

<sup>38</sup> YAMAN AKDENİZ, *The Regulation of Pornography and Child Pornography on the Internet*, The Journal of Information, Law and Technology (JILT), 1997, (çevrimiçi) [http://elj.warwick.ac.uk/jilt/internet/97\\_1akdz](http://elj.warwick.ac.uk/jilt/internet/97_1akdz), 26 Ocak 2003.

1994 tarihli Suç Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu [Criminal Justice and Public Order Act 1994 (CJPOA 1994)] tarafından değişikliğe uğramıştır. Pornografik materyalle mücadeledeki temel iki kanun olan 1959 ve 1964 tarihli Müstehcen Yayınlar Kanunlarında<sup>39</sup> (Obscene Publications Act 1959 and 1964) geçen “yayın” kavramı ile 1984 tarihli Telekomünikasyon Kanunu’nun (Telecommunications Act 1984) 43.maddesi değiştirilerek internet yayınlarının da bu kapsama alınması sağlanmıştır.

Çocuk pornografisiyle ilgili olarak ise, 1978 tarihli Çocukların Korunması Kanunu’nun (Protection of Children Act 1978) 7 (4) maddesinde yer alan “fotoğraf” tanımı, Suç Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu’nun 84 (4) maddesiyle yapılan değişiklikle, elektronik veri şeklindekileri de içerir hale getirilmiştir. Yine aynı Kanunla, 1988 tarihli Suç Adaleti Kanunu’nun (Criminal Justice Act) 160.maddesi değiştirilerek, bir çocuğun ahlaka aykırı veya montaj fotoğrafına sahip olmak, suç olarak düzenlenmiştir<sup>40</sup>.

## B. Bazı Düzenlemelerden Örnekler

Bu kapsamda, 1998 tarihli Veri Koruma Kanunu (Data Protection Act), 1996 tarihli Hakaret Kanunu (Defamatory Act), fikri haklar, müstehcen yayınlar ve bilgisayarın kötüye kullanılması konularındaki son gelişmelere değinilecektir. Ayrıca sözü edilen konularla ilgili yasal düzenlemelerden ve içtihatlardan da bahsedilecektir<sup>41</sup>.

### 1. Veri Koruma Kanunu (Data Protection Act)

Veri Koruma Kanunu, birçok kurumun (özellikle kolej ve yükseköğretim kurumlarının) mevcut ve planladıkları iç işleyişlerindeki veri toplama ve yönetim sistemlerini gözden geçirmesini gerektirmiştir. Kanun, özellikle belirli internet bilgi sistemlerinin (web yoluyla sağla-

<sup>39</sup> Bu Kanunlara aşağıda ayrıca değinilecektir.

<sup>40</sup> AKDENİZ, (dn. 38). Ayrıca bkz.; SINAR, İngiliz Hukukunda İnternet Suçlarından naklen MAHMUTOĞLU (dn.6), s.47-48.

<sup>41</sup> Bu kapsamdaki bilgiler için bkz.; *New Developments in UK Internet Law*, Joint Information Systems Committee, April 2000, (çevrimiçi) <http://www.jisc.ac.uk/pub00/smbp10.pdf>, 10 Ocak 2003, s.1-8.

nan materyaller dahil) kullanımını konusunda önemli düzenlemelere sahiptir. Konuyu, kurumların kendi personeline ilişkin verilerin yer aldığı web sayfaları ve kişisel veri toplayana web sayfaları şeklinde ele almak mümkündür. Kurum personeline ilişkin verilerin yer aldığı web sayfalarına, iç kullanım ile sınırlanmadıkça, Birleşik Krallık dışında ve Avrupa Komisyonu tarafından uygun bulunan veri gizliliği rejimine sahip olmayan Avrupa Ekonomik Alanı dışındaki ülkelere de ulaşabilmektedir. Kanuna göre, bu şekildeki veri kullanımı, veri sahibinin rızasının alınmasına bağlıdır. Böyle bir rıza alınmadıkça bu veriler kullanılamaz. Bu nedenle ilgili kurumların, personel sözleşmelerinde ve diğer dokümanlarda söz konusu rızayı temin etmiş olmaları gerekmektedir. Rızanın temininde, personele, kendilerine ilişkin bilgilerin açıklanacağı belirtilmeli ve rıza göstermeme imkanı da verilmelidir.

Birçok kuruluş, tanıtım şeklinde dokümantasyon talebi üzerine, kişilerin isim ve adresleri gibi kişisel verileri toplamak üzere web sayfalarını kullanmaktadır. Kanuna göre, söz konusu toplama sırasında veri sahibi, a) Veri toplama amacı, b) Verilerin açıklanabileceği alıcılar veya alıcı sınıfları, c) Verilerin saklanma (tutulma) süresi konusunda bilgilendirilmelidir<sup>42</sup>.

## 2. Hakaret Kanunu (Defamatory Act)

Bu Kanun ile ISP'lerin (kolej ve üniversiteler dahil) tahkir edici ifadelerin yayınlanmasındaki sorumluluklarının önemli ölçüde sınırlandırıldığı kabul edilmektedir. Zira Kanununun 1. maddesinde, ISP'lere ve internet araçlarına koşullu bir savunma imkanı getirilmiştir.

“Yayıncıdan dolayı sorumluluk” başlığını taşıyan 1.maddede, bir hakaret davasında kişi, maddede sayılan birtakım unsurları ortaya koyarak kendini savunabilir. Buna göre kişi, a) Şikayet konusu ifadenin yazarı (sahibi), editörü veya yayıncısı olmadığını, b) Onun yayınında durumun gerektirdiği makul dikkat ve özeni gösterdiğini (took reasonable care), c) Tahkir edici bir ifadenin yayımına sebep olduğunu veya katkıda bulunduğunu bilmediğini veya bilmesi gerekmediğini (had no reason to believe) göstermelidir [Hakaret Kanunu m.1 (1)].

<sup>42</sup> *New Development in UK Internet Law* (dn.41), s.3.



Maddenin (2) numaralı fıkrasında, yazar, editör ve yayıncı kavramları açıklanmıştır. (3). fıkrada ise, yayın sürecinde sadece fıkrada sayılan faaliyetleri gerçekleştiren, rolleri bunlarla sınırlı olan kişilerin, yazar, editör veya yayıncı sayılmayacağı belirtilmiştir. ISP'lerle ilgili c ve e bentlerine göre, kişinin sadece, ifadenin içine veya üzerine kaydedildiği elektronik aracın kopyasının yapılması, dağıtılması veya satılması sürecine katılması [m.1 (3) (c)] veya ifadenin yayınlandığı araç olarak iletişim sistemine erişimin operatörü veya sağlayıcısı olması [m.1 (3) (e)] durumunda, kişi "yazar, editör veya yayıncı sıfatıyla" sorumlu olmayacaktır<sup>43</sup>.

Maddenin 5.fıkrasında, bu Kanuna göre yapılacak savunmada esas alınacak ölçütler sayılmıştır. Buna göre, kişinin durumun gerektirdiği makul dikkat ve özeni gösterip göstermediğinin, tahkir edici ifadenin yayımına sebep olma veya katkıda bulunmada inandırıcı bir sebebinin olup olmadığının belirlenmesinde, a) İfadenin içeriği veya onun yayınlanması konusundaki sorumluluğun derecesi, b) Yayının doğası veya koşulları, c) Yazarın, editörün veya yayıncının önceki davranış veya karakteri göz önünde tutulacaktır.

Bu noktada konuya ilişkin bir içtihadı da yer vermek yararlı olacaktır. Godfrey ve Demon Internet Ltd.<sup>44</sup> davasında, yukarıda belirttiğimiz savunmanın sınırları açıkça ortaya konmuştur. Bir ISP olan Demon, servis sağladığı bir haber grubunda yer alan tahkir edici bir ifadeden dolayı dava edildi. Demon, kendisinin bir yayıncı olmadığını, sadece haber grupları göndericilerinin görüşlerini karşılıklı değiştirmek için gerekli alt yapı sistemini sağladığını ileri sürmüştür. Mahkeme, bu çizgideki savunmayı reddederek, Demon'un haber grubunu alma ve kaydetmede seçiminin ve mesajı silme yetkisinin olduğuna ve common law'a göre bir yayıncı sıfatını taşıdığına, Hakaret Kanunu'na göre herhangi bir özel savunmaya tabi olduğuna karar vermiştir. Godfrey davasının ışığında, ISP'lerin Kanunun 1 (1) hükmünde yer alan

<sup>43</sup> Söz konusu 3. fıkranın a ve e bentleri arasında ilgililerin ne zaman yazar, editör veya yayıncı sayılmayacakları belirtilmiştir. Fıkranın sonunda yer alan ve a ve e bentleri kapsamına girmeyen olaylarda, mahkemenin bu hükümlere kıyas yaparak kişinin bir ifadenin yazarı, editörü veya yayıncısı olup olmadığına karar verebileceği yönündeki hüküm ilgi çekicidir.

<sup>44</sup> Times, 20 Nisan 1999.

sorumluluktan kurtulma imkanını elde etmeleri için asgari bazı önlemler almaları gerektiği, bir kere, kendilerine, servislerinde tahkir edici bir ifadenin yer aldığı bildirildiğinde, onu kaldırmak için veya erişimi engellemek için gerekli adımları atmaları, aksi halde sorumlu olacakları ortaya çıkmıştır<sup>45</sup>.

### 3. Fikri Haklar Hukuku (Copyright Law)

Menfaatlerinin dijital suretlerle ihlal edilmesini önlemeyi amaçlayan önemli fikri hak sahipleri, sürdürdükleri baskı sonucu, fikri hakların ihlalinde dolayı sorumluluk birçok mahkeme kararına konu olmuştur. Bu konudaki yasama, a) ISP'lerin fikri hak ihlalinde doğan sorumluluklarında sınırlı bir dokunulmazlıklarının kabul edilmesi, b) Fikri hak sahiplerinin eserlerinin dijital kopyaları üzerindeki yetkilerin artırılması şeklinde iki temel noktaya yönelmiştir. Bu konuda yukarıda yer verdiğimiz Hakaret Kanunu'na benzer bir yaklaşım kabul edilmektedir.

Konuyla ilgili olarak, Avrupa Parlamentosu ve Konseyi'nin fikri hakların ve bilgi toplumundaki ilgili hakların belirli yönlerinin uyumlaştırılması hakkındaki direktifinde de benzer bir yaklaşım söz konusudur. Kuşkusuz bu bakış açısı İngiliz ISP kuruluşları açısından da geçerlidir<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> *New Development in UK Internet Law* (dn.41), s.4.

<sup>46</sup> Söz konusu direktife benzer bir düzenleme Amerika'da, 1998 tarihli Online Fikri Hak İhlali Sorumluluğunun Sınırlanması Kanunu'nda (US Online Copyright Infringement Liability Limitation Act 1998) yer almaktadır. Bu düzenlemeye göre, fikri hak ihlali içeren materyali yayınlayan ISP'ler, sadece belirli durumlarda sorumluluktan kurtulurlar. Buna göre ISP'nin rolü sadece, a) İhlal paketleri yayma, b) Üçüncü kişilerce talep edilen bilgiyi otomatik olarak kaydetme, c) Üçüncü kişi kaynaklarına hizmet sağlama (hosting), d) Herhangi bir yerde yer alan kaynakları arama ve yer özellikleri sağlama ise dokunulmazlıktan yararlanacaktır. Bu noktada ISP'nin, a) Servis sağladığı materyalin ihlal edici olduğunu gerçekten bilmemesi veya bilmesinin beklenmemesi, b) İhlal materyalini göndermeden dolayı doğrudan finansal yarar elde etmemesi, c) İhlal materyali konusunda uyarıldığında, bunu hemen kaldırmaya veya erişimi önlemeye yönelik harekete geçmesi şarttır [*New Development in UK Internet Law* (dn.41), s.5].

#### 4. Müstehcen Yayınlar Kanunu (Obscene Publications Act)

Bu Kanuna göre, bir yazı (eser)<sup>47</sup> müstehcen ise, bunun kazanç amacıyla veya bu amaç olmasa da yayınlanması veya kazanç amacıyla (kendisi ya da başkası yararına) yayınlanmak üzere tutulması (sahip olunması) suç olarak düzenlenmiştir. 1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Kanunu'nun 1 (3) hükmü, daha önce belirttiğimiz gibi 1994 tarihli Suç Adaleti ve Kamu Düzeni Kanunu ile değişikliğe uğramıştır. Söz konusu hüküm, yayıncıyı, müstehcen materyalle ilişkili bir kişi olarak, böyle bir materyali, a) Dağıtan, yayan, satan, kiralayan, temin eden (veren) veya ödünç veren, satmayı veya kiralamayı teklif eden, b) Bakılan bir içerik veya bir kayıt içeren ya da cisimleştirilen bir yazı (eser) olması halinde, bunu gösteren, sahneleyen veya içeriğin elektronik olarak kaydedilen bir veri olması durumunda bu veriyi ileten olarak tanımlamıştır. Böylece müstehcen materyalin, ister bilgisayar disklerini kullanarak elle ister diğer medya kayıtlarıyla veya elektronik olarak bir bilgisayardan diğerine bilgisayar ağı veya internet aracılığıyla transfer edilmesi, elektronik posta olarak gönderilmesi veya usenet haber gruplarına gönderilmesi, madde 1 (3) kapsamındadır. 1964 tarihli Müstehcen Yayınlar Kanunu, bir müstehcen yazıyı, kazanç amacıyla yayınlamak üzere "mülkiyetinde, zilyedliğinde veya kontrolünde" bulundurmaya suç haline getirmiştir [m.1 (2)].

Bu noktada web servislerinde yer alan müstehcen materyal de 1964 tarihli Kanun kapsamına girmektedir. Bir kişinin basit bir şekilde verileri, elektronik olarak, başkalarınınca transfer edilebilir veya indirilebilir (download) kılması ve böylece diğerlerinin bu materyale erişmeleri ve onu kopyalamaları yeterlidir. Bu durum, R v. Arnolds, R v. Fellows davasında<sup>48</sup> açıkça söz konusu edilmiştir. Mahkumiyet üzerine yapılan temyizde davalılar, bir internet sitesine materyal koyma hareketinin bir dağıtma veya yayın şekli olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Temyiz Mahkemesi, her ne kadar yasal olarak "yayıncı" açısından bazı faaliyetlerin yapılmış olması gerekiyorsa da temyiz eden taraflardan birinin belirttiği olgular bu konuda yeterli

---

<sup>47</sup> 1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Kanunu anlamında yazı, okunan veya bakılan ya da her iki özellikte materyal içeren veya bunu cisimleştiren her türlü yazı, her türlü ses kaydı, her türlü film ve diğer resim veya resim kaydı gibi unsurları içerir [m.1 (2)].

<sup>48</sup> Times, 27 Eylül 1996.

kabul edilmiştir. Buna göre, verilerin bilgisayara kaydedilmesinde ve ayrıca bunun dünya çapında (world wide) diğer bilgisayarlar tarafından internet aracılığıyla erişilebilir kılınmasında birçok hareketin gerektiği, davalıların bu verilere erişmek için kendilerini arayanlarla elektronik posta ile mektuplaştıkları ve erişime izin vermeden önce belirli koşullar öngördükleri belirtilmiştir.

Müstehcen Yayınlar Kanunu (1959), müstehcenlik suçlamasına karşı iki temel savunma içermektedir. Bunlar, yayın dokunulmazlığı (innocent publications) ve kamu yararına yayındır (publication in public good). Yayın dokunulmazlığı, bir kimsenin soruşturma konusu materyali, müstehcen olduğunu bilmeden yayınlaması ve onu yayınlamasının Kanundaki sorumluluğu sonuçlayacağından şüphelenmesi için geçerli bir sebebinin (reasonable cause) olmaması anlamına gelir.

Bu bağlamda, müstehcen materyalin, kendi sistemleri aracılığıyla internete konulduğundan habersiz internet servis sağlayıcılarının sorumluluğuna gidilemeyecektir. Ancak kendilerine böyle bir şeyin olduğu haber verildiğinde, yayını durdurmak için harekete geçmelidirler. Böyle bir hareketin yapılmaması durumunda, kendilerinin de kovuşturulma olanakları ortaya çıkacaktır. Bunun bir örneği, polisin bir olayda, ISP'leri, usenet haber gruplarının potansiyel olarak müstehcen madde içerdiği konusunda uyarılmasında görülmüştür<sup>49</sup>. Bu tip bir uyarı, başarılı bir yayın dokunulmazlığı savunmasını zora sokacaktır.

Bundan başka web sayfalarına veya haber gruplarına servis sağlayanların aksine, basit bir şekilde internete erişimi sağlayan ISP'ler, isteseler bile sistemlerinde taşıdıkları verilerin herhangi bir parçasının niteliğini tam olarak taktir etme imkanına sahip olmadıklarından, onların bu konuda (yani sistemlerini kullanan kişilerin pornografiye erişim yaptıkları veya bunu yayınladıkları hakkında) güncel bir bilgileri olmadıkça sorumluluklarının doğmasının düşük bir olasılık olduğu ifade edilmiştir<sup>50</sup>.

49 Independent, 20 Aralık 1995.

50 *New Development in UK Internet Law* (dn.41), s.5-6.

### **5. Bilgisayarı Kötüye Kullanma Kanunu (Computer Misuse Act)**

1990 tarihli Bilgisayarı Kötüye Kullanma Kanunu, Birleşik Krallığın, bilgisayar sistemlerinin kötüye kullanılmasıyla ilgili düzenlemelerinin başında gelmektedir. Kanunun 1 (1) maddesi, yetkisiz erişimi (hacking) suç haline getirmiş ve madde 1 (2) zarar verme kastının olmasına gerek olmadığını düzenlemiştir. Madde 2 ve 3 ise, daha ağır suçları içermektedir. Madde 2, bir suç işlemek veya suç eylemine yardım kastıyla yetkisiz erişimlere, madde 3, herhangi bir bilgisayar içeriğini yetkisiz olarak değiştirmeye ilişkindir.

Söz konusu Kanun, sadece bilgisayara veya ondaki verilere yetkisiz bağlanmayı kapsamakta ve salt yetkisiz, izin verilmeyen bir amaç için bilgisayara ve verilere yetkili kullanıcıların erişimini kapsamaktadır. Konuyla ilgili R v. Bignal davasındaki (16 Mayıs 1997) karara göre, bir işverenin "işin gerektirdiği" bir erişim durumu için, bilgisayardaki veriye erişim konusunda bir sınırlama koyması halinde, işçinin kasten bu sınırlama amacını ihlal etmesinin bu Kanun gereğince sorumluluk doğurmayacağı belirtilmiştir. Ancak sözü edilen verinin, kişisel bir veri içermesi durumunda daha önce değindiğimiz Veri Koruma Kanunu'na göre veya işle ilgili düzenlemelere göre bir sorumluluğun söz konusu olabileceği ifade edilmiştir.

Bu noktada "virüs oluşturma ve yayma" konusu üzerinde de durmakta yarar vardır. Bilgisayar güvenliğini ihlal için veya bilgisayar sistemine yetkisiz girişi kolaylaştırmak üzere kullanılacak olan materyali yayınlama, Bilgisayarı Kötüye Kullanma Kanunu'nun Kanunda yer alan bir suçu işlemek için anlaşmaya ilişkin hükümlerine tabidir. Bu konuyla ilgili olarak virüs yazarı Christopher Pile, Bilgisayarı Kötüye Kullanma Kanunu kapsamında, bilgisayar virüsleri yazmak ve dağıtmak (bununla ilgili 11 suçlama) ile bilgisayar virüslerini yaymak üzere diğer kişileri teşvikten (1 suçlama) mahkum olmuştur. Ne var ki, bilgisayara izinsiz giriş (hacking) ile ilgili materyaller içeren ve bilgisayar, telekomünikasyon sistemlerine yetkisiz erişimi mümkün kılan materyali yayan bir haber grubunu usenet haber kaynaklarında taşıyan bir kurumun potansiyel sorumluluğunun halen söz konusu olmadığı belirtilmektedir.

Bu kapsamda, Trojan bilgisayar yazılımı<sup>51</sup> ve servisin inkarı<sup>52</sup> (Deni-

<sup>51</sup> Trojan atı yazılımı, diğer bir programda gizlenen ve saklama fonksiyonunu

al of Service-DOS) saldırılarının<sup>53</sup> durumunu da ele almak gerekir. DOS saldırılarının bazı türlerinin belirli yönlerinin açıkça Bilgisayar Kötüye Kullanma Kanunu'nun hükümlerini ihlal edebileceği kabul edilmektedir<sup>54</sup>. Trojan atı yazılımına (Trojan horse software) karşı kurumsal sistemlerin güvenliği için gerekli önlemleri almamanın, kişisel verilerin izinsiz giren (hacker) tarafından silinmesi, değiştirilmesi veya çalınması olasılığında, Veri Koruma Kanunu gereği sorumluluk doğurabileceği belirtilmiştir. Aynı şekilde kurumların, eğer sistemleri yetersiz dizayn edilmişse veya yetersiz korunuyorsa ve hacker tarafından ele geçirilip, üçüncü bir kişiye "dağıtılmış (yayılmış) servis in-

---

yerine getiren yazılım kodunun bir parçasıdır. Trojan atları, bilgisayar virüslerini veya servis inkarı yazılımı alıcılarını gizlemek/kaydetmek için kullanılabilir. "Hacker-crackerlar çok çeşitli yöntemlerle sistemlere sızarlar ve zarar verirler. Bilgisayar sistemlerinin güvenlikten yoksun veya zayıf port'ları (kapıları) "hacker-cracker"ların sızma noktalarıdır. İnternet üzerinden en çok kullanılan yöntem ise Trojanlar veya Truva Atları'dır. Truva atları kötü amaçlı program olma özellikleriyle virüslere benzetilebilirler. Ama virüsler kısmında da belirttiğimiz gibi truva atları kendi kendine çoğalmaması, zararsız bir program gibi görünmesi truva atlarını virüslerden ayırır. Truva atları elektronik posta yoluyla, IRC ve ICQ'daki dosya transferleri ve web siteleri ile kullanıcının sistemine girebilir. Girdiği zaman dosyaları silebilir, dosyaları truva atını yollayan kişiye aktarabilir, dosyalarda değişiklikler yapabilir, çeşitli programları sisteme kurabilirler" (ALİ OSMAN ÖZDİLEK, *İnternet ve Hukuk*, İstanbul, Papatya yayıncılık, 2002, s.167).

- 52 Bir servis inkarı saldırısı, saldırganlar tarafından bir servisin yasal kullanıcılarının bu servisi kullanmalarını önleme girişimidir. Bu girişim, a) Bir bilgisayar ağı baskını yaparak, yasal bilgisayar ağı trafiğini önleme, b) İki makine arasındaki bağlantıyı keserek bir servise erişimi önleme, c) Belirli bir kısmın bir servise erişimini önleme, d) Özel bir sisteme veya kişiye yönelik servisi kesme gibi örnekleri içerir.
- 53 DOS saldırıları, yakın zamanda, online kitap satıcısı Amazon ve online açık artırma evi (yeri) olan Ebay gibi ticari web sitelerine yönelik büyük düzeydeki saldırılarla kamuoyunun dikkatini çekmiştir.
- 54 Bu bağlamda, Netbus (ağ otobüsü) ve Back Orifice (arka delik) gibi Trojan atı yazılımlarıyla, üçüncü kişilerin bilgisayarları ele geçirilmekte, daha sonra bu bilgisayarlar "servis inkarı saldırılarını" (DOS Attack) oluşturmak üzere kullanılmakta, fakat asıl saldırının kendisi Kanunu ihlal ediyor görünmemektedir.

karı” (Distributed Denial of Service- DDOS)<sup>55</sup> saldırısında kullanılıyorsa sorumlulukları gündeme gelebilecektir. Bu gibi durumlarda, üçüncü kişilere karşı, yeterli güvenliği sağlamamadan dolayı sorumluluk sorununun, Amerika’da çoktandır tartışma konusu olduğu ifade edilmiştir.

### III. Federal Almanya

#### A. Genel Olarak

Federal Almanya’da internetten kaynaklanan ceza sorumluluğunu düzenleyen temel kaynak, 13 Haziran 1997 tarihli Teleservisler Kanunu’dur (Teledienstegesetz-TDG). Söz konusu Kanunun 5. paragrafı, ceza sorumluluğu açısından sorunu önemli ölçüde çözümlenmiştir<sup>56</sup>. Ancak Kanunda, 14.12.2001 tarihinde değişikliğe gidilmiş, böylece sorumluluk bölümü genişletilerek, yeni ve ayrıntılı birtakım ilkeler kabul edilmiştir. Bu değişikliğin temel gerekçesi, Avrupa Parlamentosu’nun ve Konseyi’nin 8.6.2000 tarih ve 2000/31 sayılı Direktifindeki ilkelerin iç hukuka uyarlanmasıdır. Yapılan değişiklikle sorumluluk hükümleri §§ 8-11 arasındaki dört paragrafta yer almıştır<sup>57</sup>.

Teleservisler Kanunu’nun bu düzenlemesine kısaca değinecek olursak; esas itibarıyla içerik sağlayıcı (content provider, Inhaltsanbieter), servis sağlayıcı (service provider) ve erişim sağlayıcı (access provider, Zugangsvermittler) biçiminde üç internet süjesinin ceza sorumluluğunun düzen altına alındığı belirtilebilir. Buna göre internet içeriğini

---

55 Bir hacker, “Trojan atı” yazılımını kullanarak, birçok bilgisayara erişim sağlayabilir ve servis inkarı saldırısının özel bir şeklini gerçekleştirmek üzere dizayn edilmiş yazılım servislerini yükleyebilir. Bu makineler, hacker tarafından kontrol edilen merkezi bir alıcının kumandasını bekler. Merkezi alıcı, bütün servislere mesaj gönderebilir ve onları hedef bilgisayara yapabildikleri kadar çok (işlem) trafiği oluşturmaları için yönlendirebilir. Bu araç, bir hedefe saldırma işini işler vaziyetteki DOS servisleri arasında dağıtır ve bu onu dağıtılmış (yayılmış) DOS saldırısı haline getirir.

56 İÇEL (dn.2), s.415.

57 R. BARIŞ ERMAN, *Alman Hukukunda İnternette Kaynaklanan Ceza Sorumluluğu*, İÜHFM., Cilt: LIV, Sayı:1-2, 2001, s.206-208.

hazırlayıp sunan, bu içeriği sağlayan kişi olarak içerik sağlayıcınının, doğrudan genel hükümlere göre ceza sorumluluğu söz konusudur; başkalarının hazırladığı içeriği hizmete sunan, servis eden kişi olarak servis sağlayıcıların, bu içeriğin niteliğini bildikleri ve teknik olarak buna ulaşabildikleri taktirde sorumlulukları gündeme gelecektir; başkalarına ait içeriklere ulaşılmasını sağlayan, sadece bu şekilde aracılık eden kişi sıfatıyla erişim sağlayıcılar, sorumlu değildirler<sup>58</sup>. Ancak yapılan son değişiklik, gerek servis sağlayıcılar gerekse erişim sağlayıcılar açısından sorumluluk rejimini kısmen değiştirmiş ve genişletmiştir<sup>59</sup>.

Bu Kanundan başka, 16 Eyaletin Medya Kanunları, radyo televizyon sözleşmeleri, BTX-Devlet sözleşmeleri ve federal alanda İletişim Donanımı Kanunu, Telekomünikasyon Tüzüğü ve diğer basın hukuku düzenlemeleri, yürürlükteki internet açısından uygulanabilir düzenlemelerdir. Ayrıca, Telekomünikasyon Kanunu, Bilişim ve İletişim Servisleri Kanunu gibi düzenlemeler de bu konuda önemlidir<sup>60</sup>.

### **B. Suç ve Suçun Kontrolü Hakkında Birinci Dönemsel Rapor**

Federal İç İşleri Bakanlığı ve Federal Adalet Bakanlığı tarafından ortaklaşa hazırlanan, "Almanya'da Suç ve Suçun Kontrolü Hakkında Birinci Dönemsel Rapor<sup>61</sup>"da (First Periodical Report on Crime and Crime Control in Germany) internet suçlarına ilişkin olarak da bazı açıklamalar yer almıştır. Bu bağlamda internet suçlarının önlenmesi

58 İÇEL, (dn.2), s.415.

59 Bkz.; MAHMUTOĞLU (dn.6), s.44-45; ERMAN (dn.57), s.215 vd.

60 Löw'den naklen ERMAN (dn.57), s.204-205.

61 Bu rapor, her iki bakanlıkça birlikte oluşturulan bir Bilirkişiler Komitesi (Committee of Experts) tarafından hazırlanmıştır. Komite, kriminoloji, sosyoloji ve psikoloji alanından bilim adamları, Federal Suç Polisi, Federal İstatistik Ofisi ve Kriminoloji Merkez Enstitüsü temsilcilerinden oluşmaktadır. Raporun amacının, Almanya'daki olası suç durumunun resmini en ayrıntılı bir biçimde ortaya koymak olduğu ifade edilmiştir. Bkz.; OTTO SCHILY, HERTA DÄUBLER-GMELİN, *Introduction First Periodical Report on Crime and Crime Control in Germany, Abridged Version*, Publisher: Federal Ministry of the Interior, Federal Ministry of Justice, 11 July 2001, s.3.



amacıyla federal düzeyde yapılanlar ve yapılması gerekenler ifade edilmiştir. Aşağıda bu konudaki belirlemelere değinilecektir.

Rapora göre, suçluların internet alanında ilerledikleri yollar, çocuk pornografisi, toplumun belirli bir bölümüne veya azınlıklara karşı kin ve şiddete tahrik, malların, hizmetlerin ve finansal yatırımların hileli yollarla elde edilmesine yönelik ekstrem propaganda yayımı şeklinde sıralanabilir. Bunlara ilave olarak, verilerin güvenliğine ve doğruluğuna yönelik saldırıların da önem kazandığı belirtilmiştir. Federal hükümet, internetin bir suç aracı olarak kötüye kullanılmasıyla mücadele etmek ve veri kayıtlarının güvenliğini sağlamak amacıyla, daha önce uygulamaya koyduğu önlemleri artıracaktır. Örneğin, Federal Suç Polisi Ofisi'nce yapılan, belirli bir olayla ilgisiz, rasgele (arızı) araştırmalar ve ileri bir aşama olarak suç içeriklerinin araştırılması ve elde edilmesi için otomatik usullerin kullanımı desteklenmektedir. Şubat 2000'de, Federal İç İşleri Bakanı tarafından, Federal Bilgi Teknolojisi Güvenliği Ofisi'nin ve Federal Suç Polisi Ofisi'nin destekleriyle oluşturulan "Güvenli İnternet" görev gücü, bilgisayar virüsleri ve saldırılarından koruyucu stratejiler geliştirmektedir. Burada, ülkedeki konuyla ilgili tehlikenin tipini ve büyüklüğünü tespit etmek ve bunların bilgi toplumuna zarar verme olasılığını azaltmak ve en iyisi tamamen ortadan kaldırmak için gerekli karşı önlemlerin belirlenmesi bir gerekliliktir. Bununla ilgili olarak, olağanüstü, acil durumlar için bir ulusal bilgisayar takımının, grubunun (computer emergency teams, CERTs ) alt yapısını oluşturma ve internete kritik bağlanma noktalarını tespit etme, koruma gibi güncel projeler, suçun önlenmesinde önemli katkılar sağlamaktadır. Ayrıca, bilgi teknolojisi temelli teknolojiye yönelik ekonomideki orta ölçekli işyerleri ve bu teknolojiyi kullananlar, Federal Ekonomi ve Teknoloji Bakanlığı ile Federal İç İşleri Bakanlığı'nın ortak inisiyatifiyle artırılmaktadır. Bu girişime "Güvenli İnternet Ekonomisi Ortaklığı" adı verilmektedir<sup>62</sup>.

Raporda, internet suçlarına yönelik etkili mücadelenin, mevcut yasal çerçevenin test edilmesinde iyi bir gösterge olduğu belirtilmiştir. Bu durum, ceza hukuku ve ceza usul hukuku alanında yapılacak ilave düzenlemeler için de geçerlidir. Birçok hacking saldırılarının görünümü, salt bir bilgisayar sistemine güvenlik önlemlerini aşarak gir-

62 First Periodical Report on Crime and Crime Control in Germany, s. 68.

menin cezalandırılabilir hale getirilip getirilmemesi tartışmasında önemli rol oynamıştır. Halen şirketler ve firmalar ile belirli yetkililer açısından cezalandırılabilir olan DDOS saldırıları/spam hareketleri gibi sabotaj eylemlerinin, özel alanı da kapsar şekilde genişletilmesi gerekmektedir. Zira veri kayıt işlemleri bu alanda da önemli hale gelmiştir.

Ceza usul hukuku açısından ise, mevcut soruşturma araçlarının etkililiğinin, özellikle lokalizasyon (belirli bir yerle sınırlama-suçun işlendiği yer) ve failerin kimliğinin saptanması açısından gözden geçirilmesi gerektiği ifade edilmiştir. Rapora göre, burada asıl önemli olan, veri parçalarının hızlı bir şekilde korunması ve bunların geride bırakılmalarının çabuk bir şekilde bilgisayara tekrar kopyalanmasıdır. Sonuç olarak, Avrupa Konseyi'nin Siber Suç Konvansiyonu'nun bir parçası olarak öngörülen maddi ve usuli standartların, -gerekli olduğu kadar- ulusal hukukta gerçekleştirilmesi gerektiği vurgulanmıştır<sup>63</sup>.

Rapora göre, verilere yönelik bilgisayar ağı suçlarıyla mücadele sadece yukarıda belirtilenlerle sınırlı kalmaz. Buna iş dünyası -özellikle servis sağlayıcılar ve erişim sağlayıcılar- ve suç kovuşturma makamları arasında düzenli ve güvenilir bir işbirliğini temin eden önlemler eşlik etmelidir. Federal Suç Polisi Ofisi, bu amaçlarla, bilgi ve iletişim teknolojisi alanındaki şirketlerle oto kontrolü harekete geçirmek ve ileri teknoloji suçlarına karşı ortak yöntemlerin uygulamaya konulması için yakın işbirliği içindedir. Bu işbirliği gelecekte de devam ettirilmeli ve yaygın hale getirilmelidir.

İnternetin global karakterinin, bu alandaki problemlere yönelik ulusal yaklaşımların yeterli olmadığı anlamına geldiği, bu nedenle federal hükümetin, değişik uluslararası komitelerdeki tartışma gruplarında, Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi, OECD ve G-8 düzeyindeki çalışmalarda, internet suçlarıyla mücadelede işbirliğini geliştirmek için aktif davranması gerektiği vurgulanmıştır. Bu bağlamda, Avrupa Konseyi'nin yukarıda değinilen girişiminin önemli olduğu belirtilmiştir.

63 Bu usuli standartların değerlendirilmesi için bkz.; KESKİN (dn.7), s.155 vd.

## IV. Türkiye

### A. Genel Olarak

Ülkemizde halihazır mevzuatımızda internette kaynaklanan ceza sorumluluğuyla ilgili olarak özel, kapsamlı bir düzenleme bulunmamaktadır. İnternet suçlarına ilişkin olarak, çalışmamızın girişinde yaptığımız ayırım bağlamında, mevcut düzenlemelerdeki birtakım suçların internet ortamında işlenmelerinin mümkün olduğunu ve bu açıdan internetin fazla bir özellik göstermediğini söyleyebiliriz<sup>64</sup>. İnternete özgü yeni ihlal modelleri açısından ise, TCK.m.525a vd. maddeleri uygulama kabiliyetine sahip olsa da bunun yeterli olmadığı kabul edilmektedir<sup>65</sup>.

Bunlardan başka, internetin işleyişinde rol alan içerik sağlayıcı, servis sağlayıcı ve erişim sağlayıcıların ceza sorumluluğuna ilişkin, karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi özel bir düzenleme bulunmamakla birlikte, doktrinde mevcut suç ortaklığına ilişkin düzenlemelerden aynı sonuca varılabileceği ifade edilmektedir. Buna göre, içerik sağlayıcılar genel hükümlere göre, servis sağlayıcılar içeriğin niteliğini bildikleri ve önleme imkanları bulunduğu takdirde ceza sorumluluğu altındadırlar. Erişim sağlayıcı ise, teknik olarak önleme imkanı olmadığı için sorumlu değildir. Ancak buna rağmen, suç ortaklığının ispatlandığı hallerde erişim sağlayıcının da sorumlu olacağı belirtilmiştir<sup>66</sup>. Kanımızca tipe uygun eylemi gerçekleştiren içerik sağlayıcının ceza sorumluluğu açısından herhangi bir sorun yoksa da tipik eylemin gerçekleşmesine nedensel katkıda bulunan servis ve erişim sağlayıcının ceza sorumluluğu, fail kavramını genişleten bir kurum olarak suç ortaklığı (iştirak) kurallarına göre saptanacaktır ve suç ortaklığının en önemli koşullarından olan "katılma (iştirak) iradesi" buradaki sorunu çözmede esas alınacaktır.

<sup>64</sup> Bu suçlar için bkz.; SINAR, (dn.3), s.120 vd. Örneğin TCK.m.480 vd.'nda düzenlenen hakaret ve sövme suçlarının, internette bir web sitesinde işlenmesinde suçun unsurları açısından herhangi bir sorun söz konusu değildir. Yeter ki, ihtilat unsuru kapsamında suçu oluşturan isnatlar ikiden ziyade kişi tarafından öğrenilmiş olsun.

<sup>65</sup> SINAR (dn.3), s.126.

<sup>66</sup> İÇEL, (dn.2), s.425.

Bütün bunlara rağmen, gerek internet aracılığıyla gerçekleştirilen eylemler gerekse internete özgü eylemler yönünden kanuni boşluklar bulunduğu ve bu alanda en kısa zamanda düzenlemeler yapılması gerektiği inkar edilemez bir gerçektir<sup>67</sup>. Zira her ne kadar ceza hukukunda yorum konusunda mümkün olduğu kabul edilen çağdaşlaştırıcı yorum [müterakki (gelişmeci) yorum]<sup>68</sup> gereği mevcut düzenlemelerin interneti kapsayıcı bir şekilde çağdaş hale getirilmesi savunulabilirse de bunun belli bir yere kadar olduğu kuşkusuzdur. Yaşlanmış olan kanun hükümlerinin, uygulandığı döneme uyum sağlaması amacıyla gerçekleştirilen bu faaliyetin sınırı, belirlilik, suçta ve cezada kanunilik ve bununla bağlantılı olarak aleyhe örneksime yasağıdır. Bu sınırı aşmanın tek yolu ise, yeni düzenlemeler yapmaktan geçmektedir. Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, yapılacak yeni düzenlemelerde, hukuksal değerler suç politikası fonksiyonu dikkate alınmalı ve bu bağlamda cezaya liyakat ve cezaya muhtaçlık ölçütleri özenle araştırılmalıdır<sup>69</sup>. Cezaya muhtaçlık değerlendirmesinde, kanun koyucunun, gerekli çalışmaları yaptıktan sonra, eylemi suç haline getirip getirmemede şüpheye düşmesi halinde in dubio pro libertate (şüphe halinde özgürlükten yana) ilkesinin benimsenmesi<sup>70</sup> internetin özgürlükçü yapısına daha uygundur.

<sup>67</sup> Bu alanda yapılması gereken en önemli düzenlemeler için bkz.; YENER ÜNVER, *Türk Ceza Kanunu'nun ve Ceza Kanunu Tasarısı'nın İnternet Açısından Değerlendirilmesi*, İÜHFM., Cilt: LIX, Sayı: 1-2, 2001, s.78 vd. Belirtmek gerekir ki, yeni yasal düzenlemelerde bu hususun göz önüne alındığı görülmektedir. Örneğin 1999 tarihinde yürürlüğe giren 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun "adli suçlar"ı düzenleyen 22.maddesinin 6.fikrasında öngörülen "asılsız haber yayma suçu"nun nitelikli şeklinde suçun internet yoluyla işlenmesine de yer verilmiştir (bkz.; SELMAN DURSUN, *Ekonomik Suçlar ve Bankacılık Suçları Bağlamında Bankacılık Düzenine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, yayınlanmamış yüksek lisans tezi, 2002, s.70 vd.). Bu düzenlemenin Türk hukukunda internetin kavram olarak yer aldığı ilk pozitif düzenlemelerden biri olduğu ifade edilmiştir [SINAR (dn.3), s.123].

<sup>68</sup> Kavram için bkz.; İÇEL, DONAY (dn.4), s.125.

<sup>69</sup> Hukuksal değerler suç politikası fonksiyonu için bkz.; YENER ÜNVER, *Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değerler*, Ankara, Seçkin, 2003, s.668 vd.

<sup>70</sup> ÜNVER (dn.69), s.718-719.

Son olarak 2003 tarihli TCK. Tasarısının birçok hükmünde internete ilişkin düzenlemelere rastlamak mümkündür. Söz konusu hükümler, mevzuatımızda, konuyla ilgili boşlukları önemli ölçüde doldurabilecek nitelikte olmakla birlikte doktrinde çeşitli eleştirilere de muhatap olmaktadır<sup>71</sup>. Bundan başka, Elektronik İmza Kanunu Tasarısı, Kişisel Verilerin Korunması Kanunu Tasarısı, Ulusal Bilgi Güvenliği Teşkilatı ve Görevleri Hakkında Kanun Tasarısı gibi tasarıların olduğunu görmekteyiz.

### B. Uygulamadan Örnekler

Ülkemizde, internette kaynaklanan ceza sorumluluğuna ilişkin doğrudan bir yasal düzenleme bulunmasa da uygulamada konuyla ilgili soruşturmalarda/davaların açıldığı, takipsizlik/mahkumiyet/beraat kararlarının verilmeye başlandığı ve böylece bir anlamda internet suçlarıyla ilgili içtihat hukukunun yavaş yavaş belirdiğini söyleyebiliriz.

Bu konuyla ilgili ilk mahkumiyet kararları, TCK. m.159'da düzenlenen suçlardan dolayı verilmiştir. Bu maddeye göre verilen bir mahkumiyet kararına konu olayda, bir lise öğrencisi, yapılan bir mitingin cop kullanılarak dağıtılmasıyla ilgili mesajların gönderildiği web sitesinin forum sayfasına, adını ve adresini vererek mesaj göndermiştir. Kimliği ve elektronik postası belirli olan sanık hakkında, Beyoğlu 2. Ağır Ceza Mahkemesi'nde açılan kamu davasında, TCK.m.159'daki suçun işlendiğine karar verilerek, on ay hapis cezası verilmiş ve mahkumiyet ertelenmiştir<sup>72</sup>.

Aynı maddeden bir başka mahkumiyet kararını, İstanbul 4. Ağır Ce-

<sup>71</sup> 2000 tarihli Ceza Kanunu Ön Tasarısının, genel olarak internet açısından yapılan değerlendirmesi için bkz.; ÜNVER (dn.67), s.114 vd.; Ön Tasarının "Bilişim Alanında Suçlar" başlığı altındaki düzenlemesinin eleştirisi için bkz.; YILMAZ YAZICIOĞLU, *Bilgisayar Ağları ile İlgili Suçlar Konusunda Türk Ceza Kanunu 2000 Tasarısı*, Uluslararası İnternet Hukuku Sempozyumu, 21-22 Mayıs 2001, İzmir, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayını, 2002, s.463 vd.

<sup>72</sup> FİKRET İLKİZ, *İnternet Ortamındaki Yayınlar ve Ceza Yasaları*, (çevrimiçi) <http://www.turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=4007>, 26 Ocak 2003.

za Mahkemesi vermiştir. Bu olayda sanık, bir internet servis sağlayıcısı şirkette, Tartışma Platformu isimli web sayfasının koordinatörlüğünü yapmaktadır. Söz konusu web sayfasında, haftalık olarak seçilen tartışma konularına, ilgililer mesaj göndermektedir. Gönderilen mesajlar bir hafta süreyle sayfada kalmaktadır. Sayfaya, ismi belirlenemeyen bir kişi, TCK.m.159'u ihlal edici nitelikte olan bir mesaj göndermiş, sayfayı ziyaret eden bir başka kişi ise bu mesajın suç oluşturduğu ve kaldırılması gerektiği konusunda uyarı yapmıştır. Buna rağmen sayfa koordinatörü sanık, bu mesajı internet ortamından kaldırmamıştır. Sözü geçen kişinin olayı takip etmesi ve böylece ilgili makamların haberdar olması üzerine sanık hakkında kamu davası açılmış ve dava mahkumiyetle sonuçlanmıştır<sup>73</sup>. Yapılan temyiz üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi, mahkemenin kararını "usul" yönünden bozmuştur<sup>74</sup>. Bozma nedeni olarak, sanığın şirketteki konumunun ne olduğunun, suç oluşturan mesaja müdahale görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığının kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerektiği, ayrıca sanığın çalıştığı şirketin ve suç konusu mesajın yayımlandığı forum ve web sitesinin durumunun saptanması, bu tespitlerden sonra sorumluluğun belirlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Karşı

73 İLKİZ (dn.72).

74 Yargıtay bozma kararında: "1- Gerçeğin kuşkuya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi açısından öncelikle sanığın adı geçen şirkette konumunun ne olduğu, foruma internet ortamında elektronik posta ile gönderilen suçlamaya konu yazılara müdahale etme görev ve yetkisinin bulunup bulunmadığı, müdahale etme yetkisinin bulunmaması halinde bu yetkinin kime ait olduğu hususunun ilgili kurumdan gerekli bilgi ve belgelerde sağlanarak saptanması; 2- Mahkemece üniversitelerin bilgisayar ve ceza hukuku kürsülerinden seçilecek internet konusunda uzman bilirkişi kurulu ile keşif yapılarak Superonline A.Ş.'nin bir internet servis sağlayıcı mı, erişim sağlayıcı mı yoksa her iki fonksiyona birlikte mi sahip olduğu, internet servis sağlayıcı olması durumunda sahibinin kim olduğu, ayrıca dava konusu yazının yayımlandığı forumun ve web sitesi sisteminin bir işletene ( moderatör) bağlı olup olmadığı hususlarının saptanmasından sonra sanığın hukuki durumunun takdir ve tayini gerekirken eksik soruşturma ile hüküm kurulması," ifadeleri yer almıştır [Yargıtay 9. Ceza Dairesi, 2001/1854 E., 2001/2649 K., 25.10 2001, FİKRET İLKİZ, *Online Yayıncılıkta Çözüm Bekleyen Sorunlar-II*, (çevrimiçi) <http://turk.internet.com/haber/yazigoster.php3?yaziid=4036>, 26 Ocak 2003].

oy yazısında ise, sanığın açmış olduğu sayfada, suç oluşturan mesajları gördüğü halde iptal etmemek suretiyle yüklenen işlediği belirtilmiştir<sup>75</sup>. Bozmadan sonra yerel mahkeme, Basın Kanunu'ndaki deği-

<sup>75</sup> **Karşı oy yazısı** aynen şöyledir: "Sanık Coşkun Ak hakkında merkezi İstanbul'da bulunan Yapı Kredi Bankasının bir yan kuruluşu olan Superonline Uluslar arası Elektronik Bilgilendirme ve Haberleşme Anonim Şirketi'nin internet bölümler koordinatörü olduğu, bu sıfatı ile sisteme bağlı internet kullanıcılarından gelen yoğun istem üzerine internet ortamında; (Forum: Tartışma Platformu) başlıklı bir sahife düzenleyerek internet kullanıcılarının hizmetine sunduğu, 26.4.1999 tarihinde başlayan yeni sahifenin konusu (Türkiye'de insan hakları ihlalleri) olarak belirlenip bu sahifeye gelen mesajlar ile Cumhuriyeti Tahkir ve Tezyif Etmek, Askeri Kuvvetleri Tahkir ve Tezyif etmek, Emniyet Kuvvetlerini Tahkir ve Tezyif Etmek, Adliyenin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Etmek suçlarının işlendiği iddiası ile TCK.nun 159/1. maddesinin dört kez uygulanması istemiyle kamu davası açılmıştır.

Sanık Yapı Kredi Bankasının bir yan kuruluşu olan Superonline Uluslar arası Elektronik Bilgilendirme ve Haberleşme Anonim Şirketi İnteraktif Bölümler Koordinatörü olduğunu kabul etmiştir. Mesajları okuduğunu suç unsuru görmediğini, bir vatandaş tarafından ihtarla rağmen sahifeyi kapatmayarak dört gün daha bilgisi dahilinde açık tuttuğunu açıklamış bu sahifenin kapatılması için de hiçbir makama veya yetkiliye müracaat etmediği anlaşılmıştır.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin de belirlediği gibi internetteki yayınlar nedeni ile yapılacak işlem konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır.

Bu durumda Genel Hukuk Kurallarının uygulanması gerekmektedir. Sanık açmış olduğu sahifeyi suç teşkil eden mesajları gördüğü halde iptal etmemek suretiyle yüklenen suçları işlemiştir. Ayrıca bahsi geçen sayfanın internet kullanıcılarına açık bırakılması ile de suçun aleniyet unsuru gerçekleşmiştir. Ortada başkaca araştırılması gereken bir husus bulunmadığından; toplanan delillere, mahkemenin gösterdiği gerekçeye mesajların içeriklerine incelenen dosya kapsamına nazaran mahkemece verilen karar usul ve yasaya uygun olduğundan onanması görüşü ile sayın çoğunluğu kararına katılmıyorum" [İLKİZ, (dn.74) ].

Karşı oy yazısında atıf yapılan **Yargıtay 4. Hukuk Dairesi**'nin 2001/755 E., 20001/1157 K. sayılı ve 8.2.2001 tarihli kararı ise şöyledir: "Dava basın yoluyla kişilik haklarının saldırıya uğramasından doğan manevi tazminat ve haberin internetteki yayınının durdurulması istemlerine ilişkindir. Mahkemece manevi tazminat istemi kısmen kabul edilmiş ve ayrıca "haber internetteki yayınının durdurulmasına" da hükmedilmiştir.

şikliğe dayanarak hapis cezasını para cezasına çevirmiş, bu hükmün de temyizi üzerine Yargıtay, TCK. m. 159'a 4771 sayılı Kanunla eklenen, "*Birinci fıkrada sayılan organları veya kurumları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez*" hükmünün dikkate alınması gerektiği gerekçesiyle kararı bozmuştur. Yeniden dosyayı değerlendiren yerel mahkeme, "Yazının, bütün olarak değerlendirildiğinde Türkiye Cumhuriyeti'nin bütün kurum ve kuruluşlarına ağır hakaret içerdiği aşikar ise de yazının sanık tarafından kaleme alınmamış olması nedeniyle, sanığın yazıdaki görüşlere katıldığı hususunda delil bulunamadığı anlaşılmaktadır"<sup>76</sup> biçimindeki bir gerekçeyle beraat kararı vermiştir.

Bu olaydan yola çıkarak, benzeri durumlar için bazı tespitler yapmakta yarar görüyoruz. Kanımızca söz konusu olayda, sanığın mesajı silmeme şeklinde bir ihmali hareketi bulunmaktadır. Sanığın bu ihmali hareketle, mesajı gönderen kişinin işlediği suçun, suç ortağı olarak kabul edilebilmesi için yazının kaldırılması yönünde hukuki veya sözleşmesel bir yükümlülüğünün bulunması gerekir<sup>77</sup>. Dolayısıyla Yargı-

---

İnternetteki yayınlar nedeniyle yapılacak işlem konusunda henüz yasal bir düzenleme bulunmamaktadır. Halbuki, mahkeme kararlarının bağlayıcı sonucunun gerçekleşebilmesi için, kararın infaz edilebilir olması ve böylece yaptırımların da uygulanması gerekmektedir. Şu aşamada, internette yapılan bir yayının gönderilenler de dahil 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. Bu da yargı kararının 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." (Yargıtay Kararları Dergisi, Cilt:27, Sayı:7, Temmuz 2001, s.994-996). Bu kararın eleştirisi için bkz.; İÇEL (dn.2), s.427.

76 "Düşünce Özgürlüğü Davaları", (çevrimiçi) [http://www.tihv.org.tr/rapor/2003\\_04/nisanifade.html](http://www.tihv.org.tr/rapor/2003_04/nisanifade.html), 25 Temmuz 2003.

77 Dönmezer-Erman ihmali bir hareketle bir suça iştirak etmede, ihmalde bulunmamak konusunda hukuki bir yükümlülüğün bulunmasının aranıp aranmayacağı konusunda ayırımı gitmekte ve iştirak iradesinin bulunup bulunmamasına göre farklı sonuçlara varmaktadırlar. Yazarlar, iştirak iradesinin bulunması ve ihmalin suçun işlenmesinde nedensellik değeri taşıması durumunda, ayrıca bir hukuki yükümlülüğün aranmayacağını, buna



tay 9. Ceza Dairesi'nin, sanığın konumu, görev ve yetkilerinin açık bir şekilde tespit edilmesine ilişkin bozma kararı bu açıdan yerinde olmuştur. Bundan başka, mesajın yer aldığı forum sayfasının ve web sitesinin, sanığın çalıştığı şirketle olan ilişkisi, şirketin bu noktada servis veya erişim sağlayıcı olup olmadığının belirlenmesi de sorumluluğun tespiti bakımından önemlidir. Ancak bütün bu söylenenler, suçun sona ermesine kadar ki durum için geçerlidir<sup>78</sup>. Zira suç ortaklığı, suçun sona ermesine kadar mümkündür. Bu olayda eğer mesajın yayınlanmasıyla birlikte suçun tamamlandığı ve sona erdiği kabul edilirse,

---

karşılık eğer iştirak iradesi yoksa, hukuki yükümlülüğün bulunması gerektiğini belirtmektedirler. Bu ikinci ihtimalle ilgili olarak da "...suça engel olma yükümlülüğünde bulunup da buna engel olmayan kişinin bu hareketsizliğinden bir iştirak iradesinin varlığını çıkarmak imkanı varsa, diğer bir deyiş ile, hareketsiz kalan kişi, diğer faillerin suçuna katılmak için bu yolu seçmişse, şerik sıfatıyla cezalandırılmaması için sebep yoktur, zira iştirak iradesinin bulunduğu anlaşılmaksızın bir engel olmama durumu varsa, fail yükümlülüğünün sınır ve kapsamı çerçevesinde sorumlu tutulur" demektedirler (SULHİ DÖNMEZER, SAHİR ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt:II, Yeniden gözden geçirilmiş onuncu bası, İstanbul, Beta, 1994, s.468). Buna karşılık herhangi bir ayırım yapmadan bu konuda bir yükümlülüğün bulunmasını arayan yazarlar da vardır [DÖNMEZER, ERMAN, (dn.77) s.467].

<sup>78</sup> "Suçun tamamlanması (şeklen tamamlanma) kavramı bir suç tipinde öngörülen bütün unsurların gerçekleşmesini ifade etmesine karşılık; suçun sona ermesi (madden tamamlanma) kavramı ile hukuki değer failce istenen ölçüde ve sürece ihlal edilmesi anlamına gelmektedir. Örneğin, failin mağduru öldürmesiyle kasten adam öldürme suçu tamamlanmış ve aynı anda sona ermiştir. Buna karşılık hürriyeti tahdit suçu, failin mağduru bir yere kapatması veya başka bir şekilde hareket özgürlüğünü kısıtlamasıyla tamamlanır. Ancak suç mağdurunun özgürlüğünü tekrar kazandığı anda sona erer. Suçun tamamlanması ile sona ermesinin farklı anlarda ortaya çıkması durumunda, tamamlanma ile sona erme arasında suça iştirakin mümkün olması, zamanaşımının suçun sona erdiği andan itibaren başlaması gibi sonuçları vardır" (KAYIHAN İÇEL, FÜSUN SOKULLU-AKINCI, İZZET ÖZGENÇ, ADEM SÖZÜER, FATİH S. MAHMUTOĞLU, YENER ÜNVER, *İçel Suç Teorisi*, Yeniden gözden geçirilmiş ikinci bası, İstanbul, Beta, 2000, s.295, dn.1). Belirtelim ki, hareketin neden olduğu sonucun devam etmeyip derhal sona erdiği suçlara ani suçlar, buna karşılık sonucun belirli bir süre devam ettiği suçlara sürekli (mütemadi) suçlar adı verilmektedir. Bkz.; İÇEL ve diğerleri (dn.78), s.69.

bu mesajı daha sonra silmeme eylemi, -baştan itibaren bir birliktelik söz konusu olmadıkça- suç ortaklığı olarak kabul edilemeyecektir. Dolayısıyla sanık TCK. m. 159 kapsamında suç ortağı olarak sorumlu olmayacaktır. Ancak mesajın yayınlanmaya devam etmesi (olayda bir hafta süreyle yayında kalması) durumunda, sürekli (mütemadi) bir suçun varolup olmadığı tartışılabilir. Bilindiği gibi bu tür suçlarda suç tamamlansa da belirli bir süre sona ermediğinden, bu süre boyunca suç ortağı olarak suça katılma mümkündür. Buna göre yayında kalarak işlenmeye devam eden suça, mesajı silmeme şeklindeki ihmali hareketle katılma gerçekleşebilecektir. Bununla birlikte bir suçun sürekli (mütemadi) suç olarak kabulü için aranan koşullardan olan, sürekliliğe (temadiye) son vermenin failin iktidarında olması koşulu<sup>79</sup> bakımından, mesajı gönderen (fail) kişinin, söz konusu mesajı silme veya değiştirme konusunda bir iktidarının bulunup bulunmadığı önem kazanmaktadır. Duruma göre, mesaj üzerinde silme, değiştirme yetkisi bulunuyorsa suç sürekli sayılacak ve suç ortaklığı gündeme gelecek veya böyle bir yetki verilmemişse, suç mesajın gönderilmesiyle birlikte tamamlanıp sona erecek ve suça katılma söz konusu olmayacaktır. Görüldüğü üzere bu gibi durumlarda suç ortaklığı hükümleri yeterli olmamakta, bu konuda (mesajın silinmesi konusunda) açık bir düzenlemenin yapılması gerekmektedir.

Bu kararların dışında, açılmış ve devam eden kamu davaları, takip-sizlik kararları ile devam eden hazırlık soruşturmaları da söz konusudur. Buna göre, çoğunluğu hakaret suçu olmak üzere, Fikir ve Sa-

<sup>79</sup> SULHİ DÖNMEZER, SAHİR ERMAN, *Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, Genel Kısım*, Cilt:I, Yeniden gözden geçirilmiş on birinci bası, İstanbul, Beta, 1994, s.386; AYHAN ÖNDER, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992, s.185; İÇEL ve diğerleri (dn.78), s.69; NUR CENTEL, *Türk Ceza Hukukuna Giriş*, İstanbul, Beta, 2001, s.200-201; MEHMET EMİN ARTUK, AHMET GÖKCEN, A. CANER YENİDÜNYA, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Ankara, Seçkin, 2002, s.448; "Tartışmalara neden olmakla birlikte sürekli suçların belirgin özelliklerinden biri de, failin neticeyi ortadan kaldırma bakımından iktidar sahibi olmasının gerekli olup olmadığıdır. Bu konuya ilişkin sıkça verilen örneklerden biri çok karılılık suçudur. Şayet sürekliliğe son verme iktidarı kriter olarak alınmazsa, bu suç sürekli suç olarak görülebilir. Buna karşılık, bu son verme olanağı sürekli suçun belirleyici bir özelliği olarak kabul edilirse, sözü edilen suçun sürekli suç olduğu söylene-  
mez. Çünkü failin devam eden netice bakımından iradesi, yargıç kararına kadar etkisizdir [İÇEL ve diğerleri (dn.78), s.69].

nat Eserleri Kanunu'na aykırılık ve Bankalar Kanunu'nda öngörülen asılsız haber yayma suçu yargıya intikal eden konulardır<sup>80</sup>.

### Sonuç

Yukarıda yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, internette kaynaklanan ceza sorumluluğundaki gelişmelerle ilgili ulaştığımız **genel sonuçları**, a) Birçok ülkede konuyla ilgili yeni kanunların çıkarıldığı veya mevcut düzenlemelerde internete ilişkin değişikliklere gidildiği, b) Bu konuda yerel mahkemelerden veya temyiz mahkemelerinden değişik kararların verilmeye başlandığı, böylece bu alandaki içtihat hukukunun da geliştiği, c) Söz konusu suçluluk türüyle mücadelede uluslararası bazı girişimlerin de yapıldığı, şeklinde sıralayabiliriz.

Belirttiğimiz genel sonuçların yanında, incelemeye çalıştığımız ülkeler **özelindeki sonuçlara** da ayrıca değinilebilir. Buna göre internette kaynaklanan ceza sorumluluğundaki gelişmeler bağlamında, 1) *Amerika Birleşik Devletleri*'nde, a) Kongrenin, tasarılar da dikkate alınırca bu alanda birçok yeni yasal düzenleme yaptığı, b) Yapılan yasal düzenlemelerde pornografiye ve özellikle çocuk pornografisine özel bir önem verildiği, c) Ancak çocuk pornografisine ilişkin temel üç kanunun da Amerikan Yüksek Mahkemesinin önüne geldiği ve ikisinin belirli hükümlerinin iptal edildiği, d) Yüksek Mahkemenin, kararlarında, Amerikan Anayasasının Birinci Ek'indeki ifade özgürlüğünü bu konuda öne çıkardığı ve söz konusu kanunları ifade özgürlüğü açısından (özellikle belirlilik ve genişlik ölçütleri) değerlendirdiği söylenebilir. Bütün bunlar, ülkede internetin yasama organı tarafından ısrarla çıkarılan yasalarla düzen altına alınmak istendiğini, temyiz mahkemesinin ise, ifade özgürlüğü ölçütünü oldukça hassas bir şekilde uygulayarak bu konuda olması gereken dengeyi sağlamaya çalıştığını göstermektedir.

Çalışmamızda ele aldığımız bir diğer ülke olan 2) *Birleşik Krallık*'taki konuyla ilgili gelişmeler açısından ise, a) İnternete ilişkin yasama politikasında, yeni kanun yapma yerine mevcut kanunlarda gerekli değişikliklerin yapılması yönteminin esas alındığı, b) Bu alanda yasal

<sup>80</sup> Ayrıntılı bilgi için bkz.; İLKİZ (dn.72).

düzenden çok, kendi kendine düzenleme ve denetlemeye ağırlık verildiği, bu amaçla konuyla ilgili meslek kurallarını oluşturmak üzere servis sağlayıcıların bir birlik çatısı altında toplanmasına çalışıldığı, c) Mevcut düzenlemelerde yapılan değişikliklerde, bu düzenlemelerin interneti de kapsar hale getirildiği, sorunun bu şekilde çözülmek istendiği belirtilebilir. Kanımızca bu ülkedeki gelişmeler noktasında, özellikle kendi kendine düzenleme ve yeni düzenleme yapmaktan çok, mevcutlarda özel değişiklikler yapma biçimindeki yaklaşım önemlidir.

Birleşik Krallık'tan sonra yer verdiğimiz ülke olan 3) *Federal Almanya* bağlamında ise, a) İnternet sükelerine yönelik ayrıntılı düzenlemeler getiren Teleservisler Kanunu'nun bu açıdan kendine özgü ve örnek bir düzenleme olduğu, b) Suç ve Suçun Kontrolü Raporu'ndaki bilgiler çerçevesinde, "güvenli internet" ve "güvenli internet ekonomik ortaklığı" gibi girişimlerle ve kovuşturma makamlarının ilgili iş dünyasıyla işbirliği yapmasının önerilmesiyle bu alanda, yasal düzen öngörmenin yanı sıra teknik önlemlere de önem verildiği, c) Mevcut düzenlemelerin, internet açısından yetersiz kalan bölümleri yönünden gözden geçirilmesinin hedeflendiği, d) İnternet suçluluğuyla mücadelede ulusal üstü girişimlerin de hesaba katıldığı ifade edilebilir.

*Ülkemizde*, a) İnternet alanına özgü, kapsamlı bir düzenlemenin henüz yapılmadığı, yeni yapılan kanunların bir kısmında bunun dikkate alınmaya başlandığı, b) Bilişim alanında suçların öngörüldüğü TCK.m.525a vd. maddelerinin sorunun çözümünde uygulama kabiliyeti olduğu, ancak yeterli olmadığı, keza Ceza Kanunu Tasarısının da bazı eleştirilere muhatap olduğu, c) Özellikle internet sükeleri, internete özgü bazı eylemler açısından kanuni boşlukların bulunduğu ve bu alanda gerekli düzenlemelerin yapılması gerektiği, d) Bu alanda verilen kararlarla konuyla ilgili uygulamanın temellerinin atıldığı, kanuni boşluklar nedeniyle ve ceza hukukunun temel ilkeleri kapsamında bu konuda çok hassas olunması gerektiği söylenebilir. Kanımızca, özellikle internet sükelerinin ceza sorumluluğu konusunda, suç ortaklığı kuralları belirli durumlarda yetersiz kalabildiğinden, bununla ilgili özel düzenlemelerin en kısa sürede yapılması kaçınılmazdır.