

YER SAĞLAYICILARIN 5607
SAYILI KAÇAKÇILIKLA
MÜCADELE KANUNU
KARŞISINDA HUKUKİ
DURUMU VE TÜZEL KİŞİ
YER SAĞLAYICILARIN
CEZA SORUMLULUĞU

Prof. Dr. Ersan ŞEN*

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi.

I – GİRİŞ

İnternet son yıllarda büyük bir hızla gelişerek, günlük hayatın en önemli araçlarından birisi haline gelmiş ve internet sayesinde birçok yeni kavramın yaşama geçmesi sağlanmıştır. İstenilen tüm bilgilere her an ulaşabilme, haberleşme, alışveriş yapabilme ve bunun gibi daha birçok imkan sunan teknolojik gelişmeler karşısında, Devletin ve sistemin bu gerçeği görmezden gelmesi, yok sayması düşünülemez. Bu doğrultuda, gerekli teknik uygulamaların geliştirilmesi, ayrıca internet kullanımını nedeniyle doğabilecek problemlere ilişkin günümüz şartlarına uygun ve ihtiyaçları karşılayabilecek nitelikte yasal düzenlemeler yapılması ve bu düzenlemelerin aktif olarak uygulanması gerektiği şüphesizdir.

İnternetin sanal alışveriş aracı olarak da kullanılmaya başlanması, sanal alışverişin ürün çeşitliliği ve zaman tasarrufu sağlamanın yanında, daha az maliyet gerektirmesi ve dünya çapında pazarlama imkanı sunması nedeniyle birçok alıcı ve satıcı tarafından tercih edilmesi, bu alanın da teknik ve yasal olarak titizlikle düzenlenmesi ihtiyacını ortaya çıkarmıştır. Bu amaçla, alıcı ile satıcıyı buluşturan bir platform işlevi gören internet sitelerinde güvenli alışverişin sağlanabilmesi için birçok teknik uygulamalar geliştirilmekte ve internetin sanal alışverişi de kapsayan nitelikte kullanımına ilişkin usul ve esaslar ile bu kapsamda doğabilecek sorumluluklara ilişkin yasal düzenlemeler yapılmaktadır. Ancak, internet ortamında alışverişin, gerek kullanım alanlarının genişliği ve gerekse dünya çapında kullanıcı kitlesine sahip olması, birtakım olumsuzlukları beraberinde getirmektedir. Özellikle son zamanlarda bu sanal platformlar, Ülkeye kaçak olarak ithal edilen ürünlerin satışa sunulması için oldukça cazip hale gelmiştir.

Kaçak ürünlerin internet siteleri aracılığıyla satışa arz edilmesi, yer sağlayıcı olarak faaliyet gösteren internet siteleri ve yetkililerinin de sorumluluklarını gündeme getirebilmekte ve bu kişiler hakkında kamu davaları açılmasına neden olabilmektedir. Genel olarak şirket bünyesinde kurulan ve faaliyet gösteren bu sitelerin tüzel kişiliği haiz olmaları nedeniyle, 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.20/2 uyarınca, birtakım güvenlik tedbirleri hariç olmak üzere, ceza sorumlulukları bulunmadığından, şirket yetkililerinin sorumluluklarına gidilmektedir. Dolayısıyla tüzel kişi temsilci ve yetkilileri, daha evvel hiç görmedikleri, ellerinde bulundurmadıkları ve alım-satım sürecine dahil olmadıkları ürünlerin Ülkeye kaçak olarak ithal edilmesi ve bunların satışa arz edilmesi nedeniyle sorumlu tutulma riski ile karşı karşıya kalmaktadır. İnternetin doğasına uygun gerekli yasal düzenlemelerin yapılmaması ve internet ortamına ilişkin meselelerin mevcut yasal düzenlemeler çerçevesinde çözümlenmesi yoluna gidilmesi halinde, “cezaların şahsiliği” ve “kusur sorumluluğu” gibi Ceza Hukuku ilkeleri tümü ile

görmezden gelinecek ve yasal olarak son derece sakıncalı sonuçların doğması kaçınılmaz olacaktır.

Yeterli ve uygun yasal düzenlemeler yürürlüğe girene kadar ortaya çıkabilecek internet kaynaklı hukuki ve özellikle cezai meselelerin, gerçek ve tüzel kişilerin mağduriyetine neden olmaksızın, hukuka ve günümüz koşullarına uygun şekilde çözümlenebilmesi için, internetle hayatımıza giren yeni kavram ve süjeler ile mevcut düzenlemelerin titizlikle ele alınması gerekmektedir. Bu kapsamda, öncelikle “yer sağlayıcı” kavramı tanımlanarak, yer sağlayıcılar bakımından cezai sorumluluk öngören yasal düzenlemeler açıklanıp, tüzel kişi yer sağlayıcılarda cezai sorumluluğu gündeme gelebilecek kişiler 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu kapsamında değerlendirilecek ve 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu kapsamında yer sağlayıcılar hakkında varlığı tartışılan ceza sorumluluğu incelenerek, son kısımda da yer sağlayıcı olarak faaliyet gösteren internet sitelerinin alabileceği önlemlerden bahsedilecektir.

II – YER SAĞLAYICILARIN CEZA SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlenmesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun’un 2. maddesinin (m) bendinde, hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri sağlayan veya işleten gerçek veya tüzel kişiler, “yer sağlayıcı” olarak tanımlanmıştır. Yer sağlayıcı, internet kullanıcılarına internet ortamına erişim olanağı sağlayan erişim sağlayıcı olmadığı gibi, internet ortamı üzerinden kullanıcılara sunulan her türlü bilgi veya veriyi üreten, değiştiren ve sağlayan gerçek veya tüzel kişiler olarak nitelendirilen içerik sağlayıcı da değildir. Yer sağlayıcı, sadece hizmet ve içerikleri barındırıp sunan sistemleri sağlayan, örneğin büyük bir alışveriş merkezinin sahibi veya işletmecisi olup, bu merkezin dükkanlarını kiraya veren ve kullandıran olarak tanımlanabilir. Bu anlamda yer sağlayıcı, dükkanı kiralayan ile gelen müşteriler arasında ilişkiyi kuran da değildir. Yer sağlayıcının yegane sorumluluğu, bilgi veya veriyi internet kullanıcılarına sunmak isteyenlere bu ortamı hazırlamaktan ibarettir. Yer sağlayıcı, aynen alışveriş merkezinin sahibi veya işletmecisinde olduğu gibi bu hizmetin karşılığında maktu veya nisbi ücret, masraf veya komisyon bedeli tahsil eder. Bu nedenle, yer sağlayıcının internet ortamında sağlanan içeriklerle ilgili bir sorumluluğu olmayacaktır.

5651 sayılı Kanun yer sağlayıcılar için ceza sorumluluğunu, m.3/2, 5, eğer aynı zamanda toplu kullanım sağlayıcı ise m.7/2, erişim sağlayıcılar için m.8 (bu madde sınırlı suçları kapsayıp yer sağlayıcıyı doğrudan doğruya ilgilendirmemekle birlikte, Kanunun 5/2. maddesi hükmünde yer sağlayıcı için de 8.

madde bakımından bir yükümlülük öngörülmüştür) ve özellikle içeriğin yayından çıkarılması ve cevap hakkını düzenleyen m.9'da düzenlemiştir. 9. madde, internet ortamında yapılan yayınlardan dolayı başta kişilik hakları olmak üzere, içerik sebebiyle haklarının ihlal edildiğini düşünen kişilerin başvurabileceği ve yargı kararı alıp da bu kararın kesinleşmesinden (itiraz üzerine veya süresinde itiraz edilmemesinden dolayı) sonra yargı kararının gereğini kendisine yapılan tebliğe rağmen iki gün içinde yerine getirmeyen sadece içerik sağlayıcı için değil, m.9/3-4 uyarınca yer sağlayıcı için de ceza sorumluluğu öngörmektedir. Bu yargı kararlarının infazı, Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı veya bir kamu müessesesi tarafından yerine getirilmeyip, Kanundaki boşluk nedeniyle bizzat kararı alan ilgili kişi veya ilgili kişinin avukatı tarafından takip edilmektedir. Esas itibariyle, Anayasa m.138/4 uyarınca yargı kararlarının gereği, bu karara karşı başvuru kanun yolları tükendikten sonra mutlaka yerine getirilmelidir. Aksi halde, 5651 sayılı Kanun m.9/4'de tanımlanan cezanın tatbiki gündeme gelecektir.

İnterneti tümü ile kapsayan düzenlemeler içermemekle birlikte, 5651 sayılı Kanunun yer sağlayıcılar bakımından en önemli hükmü, “*Yer sağlayıcının yükümlülükleri*” başlıklı 5. maddedir. Bu maddeye göre, “*Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği (yayını) kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin sözkonusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir. Yer sağlayıcı, yer sağladığı içerikten, ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla, bu Kanunun 8. ve 9. maddelerine göre haberdar edilmesi halinde ve teknik olarak imkan bulunduğu ölçüde hukuka aykırı içeriği yayından kaldırmakla yükümlüdür*”. Bu ceza gösteren bir hüküm olmayıp, internet ortamında yapılan yayınlarla ilgili yer sağlayıcının ceza sorumluluğunun kapsamını belirlemeye yönelik genel bir düzenlemeden ibaret önemli bir hükümdür. 5. maddenin özellikle ikinci fıkrası, her ne kadar yer sağlayıcı için hukuka aykırı içeriği yayından kaldırma yükümlülüğünü öngörse de, hükümde geçen “*ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla*” ibaresi ilginçtir. Ancak bu ibare ile kanun koyucu, daha ziyade 5651 sayılı Kanunun m.9/4'üne ve varsa başka ceza kanunlarında yer sağlayıcılar için öngörülen ceza sorumluluğunun, hukuka aykırı içeriği yayından kaldırma yükümlülüğünü etkilemeyeceğine işaret etmek istemiştir. Sırf bu ibare, başka ceza sorumluluklarının olduğunu göstermemektedir. Çünkü yasal düzenleme olmadıkça, zorlama değerlendirmelerle ceza sorumluluğu icat edilemez.

Yer sağlayıcının içeriği kontrol etme yükümlülüğüne ilişkin diğer bir düzenleme de, Telekomünikasyon Kurumu tarafından Erişim Sağlayıcılar ve Yer Sağlayıcılara Faaliyet Belgesi Verilmesine ilişkin Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'in 16. maddesinin 2. fıkrasında yer almaktadır. Bu madde hükmü uyarınca, “*Yer sağlayıcı, yer sağladığı içeriği kontrol etmek ve hukuka aykırı bir faaliyetin sözkonusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir*”.

Yukarıda yer verilen yasal düzenlemeler, 2013 yılı içerisinde yasalaşması beklenen Elektronik Ticaretin Düzenlenmesi Hakkında Kanun Tasarısında da genişletilerek benimsenmiş ve Tasarıda sanal ticaret için yer sağlayanların içeriği araştırma yükümlülüğü bulunmadığı açıkça ifade edilmiştir. Tasarının “Tanımlar” başlıklı 2. maddesinin 1. fıkrasının (d) bendinde, aracı hizmet sağlayıcı “Başkalarına ait iktisadi ve ticari faaliyetlerin yapılmasına, elektronik ticaret ortamını sağlayan gerçek ve tüzel kişiler” olarak tanımlanmıştır. Tasarıda “yer sağlayıcı” tanımı yerine “aracı hizmet sağlayıcı” tanımı kullanılmış ve aracı hizmet sağlayıcıların yükümlülükleri, Tasarının 9. maddesinde;

“Aracı hizmet sağlayıcılar; hizmet sundukları elektronik ortamı kullanan gerçek ve tüzel kişiler tarafından sağlanan içerikleri kontrol etmekle, bu içerik veya içeriğe konu mal ve hizmetle ilgili hukuka aykırı bir faaliyetin ya da durumun sözkonusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü değildir.”

Şeklinde düzenlenmiştir. Bu maddenin, 5651 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelikte yer verilen ve yer sağlayıcıların içeriği denetleme yükümlülüğünün bulunmadığı ve içeriğin hukuka aykırılığından sorumlu tutulamayacağına ilişkin düzenlemelere paralel olarak, internet ortamında mal ve hizmet sunumu amacıyla yer sağlayanları da kapsadığını göstermektedir.

Tasarıda, içeriği denetleme yükümlülüğü bulunmayan ve hukuka aykırı içerikten sorumlu olmayan aracı hizmet sağlayıcı (yer sağlayıcı) için başka bir takım yükümlülükler öngörülmüştür. Tasarının “Cezai hükümler” başlıklı 12. maddesinde belirtildiği gibi; Tasarı m.3 uyarınca bilgi verme yükümlülüğünün ihlal edilmesi, m.4/1-a uyarınca hizmet sağlayıcının siparişin onaylanması aşamasında ve ödeme bilgilerinin girilmesinden önce, ödeyeceği toplam bedel de dahil olmak üzere, sözleşmenin şartlarının alıcı tarafından açıkça görülmesini sağlamaması ve m.4/1-b uyarınca hizmet sağlayıcının, alıcının siparişini aldığını gecikmeksizin elektronik iletişim araçlarıyla teyit yükümlülüğünü ihlal etmesi, m.4/2 uyarınca hizmet sağlayıcının, sipariş verilmeden önce alıcıya, veri giriş hatalarını belirleyebilmesi ve düzeltebilmesi için uygun, etkili ve erişilebilir teknik araçları sunmaması, m.5/1-a uyarınca ticari iletişimin ve bu iletişimin adına yapıldığı gerçek ya da tüzel kişinin açıkça belirlenebilir olmasını sağlayan bilgilerin sunulmaması ve m.5/1-b uyarınca indirim ve hediye gibi promosyonlar ile promosyon amaçlı yarışma veya oyunların bu niteliğinin açıkça belirlenmemesi, bunlara katılımın ve bunlardan faydalanmanın şartlarına kolayca ulaşılamaması ve bu şartların açık ve şüpheye yer bırakmayacak şekilde anlaşılır olmaması, m.6/1 uyarınca ticari elektronik iletilerin, alıcılara ancak önceden onayları alınmak kaydıyla gönderilebileceği şeklindeki hükmün ihlali, m.7 uyarınca iletide, hizmet sağlayıcının tanınmasını sağlayan bilgiler ile haberleşmenin türüne bağlı olarak telefon numarası, faks numarası, kısa mesaj numarası ve elektronik posta adresi gibi erişilebilir durumdaki iletişim bilgilerinin yer

almaması, iletide, haberleşmenin türüne bağlı olarak, iletinin konusu, amacı ve başkası adına yapılması halinde kimin adına yapıldığına ilişkin bilgilere yer verilmemesi, m.8/2 ve m.8/3 uyarınca hizmet sağlayıcının ret bildiriminin, elektronik iletişim araçlarıyla kolay ve ücretsiz olarak iletilmesini sağlama ve gönderdiği iletide buna ilişkin gerekli bilgileri sunma yükümlülüğünü ihlal etmesi ve m.11/2 uyarınca Gümrük ve Ticaret Bakanlığı'na görevlendirilen denetim elemanlarına, Tasarı kapsamında, Bakanlığın yetkisine giren hususlarla ilgili olarak talep edilen her türlü bilgi, belge ve defterler ile elektronik kayıtları, bunların örneklerini noksansız ve gerçeğe uygun olarak verme, yazılı ve sözlü bilgi taleplerini karşılama ve her türlü yardım ve kolaylığı gösterme yükümlülüklerinin ihlali halinde, aracı hizmet sağlayıcılar da idari para cezası yaptırımını ile karşı karşıya kalacaklardır.

III – TÜZEL KİŞİ YER SAĞLAYICILARDA CEZA SORUMLULUĞUNUN TESPİTİ

Sanal alışveriş imkanı sunan internet siteleri, genel olarak yerel veya çok uluslu şirketler bünyesinde kurulmakta ve faaliyet göstermektedir. İnternet siteleri bakımından yukarıda izah edilen sebeplerle ceza sorumluluğu doğması halinde, tüzel kişiler hakkında birtakım güvenlik tedbirleri hariç olmak üzere cezai yaptırım uygulanamayacağından, bu sorumluluğun kim veya kimler hakkında sonuç doğuracağı tespit edilmelidir. Bu kapsamda, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümleri doğrultusunda, şirketlerin temsil ve yönetim unsurlarının ele alınması ve tüzel kişilerin ceza sorumluluğu esaslarının tartışılması gerekmektedir.

A. 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nda Tüzel Kişinin Ceza Sorumluluğu

Türk Ceza Kanunu m.20/2 ve gerekçesi tüzel kişiyi Ceza Hukuku açısından sorumlu saymadığından, onun adına temsilcisi olan gerçek kişinin ceza sorumluluğu olacak ve tüzel kişi yararına işlenen suçun sabit görülmesi halinde de kanunda açık hüküm olmak şartı ile izin iptali ve/veya suça konu mal müsadereşi şeklinde güvenlik tedbiri o tüzel kişi hakkında uygulanabilecektir (TCK m.60).

TCK m.20/2'ye göre, “*Tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımını uygulanamaz, ancak suç dolayısıyla kanunda öngörülen güvenlik tedbiri niteliğindeki yaptırımlar saklıdır*”. TCK m.20/2'de, tüzel kişilerin suç faili olamayacağı ve ceza sorumluluğunun bulunmadığı belirtilirken, yerine kimin sorumlu olacağı, tüzel kişilerin eylemlerinden suça konu olanlardan dolayı kimin yargılanacağı gösterilmemiştir. Bu konuda, her bir tüzel kişi bakımından ayrı değerlendirme yapmak gerekir. Bu hükümde, kanun koyucu her ne kadar özel hukuk tüzel kişisi demese de, gerek bu hükmün gerekçesinden ve gerekse “*Tüzel kişiler hakkında güvenlik*

tedbirleri” başlıklı madde 60’dan, TCK m.20/2’de bahsedilen tüzel kişiliğin “*özel hukuk tüzel kişiliği*” olduğu sonucu çıkmaktadır. Kanaatimizce, bu tespit isabetli olmayıp, Kanun hükmünün lafzına da aykırıdır. TCK m.20/2, sadece özel hukuk tüzel kişilerini değil, kamu hukuku tüzel kişilerini de kapsayacak şekilde uygulanmalı, fakat kamu hukuku tüzel kişileri hakkında TCK m.60’da gösterilen güvenlik tedbirleri uygulama alanı bulamamalıdır. Bunun dışında, kamu hukuku tüzel kişisinin eylemlerinden dolayı ceza sorumluluğu yetkili ve temsilcilerine ait olacaktır.

Esas itibariyle, tüzel kişilerin yargılanmasını ve cezalandırılmasını engelleyen TCK m.20/2’nin benimsediği sisteme iştirak etmediğimizi, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenen suçlardan dolayı tüzel kişinin yargılabileceğini, yapısına uygun şekilde, örneğin ruhsat iptali, geçici olarak veya sürekli faaliyet durdurma ya da müsadere türünde cezaların tüzel kişiye tatbik edilebileceğini, bunun yanında tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenen suça konu eylemi icra eden ve o eylemin sorumlusu olan gerçek kişi veya kişilerin de, “*müşterek fail*” veya “*suça iştirak*” teorileri altında sorumlu tutulabileceğini, mali suçlar ve çevre suçları başta olmak üzere tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenen suçların önlenmesi, cezaların caydırıcı olması, suç ve ceza siyaseti açısından tüzel kişilerin ceza sorumluluğunu kabul etmenin isabetli olacağını, bu kabulün Ceza Hukuku sistemine daha uygun olduğunu, TCK m.60’da öngörülen tüzel kişiler hakkında uygulanacak güvenlik tedbirlerinin yeterli olmayacağını, bu tür bir sistemin de aslında tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabulü anlamına geldiğini, bir taraftan TCK m.20/2’ye tüzel kişiler hakkında ceza yaptırımının uygulanmayacağını yazıp, diğer taraftan tüzel kişiler hakkında “*güvenlik tedbirleri*” adı altında cezalandırılabileceğini kabul etmenin bir çelişki olduğunu, suç ve ceza teorisine uygun düşmediğini, tüzel kişinin sadece bir farazi kişilik olduğu yönündeki eleştiride isabet bulunmadığını, hak ve borç sahibi olan tüzel kişinin aynı zamanda yargılanıp cezalandırılabileceğini, haklarının kullanımında ve borçlarının ifasında organ ve temsilcileri vasıtasıyla hareket edebilen tüzel kişinin, ceza sorumluluğu açısından da tüzel kişiye atfedilen eylemi icra eden ve/veya sorumlu olan ile birlikte yargılanıp cezalandırılabileceğini ifade etmek isteriz.

Ancak mevcut TCK m.20/2 dikkate alındığında, şu an itibariyle yukarıdaki açıklamamızın teorik bir tartışmadan ibaret olduğunu söylemek isteriz. Mevcut düzenlemenin, tüzel kişilerin eylemlerinden sorumlu tutulacak gerçek kişilerin sayısını çok genişlettiği ve belirsiz hale getirdiği için, bu sorumluluğun “*ceza sorumluluğun şahsiliği*” ilkesine mümkün olduğu kadar uygunluğunun sağlanması amacıyla dar ve belirli halde tutulması isabetli olacaktır. Bu nedenle, en azından 5187 sayılı Basın Kanunu’nun 11. maddesinin 3. fıkrasında gösterilen şekilde “*sorumlu müdür*” kavramı altında bir somutlaştırmanın ve bu hükme

benzer bir düzenlemenin, tüzel kişinin eylemlerinden ceza sorumluluğunun hangi gerçek kişiye ait olduğu konusunun karışıklığa sebebiyet vermemesi amacıyla Türk Ceza Kanunu'nda veya Türk Ticaret Kanunu'nda yapılması gerektiğine inanmaktayız. Sorumlu/yetkili müdürün sayısı, tüzel kişiliğin büyüklüğüne, kurum, kuruluş veya işletme olarak farklı yerlerde bulunmasına ve faaliyet alanına göre birden fazla tespit edilebilir. Hatta sorumlu müdürün taşıyacağı vasıfların da nitelikli olması, örneğin şirketin yönetim kurulunda veya ortaklar kurulunda bulunması ya da en azından mutlak şekilde “*yetkili müdür*” sıfatına sahip olması öngörülebilir. Bu ceza sorumluluğu türü, elbette sorumlu müdürün suça konu eylemi bilebilir olması ve hakimiyeti ile sınırlıdır. Sorumlu müdürde bilebilirlik ve hakimiyet yoksa, ceza sorumluluğu da doğmayacaktır.

Tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kabul edilmemesi sebebiyle, bu sorumluluğun kimde olduğuna dair ortaya çıkan karmaşayı çözmek amacıyla savunduğumuz bu görüş, büyük şirketlerin zengin ve nüfuzlu yönetim kurulu veya ortaklar kurulu üyelerini sorumluluktan kurtarmak amacına yönelik bir düşünce olarak algılanmamalıdır. Bu tür bir algı, tüzel kişilerin ceza sorumluluğunun kimde olduğuna dair meselede yaşanan karmaşık sorunun gözardı edilmesi anlamına gelir. Düşüncemize yönelik bu tür bir eleştirinin yüzeysel olacağını ifade etmek isteriz. Çünkü “*sorumlu/yetkili müdür*” önerimizde, tüzel kişinin eylemine kusurlu iradesi ile katılan, talimat veren, onu engellemeyen veya icrasını destekleyen yönetim kurulu veya ortaklar kurulu üyelerinin de sorumluluğu ortadan kaldırılmamaktadır. Bir başka ifadeyle, tüzel kişinin suça konu eylemine icrai veya ihmali hareketi dahil olan, kusurlu iradeye sahip yöneticilerin sorumluluğu devam edecektir.

B. Tüzel Kişinin Eylemlerinden Cezai Açıdan Sorumlu Gerçek Kişinin Tespiti

TCK m.20/2 açısından tüzel kişilerde hangi gerçek kişilerin sorumlu olacağını tespit etmek ve eylemi icra eden ile kusurlu gerçek kişi iradesini belirlemek noktasında, büyük şirketler ve tüzel kişiler yönünden bazı ciddi güçlükler yaşanabilir. TCK m.20/2'nin uygulanması bakımından “*tüzel kişilerin eylemlerinden sorumlu gerçek kişiler*” ibaresinden ilk akla gelen, elbette tüzel kişinin yönetici ve temsilcileridir. Bu gerçek kişiler, bir anonim şirkette yönetim kurulu üyeleri ile yetkili müdürler ve limited şirkette ortaklar kurulu ile yetkili müdürler olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu durum, büyük şirketler açısından gerçekten yıpratıcı ve ceza sorumluluğunun haddinden fazla genişlemesine yol açabilmektedir.

Çok uluslu şirketlerde veya büyük yerel şirketlerde, tüzel kişilerin bünyesinde yer alan veya başka yatırımlarından dolayı kurduğu ortaklıklardan kaynaklanan geniş yapılanması, yatırım ve çalışan kadrosu gündeme gelebilir ki, tüm bunlardan ve eylemlerinden dolayı o tüzel kişiliğin yönetim kurulunu

veya ortaklarını ya da genel müdürlerini cezai açıdan sorumlu tutmak, hem “cezaların şahsiliği” ve hem de “kusur sorumluluğu” ilkelerine aykırı olacaktır. Ayrıca, bu tür bir anlayış ve uygulama ceza adaleti ile de bağdaşmayacaktır. Bu sebeple, TCK m.20/2’yi, özellikle şirketler bakımından yönetim kurulu, ortaklar kurulu ve hatta genel müdürler ile sınırlı tutmamak, yani şirketin tepe yönetiminde bulunan yönetici ve temsilcileri ile özdeşleştirmemek, bunun yerine tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak işlenen eylemin icra edeni ve/veya sorumlusu olan gerçek kişi yetkilileri ve çalışanları tespit edip, cezai açıdan sorumlu tutmak isabetli olacaktır.

Ceza sorumluluğunu, özel hukuk sorumluluğu ile karıştırmamak gerekir. Özel hukuktan haksız fiilden kaynaklanan tazminat, sebepsiz zenginleşme veya sözleşmeden doğan alacak-borç ilişkileri, zaten sonuçları itibariyle tüzel kişinin kendisini ve mal varlığını ilgilendiren hususlardır. Özel hukuk alanında tüzel kişinin doğrudan doğruya sorumluluğu vardır. Bu sorumluluğu üstlenen tüzel kişi, eğer yöneticisinin, yetkilisinin veya çalışanın şahsi kusuru varsa, bu durumda rücu mekanizmasını işletme hakkına sahip olacaktır. Ancak bizim burada tartıştığımız, özel hukuk sorumluluğu değil, ceza hukukuna dayalı sorumluluk türüdür. Bu sorumluluk türü, mevcut TCK m.20/2 dikkate alındığında tüzel kişiye yöneltilmediğinden, TCK m.60 kapsamında tüzel kişi hakkında güvenlik tedbirlerinin uygulanması dışında eylemden kaynaklanan ceza sorumluluğunun gerçek kişi ile irtibatlandırılmasına ihtiyaç duyulacaktır. İşte bu gerçek kişinin mutlak şekilde şirketlerde yönetim kurulu başkanı ve üyeleri ile limited şirketlerde ortaklar kurulu üyeleri olduğunu kabul etmek, hatta suça konu eylemden kaynaklanan sorumluluktan “genel müdür” sıfatı taşıyanı sorumlu tutmak, Ceza Hukuku’nun ilkeleri bakımından hukuka uygun sonuç vermeyebilecektir.

C. Ceza Hukuku İlkeleri Işığında Tüzel Kişilerde Yönetimin Sorumluluğu

Türk Ceza Hukuku’nun uzun zamandan bu tarafa devam eden ciddi sorunlarından birisi olan tüzel kişilerin ceza sorumluluğu maalesef tüzel kişinin yargılanması ve cezalandırılması yolu ile değil de, tüzel kişiye atfedilen eylemden dolayı sorumlu tutulacak gerçek kişinin bulunup yargılanması ve cezalandırılması şeklinde tespit edildiğinden ve bu konuda Türk Ticaret Kanunu’nda ve Türk Ceza Kanunu’nda net hükümler öngörülmediğinden, yine tüzel kişilerin suça konu sıradan eylemlerinden dolayı yönetim kurulu başkanlarının, üyelerinin ve ortaklar kurulu üyelerinin soruşturulduğunu, haklarında kamu davaları açılıp cezalandırılabildiklerini görmekteyiz.

Bu sorun, cezaların şahsiliği ve kusur sorumluluğu ilkeleri özellikleri dikkate alınmadıkça, Türk Ceza Hukuku’nda büyüyerek devam edecektir. Örneğin, 5 veya 10 yerde şantiyesi olan büyük bir inşaat şirketinin ya da büyük bir gıda

üreticisinin veya makine şirketinin herhangi bir departmanında meydana gelebilecek iş kazası nedeniyle, Gümrük Mevzuatına aykırılık ve hatta 5188 sayılı Özel Güvenlik Hizmetlerine Dair Kanun'a muhalefet eylemlerinden dolayı hiçbir eylemi, hiçbir sorumluluğu, hiçbir görgüsü, hiçbir katkısı olmadığı halde ve hatta üzerine düşen tüm sorumlulukları yerine getirmesine rağmen, şirketin yöneticileri hakkında soruşturma ve davaların açıldığını görebilmekteyiz.

Bu halde, 5188 sayılı Kanunun 19. maddesinin tatbiki sözkonusu olacaktır. Anılan maddeye göre, 5188 sayılı Kanunun 3., 5., 11. ve 21. madde hükümlerine aykırı hareket eden ve faaliyet izni almaksızın özel güvenlik hizmeti verdiğini ilan eden veya bunun reklamını yapan şirket yöneticileri ve yetkilileri bakımından cezai yaptırım öngörülmektedir. Bu yöneticiler ve yetkililer, anonim şirketlerde de tüm yönetim kurulu veya iç yönerge hazırlanmış ise bu yönerge doğrultusunda sorumluluk ve yetkinin bırakıldığı yönetici veya müdür, limited şirketlerde ise ortaklar kurulu veya yetkili müdürlerdir. Anılan madde, tüzel kişilerin eylemlerinden doğacak ceza sorumluluğunun kime ait olduğu konusunda TCK m.20/2'ye göre daha net hükümler içermektedir. Kanaatimce, bir inşaat şirketinde sorumluluğa neden olan konu kimin yetki alanına bırakılmış ise, o kişi yönetici olmasa dahi, yetkili olması şartı ile cezai açıdan sorumlu tutulabilmelidir. 5188 sayılı Kanun m.19/1-c, diğer bentlerden farklı olarak, şirketin kurucu ve yöneticileri bakımından değil, şirket yetkilisi bakımından sorumluluk doğacağına işaret etmektedir. 5188 sayılı Kanun m.19/1-c'nin, konu ile yetkili kişi bakımından sorumluluk öngörmesi nedeniyle daha isabetli bir düzenleme olduğunu söyleyebiliriz.

“Suçta ve cezada kanunilik” prensibi uyarınca, ya sorun yasal bir düzenleme ile tüzel kişilerde ceza sorumluluğunun hangi gerçek kişi veya kişilere ait olduğunun belirlenmesi yolu ile “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ve “kusur sorumluluğu” ilkeleri dikkate alınmak suretiyle tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde veya yararına olarak eylemi icra eden ve/veya sorumlu olan gerçek kişinin her somut olayda tespiti yoluyla çözümlenmelidir. Aksi halde bu sorun, Ceza Hukuku ilkelerini ve ceza adaletini zedelemeye ve tüzel kişilerin yöneticilerini rahatsız etmeye devam edecektir. Belirtmeliyiz ki, biz burada tüzel kişinin eyleminden sorumlu olan yönetici ve temsilcilerinin cezai açıdan sorumlu tutulmamasını savunmamaktayız. Savunduğumuz husus, net bir şekilde tüzel kişinin suça konu eyleminden dolayı kim kusurlu ve sorumlu ise, o gerçek kişinin tespit edilmesi gerektiğidir. Eşitlik ilkesini bozan ve büyük şirketlerin yönetici ve temsilcilerine ceza yargısı muafiyeti getiren bir anlayışın desteklenmesini kabul etmek elbette mümkün değildir.

D. Tüzel Kişilerde Temsil Yetkisi Verilmesi ve Temsilcinin Eyleminden Doğan Ceza Sorumluluğu

6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu, yönetim ve temsili birbirinden ayrı düzenlemiştir. Yönetim, şirketin sevk ve idaresi, temsil ise şirketin dışarıya karşı bağlayıcı olarak ilişki kurabilmesi, temsil ve ilzam edilebilmesi ve iradesini kullanabilmesi olarak öngörülmüştür. Ceza Hukuku açısından önemli olan, şirketin temsilinden ziyade yönetimidir. Ancak yine de uygulamada, şirketi temsil edenlerin sorumlu görüldüğü, bu konuda yönetim kurulunun gerçek kişi üyeleri ile tüzel kişi üyesinin gerçek kişi temsilcisinin muhatap alındığı görülmektedir. Bu nedenle, yönetim ve temsil yetkisini kısımlara ayırıp somutlaştırmak veya her ikisini bir veya iki kişide toplayıp sorumlu veya sorumluları belirlemek isabetli olacaktır.

Esas sözleşmede aksi öngörülmemiş veya yönetim kurulu tek kişiden oluşmuyorsa temsil yetkisi çift imza ile kullanılmak üzere yönetim kuruluna aittir (TTK m.370/1). Yönetim kurulu, temsil yetkisini bir veya daha fazla murahhas üyeye veya müdür olarak üçüncü kişilere devredebilir. En az bir yönetim kurulu üyesinin temsil yetkisini haiz olması şarttır (TTK m.370/2). Yönetim kurulu, temsile yetkili kişileri ve bunların temsil şekillerini gösterir kararın noterce onaylanmış suretini, tescil ve ilan edilmek üzere ticaret siciline verir (TTK m.373/1).

6102 sayılı TTK ve TCK, maalesef şirketlerde ceza sorumluluğunun kime ait olduğuna dair açık bir hükme yer vermeksizin, yalnızca tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin cezai açıdan sorumlu tutulmasını öngörmektedir. Bu noktada kusurlu irade gerçek kişinin değil, tüzel kişinin iradesi olup, o iradeyi tüzel kişi adına kullanan veya kullandıran temsilcinin cezai açıdan sorumluluğu gündeme gelecektir. Burada, yönetim kurulu üyesinin tüzel kişi olduğu ve yönetim kurulunda bulunan gerçek kişinin ise sadece temsilci olduğu, dolayısıyla ceza sorumluluğunun tüzel kişinin isteklerini yerine getiren gerçek kişi temsilciye değil, tüzel kişinin kendi yönetici ve temsilcilerine ait olması gerektiği düşünülebilir. Bu düşüncede isabet bulunmamaktadır. Çünkü tüzel kişi, yönetim kurulu üyesi olsa da, yönetim kurulu üyesi olduğu şirketi yönetmesi ve temsil etmesi, bir başka ifade ile tüzel kişi tarafından yapılması gereken yönetim ve temsili yerine getirmesi amacıyla gerçek kişi temsilciyi görevlendirip yetkilendirmektedir. Bu noktada, yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin gerçek kişi temsilcisinin alınan karar, yapılan iş ve eylemlerden sorumlu olmadığını, bu halde de sorumluluğun yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin kendi yönetim kuruluna ve temsilcilerine ait olduğunu söylemek, yönetim kurulu üyesi tüzel kişiyi temsil eden gerçek kişinin varlığını, bulunma amacını ve ceza sorumluluğunu inkar etmek anlamına gelir.

TCK m.20/2 ve bu hükmün gerekçesi dikkate alındığında, yönetim kurulu üyesi tüzel kişinin görevlendirdiği gerçek kişi temsilcinin sorumlu olacağı ve bu gerçek kişinin de sorumluluğu ancak iç yönerge ile bir başkasına devredebileceği, fakat yönetim kurulu üyesinin tek kişi olduğu durumlarda temsilci sıfatının her durumda olacağı ve başkası ile paylaşabileceği, yönetim yetkisini paylaşmak veya tümü ile devretmek suretiyle sorumluluktan kurtulmasının mümkün olabileceği tartışmasızdır. Bununla birlikte, hukuki anlamda sorumluluğun yönetim kurulu üyesi tüzel kişiye ait olacağı konusunda tartışma bulunmamaktadır. Bu husus, TTK m.359'un 2. fıkrası ile ilgili gerekçede açıkça belirtilmiştir. Kanun koyucu, yönetim kurulu üyeliğinin tüzel kişinin temsilcisi olan gerçek kişiye değil, bizzat tüzel kişiye ait olması sebebiyle hukuki sorumluluğun tüzel kişide olacağını, çünkü gerçek kişi temsilcinin yönetim kurulu üyesi olmayıp, sadece yönetim kurulu üyesi tüzel kişiyi temsil ettiğini, tüzel kişinin talimat, direktif ve yetkilendirmesi ile gerçek kişi temsilcinin hareket ettiğini kabul etmiştir. Tüzel kişi adına yönetim kurulunda bulunan temsilcinin yetkileri çerçevesindeki faaliyetlerinden doğan hukuki sorumluluk tüzel kişiye ait olacaktır. Temsilcinin kendisine tanınan yetki sınırlarını aşarak yaptığı iş ve işlemlerden doğan hukuki sorumluluk ise, tüzel kişinin o yönde bir iradesi bulunmaması nedeniyle temsilcinin kendisine ait sayılacaktır. Temsilci ve tüzel kişi arasındaki yetkilendirmeye ilişkin talimatlar, kimin sorumlu olduğunu ortaya koyacaktır. Ancak bu husus, TTK m.371'in ilk dört fıkrası sebebiyle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı hüküm ifade etmeyecek ve sadece yönetim kurulu üyesi ile gerçek kişi temsilci arasında bir sorun olarak kalacaktır.

TTK m.359/2'ye göre, “*Bir tüzel kişi yönetim kuruluna üye seçildiği takdirde, tüzel kişiyle birlikte, tüzel kişi adına, tüzel kişi tarafından belirlenen, sadece bir gerçek kişi de tescil ve ilan olunur; ayrıca, tescil ve ilanın yapılmış olduğu, şirketin internet sitesinde hemen açıklanır. Tüzel kişi adına sadece, bu tescil edilmiş kişi toplantılara katılıp oy kullanabilir*”. Bu hüküm, hukuki sorumluluk açısından tüzel kişinin sorumluluğunu ön plana çıkarmakta ise de, meseleye ceza sorumluluğu açısından bakıldığında tüzel kişinin kendi yönetici ve temsilcilerinin sorumluluğunu değil, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu şirketteki gerçek kişi temsilcinin sorumluluğunu gündeme getirecektir. Çünkü tüzel kişiyi o şirkette temsil eden ve bu temsil kabiliyeti nedeniyle yönetime katılan, iş ve işlemlerden sorumlu olan temsilci olarak görevlendirilen gerçek kişi kabul edilecektir. Tüzel kişinin ceza sorumluluğunu düzenleyen TCKm.20/2 ve bu hükmün gerekçesi incelendiğinde de, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olduğu şirketteki temsilcisinin sorumlu tutulması gerekeceği anlaşılacaktır. TTK m.359/2'nin gerekçesi, hukuki sorumluluğu ayrı tutmuş, fakat cezai sorumluluk konusunda herhangi bir hükme yer vermemeyerek, meseleyi ceza hukukuna bırakmıştır. Aksi

yönde bir düşünce ise, tüzel kişinin yönetim kurulu üyesi olarak bulunduğu şirketteki gerçek kişi temsilcinin, sadece “*temsilci*” sıfatı ile olarak bulunduğu, tüzel kişinin emir, talimat ve direktiflerini yerine getirdiğini, şirketin iş ve işlemlerinden doğabilecek hukuka aykırılıkların sorumluluğunu cezai açıdan bu gerçek kişi temsilciye değil, tüzel kişinin bu karar, talimat ve direktifleri veren kendi yönetici ve temsilcilerine ait olacağı şeklinde ileri sürülebilir. Ancak biz, bu aksi düşünceye iştirak etmemekteyiz.

E. Yönetim Devrinin Ceza Sorumluluğuna Etkisi

Yönetimin devri, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 367. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddeye göre; “*Yönetim kurulu esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle, düzenleyeceği bir iç yönergeye göre, yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri, tanımlar, yerlerini gösterir; özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler. Yönetim kurulu, istem üzerine pay sahiplerini ve korunmaya değer menfaatlerini ikna edici bir biçimde ortaya koyan alacaklıları, bu iç yönerge hakkında, yazılı olarak bilgilendirir. Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir*”.

Yukarıda yer verilen madde hükmünden de anlaşılacağı üzere, şirkette yönetimin kısmen veya tümü ile başkalarına devri mümkündür. Bu halde, yönetim yetkisinin kullanılmasından kaynaklanan sorumluluk iç yönerge ile yetkili kılınan gerçek kişi veya kişilere ait olacaktır. Yönetim kurulu, esas sözleşmeye konulacak bir hükümlerle veya düzenleyeceği bir iç yönergeye göre yönetimi, kısmen veya tamamen bir veya birkaç yönetim kurulu üyesine veya üçüncü kişiye devretmeye yetkili kılınabilir. Bu iç yönerge şirketin yönetimini düzenler; bunun için gerekli olan görevleri tanımlar, yerlerini gösterir, özellikle kimin kime bağlı ve bilgi sunmakla yükümlü olduğunu belirler (TTK m.367/1). Yönetim, devredilmediği takdirde, yönetim kurulunun tüm üyelerine aittir (TTK m.367/2). Bu hükme göre, yönetim yetkisi devredilmediği takdirde, şirketin yönetiminden kaynaklanan sorumluluk da doğal olarak yönetime ait olacaktır.

Yönetim kurulu ve kendisine bırakılan alanda yönetim, kanun ve esas sözleşme uyarınca genel kurulun yetkisinde bırakılmış bulunanlar dışında, şirketin işletme konusunun gerçekleştirilmesi için gerekli olan her çeşit iş ve işlemler hakkında karar almaya yetkilidir (TTK m.374). Bu hükme göre, yönetim kurulu tarafından iç yönerge ile yönetim yetkisi devredilmediği veya paylaşılmadığı ya da netleştirilmediği takdirde, şirket için alınan karar ve yapılan eylemlerin tüm sonuçları anonim şirketlerde yönetim kurulu başkanı ve üyeleri, limited şirketlerde ise ortaklar kurulu ve yetkili müdüre ait olacaktır. Bu nedenle, 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu’nun 367. maddesi uyarınca şirketlerde maddi konular

hariç olacak veya bu konuda da sınırlı ya da çift imza yetkisi verecek şekilde “iç yönerge” hazırlanarak görev taksimine gidilmesi isabetli olacaktır. Yönetim kurulunun, TTK m.375 uyarınca devri mümkün olmayan yetki ve sorumluluklar dışında kalan tüm yetki ve sorumluluklarını başkalarına devretmesi halinde, ceza sorumluluğu da yönetim ve temsil yetkisini alan gerçek kişiye ait olacaktır.

III – 5607 SAYILI KAÇAKÇILIKLA MÜCADELE KANUNU ÇERÇEVESİNDE YER SAĞLAYICININ HUKUKİ DURUMU

Yer sağlayıcı sıfatını haiz internet sitelerinin, içerik sağlayıcı satıcılar tarafından gerçekleştirilen usulsüz işlemler nedeniyle sorumluluğunun gündeme getirildiğini ve bu suretle yer sağlayıcıların zor durumda bırakıldıklarını sıklıkla gözlemlemekteyiz. Bu nedenle, yukarıda yer verilen yer sağlayıcıların ceza sorumluluğuna ilişkin yasal düzenlemeler ve bu yasal düzenlemeler kapsamında herhangi bir sebeple ceza sorumluluğunun gündeme gelmesi halinde, bunun hangi kişi veya kişiler üzerinde sonuç doğuracağına ilişkin açıklamalarımız ışığında, 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesi karşısında yer sağlayıcının durumunun değerlendirilmesi gerekmektedir.

Esas itibarıyla, uygulamada “yer sağlayıcı” konumunda olanlar için ceza sorumluluğundaki tereddüt, sınırlı bir düzenleme olan 5651 sayılı İnternet Ortamında Yapılan Yayınların Düzenlemesi ve Bu Yayınlar Yoluyla İşlenen Suçlarla Mücadele Edilmesi Hakkında Kanun'un “Yer sağlayıcının yükümlülükleri” başlıklı 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan, “ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla” ibaresinden kaynaklanmaktadır. Aslında 5. madde, yer sağlayıcının, yer sağladığı içeriği kontrol etmek veya hukuka aykırı bir faaliyetin sözkonusu olup olmadığını araştırmakla yükümlü tutulmadığını ifade etmiştir.

Buna rağmen, lafzı bozuk olan 5. maddenin 2. fıkrasında, yer verilip verilmemesi önem taşımayan “ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla” ibaresinden dolayı bir karmaşanın yaşandığı, bu ibareden hareketle diğer kanunlardaki ceza hükümlerinin yer sağlayıcıya mutlaka uygulanması gerekliliği gibi hatalı bir sonuca ulaşıldığı, bu çerçevede “suçta ve cezada kanunilik”, “kusur”, “ceza sorumluluğunun şahsiliği” ilkelerinin gözardı edilmeye çalışıldığı, böylece Ceza Hukuku ilke ve esaslarının kabul edemeyeceği bir sorumluluk türünün benimsenmesinin gayreti ile hareket edildiği görülmektedir. Bu düşüncenin kabulü mümkün değildir. 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında yazılı bu istisnadan hareketle, internet ortamında yer sağlayıcı konumunda olanların, örneğin kaçakçılık suçlarından sorumlu olduğunu benimsemek isabetli olmayacaktır.

Bu konuda Elektronik Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 9. maddesindeki düzenleme yerinde gözükmemektedir. Tasarıda, 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrasında yer alan istisnaya yer verilmemesi isabetli olmuştur. Çünkü 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinin 2. fıkrası bir anlam ifade etmese de, yani bu hüküm olsa da olmasa da kişinin ceza sorumluluğu varsa zaten uygulanacağından, e-ticaret ortamında karışıklığa ve yanlış anlamalara yol açabilecek bu hükmün düzeltilmesi gerekmektedir. Tasarı, konusu itibariyle elektronik ticareti düzenlediğinden, bu Tasarının yasalaşması ile birlikte konusu dar olan ve elektronik ticaretle ilgisi bulunmayan 5651 sayılı Kanunun 5. maddesi de önemini kaybedecektir. Bununla birlikte, 5651 sayılı Kanunun 5. maddenin 2. fıkrasında yer alan “*ceza sorumluluğu ile ilgili hükümler saklı kalmak kaydıyla*” ibaresinin yürürlükten kaldırılması, bu konuda yaşanan ve yaşanabilecek karışıklık ve yanlış anlamalara da son verecektir.

Belirtmeliyiz ki, yer sağlayıcıların kendi faaliyet ve kontrol alanları ile ilgili hukuki, cezai, idari ve mali sorumlulukları olmalıdır. Ancak bu sorumluluğu, yer sağlayıcıların faaliyet, yetki ve kontrol alanlarının dışına taşımamak gerekir. Malın yurda gümrüğe tabi tutulmaksızın sokulması fiiline iştirak etmeyen ya da bu tür bir malın Türkiye’de ticarete konu edilmesine bilerek ve isteyerek katılmayan, 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 5. fıkrasında sayılan hareket tiplerinden birisini icra etmeyen, yegane taahhüdü ve sorumluluğu genel manada internet ortamında alım-satım yapmak isteyenleri buluşturmak olan, bu anlamda bir alışveriş merkezinin sahibi veya işletmecisi gibi internet ortamında hizmet sunan yer sağlayıcıları, kast derecesinde kusur ve iştirake konu olabilecek hareket ve katkıları olmaksızın kaçakçılık suçundan sorumlu tutmak, hem “*suçta ve cezada kanunilik*” prensibine ve hem de “*kusur*” ile “*ceza sorumluluğunun şahsiliği*” ilkelerine aykırı olacaktır. Bu ilkeler ise, Anayasa m.38, TCK m.2, 20 ve 21 tarafından Ceza Hukukunun temel prensipleri olarak güvence altına alınmışlardır.

A. 5607 sayılı Kanun m.3/1 ve m.3/5’in Yer Sağlayıcılar Hakkında Uygulanabilme Koşulları

5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu’nun 3/1. maddesi hükmü uyarınca, gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın, yani kaçak olarak Ülkeye ithal edilen ürünlerin internet sitelerinde satışa sunulması, yer sağlayıcı internet siteleri yetkilileri hakkında kamu davası açılmasına neden olabildiği gibi, bu kişiler aynı maddenin 5. fıkrası uyarınca da sorumlu tutulabilmektedir. Ancak, 5607 sayılı Kanunun 3/1. maddesi hükmünde düzenlenen, gümrük işlemlerine tabi tutulmaksızın eşyayı Türkiye’ye ithal eden kişinin 1 yıldan 5 yıla kadar hapis ve onbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılmasına konu suç ile bu çalışmamızın konusunu teşkil eden 5607 sayılı Kanunun 3/5. maddesi hükmünde düzenlenen suç,

yani 1. fıkrada düzenlenen kaçak eşyayı yurda sokma fiiline iştirak etmeksizin, eşyanın bu özelliğini bilerek ve ticaretini yapmak suretiyle işlenen suç birbirine karıştırmamak gerekir. 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. ve 5. fıkraları birbirinden ayrı olup, ayrı değerlendirilmesi ve faillerinin de ayrı yargılanmaları gerekir. Çünkü m.3/1'de eşyanın kaçak getirilmesi, m.3/5'de ise kaçak getirilen eşyanın ticarete konu edilmesi fiili vardır.

5607 sayılı Kaçakçılık Kanunu'nun 3. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan suç işleyen ve bu suça iştirak eden fail, aynı Kanunun 3. maddesinin 5. fıkrasını ihlal ettiği gerekçesiyle kaçakçılığa konu aynı maldan dolayı ayrıca cezalandırılmayacaktır. Çünkü madde 3/5'de, "*Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fillerin işlenmesi iştirak etmeksizin*" ibaresine yer verilmiştir. Böylece, m.3/1'de tanımlanan kaçakçılık suçunu işleyen, hatta bu suça yardım etmek suretiyle yarı oranında ceza ile sorumlu olacak yardım eden, aynı zamanda m.3/5'de tanımlanan seçimlik hareketlerden birisini icra ettiği gerekçesiyle cezalandırılmayacaktır. "*Suçta ve cezada kanunilik*" prensibinin sonucu da bunu gerekli kılmaktadır.

Bu durumda, örneğin yurtdışından kaçak mal getirmek isteyen fail, Türkiye'yi arayıp bu konuda arkadaşından yardım istese ve arkadaşı da malı Türkiye'ye getirmesi halinde yardımda bulunacağını, depo ayarlayabileceğini veya malın satışında yol göstereceğini söylese, TCK m.39/2-a'ya göre "*yardım eden*" sıfatı ile kaçakçılık suçuna iştirak etmiş olacaktır. 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 5. fıkrasına göre, "*yardım eden*" sıfatı ile m.3/1 suçun işlenişine katılan bu kişinin, 3. maddenin 5. fıkrasında sayılan eylemlerden birisini gerçekleştirmesi halinde altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılma sorumluluğu doğmayacak, kaçakçılığa konu maldan dolayı sadece suça iştirakin bir türü olan "*Yardım etme*" başlıklı TCK m.39 nedeniyle 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. fıkrasında tanımlanan cezaların yarısından sorumlu tutulabilecektir. Sonuç olarak; 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında tanımlanan eylemlerden birisini icra eden diğerini icra etse bile, yalnızca birisinden sorumlu tutulabilecektir. Fail veya iştirak eden olarak 3. maddenin 1. fıkrası ihlal edilmiş ise, aynı maddenin 5. fıkrasının ihlal edilip edilmediğine bakılmaksızın fail veya suça iştirak eden kişinin ceza sorumluluğu 1. fıkraya göre tayin edilmelidir. Bu açıklamamız, 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 2, 3 ve 4. fıkraları içinde geçerlidir. 3. maddenin 1. fıkrasında tanımlanan suça iştirak eden kişi, kaçakçılık suçun iştirak derecesi ve cezanın ağırlığı ne olursa olsun 3. maddenin 5. fıkrasından sorumlu tutulamayacaktır. Kanun koyucu, 3/5. madde hükmü ile ilgili nev'i şahsına münhasır bir fikri içtima veya "*ne bis in idem*" ilkesini gözetken ceza sorumluluk türü öngörmüştür. Kanun koyucu, 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1 ila 4. fıkralarında tanımlanan filleri işleyenlerin sahip oldukları suç

işleme kastının, beraberinde kaçakçılığa konu malı ticari amaçla satışa arz etmeyi, satmayı, taşımayı veya saklamayı da kapsayacağını kabul etmiştir. Kaçakçılığa konu malı satın alan ise, çok istisnai bir durum olmamak şartı ile malı ithal eden kişi değildir. Bu iki sıfatın aynı kişide birleşmesi durumunda da, yukarıda yaptığımız tespit aynen geçerlidir.

5607 sayılı Kanunun 3/1. ve 3/5. madde hükümlerinin ayırımı, davaların bağlantı sebebi ile birleştirilmesi bakımından da önem arz etmektedir. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 8. ve 16. maddeleri bağlantılı davalar ile ilgili önemli hükümler içermektedir. CMK m.8 uyarınca, bir kişinin birden fazla suçtan sanık olması veya bir suçta ne sıfatla olursa olsun birden fazla sanık bulunması halinde bağlantının var sayılacağı, suçun işlenmesinden sonra suçluyu kayırma, suç delillerini yok etme, gizleme veya değiştirme fiillerinin de bağlantılı suç olarak kabul edileceği hükme bağlanmıştır. Kanunun 16. maddesinin 1. fıkrasında ise, her biri değişik mahkemelerin yetkisi içinde bulunan bağlantılı davaların, yetkili mahkemelerden herhangi birisinde birleştirilebileceği hükmüne yer verilmiştir. İstisnalar hariç olmak üzere, davaların birleştirilmesi bir zorunluluk olarak öngörülmemiştir. 5607 sayılı Kanunun "Yetkili Merciler" başlıklı 17. maddesinin 2. fıkrasında, bu Kanun kapsamına giren suçlar ile birlikte resmi evrakta sahtecilik suçunun da işlenmesi halinde görevli mahkemenin ağır ceza mahkemesi olacağı hükme bağlanarak bir zorunluluk getirilmiştir. Ancak, Kanunun 3/1. ve 3/5. madde hükümleri yönünden böyle bir zorunluluk öngörülmediğinden, mahkeme aralarında fiili veya hukuki bağlantı bulunan davaları birleştirmesinde takdir yetkisini kullanabilecektir. Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin, 22.02.2010 tarihli ve 2010/845 E., 2010/2429 K. sayılı kararında, kaçak eşya satışı yapan asıl failler hakkında görülen dava ile kaçak eşya satışına aracılık ettiği iddia edilen internet sitesi yetkililerinin, asıl failere ait eşyaların kaçak olduğunu bilerek internet aracılığı ile pazarlandığının anlaşılması halinde, bu fiilin 5607 sayılı Kanun m.3/1'de öngörülen suça iştirak fiilini oluşturacağından bahisle bu davalar arasında bağlantı bulunduğunun kabul edilmesi ve davaların birleştirilmesi gerektiği yönünde karar vermiştir. Ancak, Ceza Dairesinin bu kararına katılmadığımızı ifade etmek isteriz. Çünkü davalar arasında fiili ve hukuki bağlantının mevcut olması halinde dahi, 5607 sayılı Kanunun 3/1. ve 3/5. madde hükümleri bakımından davaların birleştirilmesi bir zorunluluk olarak düzenlenmemiştir.

Ayrıca, eşyanın kaçak olduğunu bilse dahi, m.3/1 kapsamındaki fiillere iştirak etmeyen internet sitesi yetkililerinin bu suça yardım ettiği iddiası ile yargılanmasında isabet bulunmamaktadır. İnternet sitesi yetkililerinin m.3/1 uyarınca sorumlu tutulabilmeleri için, asıl failerin m.3/1 kapsamındaki fiillerine iştirak iradesiyle hareket etmesi ve eşyanın kaçak olarak ithal edilme süreci tamamlanmadan önce suça katılması gerekmektedir. Bir başka anlatımla,

internet sitesi yetkililerinin m.3/1 kapsamında sorumlu tutulabilmeleri için bizzat kaçakçılık fiilinin içinde yer almaları gerekmektedir. Eşyanın kaçak olarak ithal edilmesinden sonra, bilerek ve isteyerek, eşyanın satışına iştirak edilmesi fiili nedeniyle ancak m.3/5 uyarınca sorumlu tutulabileceklerdir. Dolayısıyla, suçun unsurlarının ve faillerinin tümü ile farklı olduğu ayrı ceza davalarının, yalnızca suça konu ürünlerin aynı olması nedeniyle birleştirilmesi ve m.3/5’de düzenlenen fiilleri işleyenlerin m.3/1’e ilişkin olarak yürütülen davada yargılanmaları isabetli olmayacaktır.

Davaların bağlantı sebebi ile aynı mahkemede toplanması halinde, TCK m.43/1 uyarınca müteselsil/zincirleme suç uygulaması yapılabilecektir. Sanığın suçu sabit görülürse TCK m.43/1 uygulama alanı bulabilecektir. Çünkü suç sayısının fazla ve mağdurun tek olduğu durumda, verilecek bir ceza üzerine TCK m.43/1 uyarınca dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırım yapılabilecektir.

Örneğin, 5607 sayılı Kaçakçılık Mücadele Kanunu m.3/5 hükmüne göre, failin durumu ve fiilin ağırlığına göre 6 aydan 2 yıla kadar hapis ve beş günden beş bin güne kadar adli para cezasına hükmedilecektir. Gerçek kişi fail hakkında hükmedilecek bu cezaya, TCK m.43/1 uyarınca suçun zincirleme işlendiğinin tespit edilmesi durumunda da yine failin ile fiilin durum ve ağırlığına göre 1/4’den 3/4’e kadar artırım yapılabilecektir. Tüzel kişi kapsamında bu suçun işlenmesi durumunda ise, TCK m.60’da gösterilen güvenlik tedbirleri tüzel kişi hakkında uygulanacaktır. Bu husus, 5607 sayılı Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrasında ifade edilmiştir. 4926 sayılı Kanunda bu tür bir hüküm olmadığından, o dönemle ilgili bu güvenlik tedbirleri uygulama alanı bulamayacaktır. Hapis cezasının sınırı iki yılı geçtiği takdirde, ceza ertelenmez ve zarar karşılansa bile hükmün açıklanması geri bırakılmaz. Ayrıca, iki yılın altında kalan cezaların ertelenmesi de failin göstereceği pişmanlığa bağlıdır. Davalar birleştirilmediği ve suç sabit olduğu takdirde, mağdur sayısı bir kişi olsa da her bir davadan ayrı ceza uygulanacak, ancak zincirleme suçtan ceza artırımına gidilmeyecektir. Her bir suçun cezası iki yılın altında olacağından, bu müesseselerin diğer şartları oluştuğu takdirde her bir cezanın ertelenmesi veya hükmün açıklanmasının geri bırakılması gündeme gelebilecektir. TCK m.51’de düzenlenen erteleme sadece hapis cezaları için mümkün olup, para cezalarını kapsamaz. Ancak bu sınırlama, hükmün açıklanmasının geri bırakılması müessesesi için geçerli değildir (CMK m.231/5).

B. 5607 Sayılı Kanun m.3/5 ve 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Düzenlenen İştirak Müessesesi Uyarınca Yer Sağlayıcılar Bakımından Doğabilecek Ceza Sorumluluğunun Belirlenmesi

5607 sayılı Kanunun 3/5. maddesi hükmüne göre, “*Birinci ila dördüncü fıkralarda tanımlanan fiillerin işlenmesine iştirak etmeksizin, bunların konusunu*

oluşturan eşyayı, bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, satışı arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis ve beşbin güne kadar adli para cezası ile cezalandırılır”.

Bu hükümlerle, kaçakçılığa iştirak etmeksizin, kaçak eşya özelliğini bilerek ve bu eşyayı ticari amaçla satın alan, satışı arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişinin cezalandırılacağı ifade edilmiştir. Bu hükmün 4926 sayılı Kanunda karşılığı olan m.3/a-4'e göre, kaçakçılığa konu eşyayı bilerek taşımak, satmak, satın almak, saklamak, satışı arz etmek veya bu eşyanın alınıp satılmasına aracılık etmek suçtur. 4926 sayılı Kanunda yer alan, “*alınıp satılmasına aracılık etmek*” eyleminin 5607 sayılı Kanunda yer almadığı görülmektedir. Kanunlar arasındaki bir diğer fark ise, 5607 sayılı Kanun ticari amacı aradığı halde, 4926 sayılı Kanunda mal alım-satımında “*ticari amaç*” bir unsur olarak gösterilmemiştir.

“*Suçta ve cezada kanunilik*” prensibine göre, kaçakçılık suçuna iştirak etmeksizin 5607 sayılı Kanunun 3/5 maddesi hükmünde sayılan seçimlik hareketlerden birisinin icra edildiğinin tespiti ile ceza sorumluluğunun doğabilmesi mümkündür. Kaçakçılık suçuna iştirak etmeksizin, 3/5 madde hükmünde sayılan seçimlik hareketlerden birisinin işlenmesi halinde, müşterek faillik, azmettirme ve yardım eden sıfatlarıyla cezai sorumluluk gündeme gelebilir. Ancak tüm bunlarda, 5607 sayılı Kanunun 3/5 madde hükmünde tanımlanan suç işlemeye yönelik kast derecesinde kusurun varlığı, yani suçun maddi unsuru olarak tanımlanan hareketi ve neticeyi bilerek ve isteyerek yapmak, icra etmek veya bu icraya katılmak gerekir.

Sanal ortamda mal teşhir edip satışı arz etmek ve satmak isteyenlere, malı görmeksizin, özelliklerini ve hukuki durumunu bilmeksizin sadece “*yer sağlayıcı*” sıfatı ile internet sitesini kullanıma açmak fiili, 5607 sayılı Kanunun 3/5. madde hükmünde tanımlanan seçimlik hareketlerden herhangi birisine girmemektedir. Bu madde hükmünde tanımlanan fiil iki unsurdan oluşmaktadır. İlki, eşyanın kaçak getirilmesine iştirak etmeksizin kaçak olduğunu bilmek ve diğeri de seçimlik hareketlerden oluşan ticari amaçla satın almak, satışı arz etmek, satmak, taşımak veya saklamak olarak sıralanmıştır. Sanal ortamda yer sağlayıcı sayılan, yani internet ortamında hizmet ve içerikleri barındıran sistemleri tedarik eden ya da işleten gerçek veya tüzel kişilerin ve yetkililerinin, sanal ortamda sahibi oldukları veya işlettikleri internet sitelerini kullandıkları içerik sağlayıcıların ticari amaçla satmak için resimlerini ve niteliklerini internet sitelerine koydukları mallardan ve bu malların kaçak olmalarından, bu malların kaçak olarak Ülkeye getirilmelerine iştirak etmedikçe sorumlulukları da olmayacaktır.

Ceza Hukukunda kıyas ve kıyasa ulaşan geniş yorumlar yapmak yasaktır (Anayasa m.38/1 ve TCK m.2/3). Bu prensibin de istisnası bulunmamaktadır. Kişi, suç işleme kastı, örtülü de olsa anlaşma ve işbirliği ile bir suçun işlenmesine katılmadıkça, müşterek fail, suça azmettiren veya yardım eden olarak

suçlanamaz. Örneğin bir kaçakçılık iddiası varsa, iddiaya konu fiilin Kanundaki suç tanımına uyması ve bu fiili icra etmekle suçlanan kişinin de irade ve isteği ile bu suça katılması, yani iştirak etmesi gerekir. Sanal ortamda müşterilerine yer sağlayıp, onların internet üzerinden mal satmasını sağlayan ve bunun dışında bir eylemi olmayıp, sorumluluğu yalnızca 5651 sayılı Kanun m. 8 ve 9 ile sınırlı olan ve varsa başka kanunların açık hükümleri ile sorumluluğu sınırlı olan internet siteleri ve yetkililerine başkaca bir ceza sorumluluğu yüklenemez. Yapılan bir hareketin ve ortaya çıkan sonucun rahatsızlık vermesi suç sayılamaz ve ceza sorumluluğuna yol açmaz. Özetle, suç ve cezayı gösteren bir kanun ve failin bu suça katıldığıın tespiti şarttır.

Yer sağlayıcıları suç işleme niyet ve kararı olmayan bir kişiye suç işlettiğinden bahisle azmettirmeden (TCK m.38) ve suçu işleyen faile yardım ettiğinden (TCK m.39) bahisle sorumlu tutmak da mümkün olamaz. Çünkü TCK m.39'da düzenlenen "yardım etme" biçimindeki iştirak müessesine göre, yer sağlayıcının yardım eden sıfatı ile sorumlu olabilmesi için, faili suç işlemeye teşvik etmesi veya failin suç işleme kararını kuvvetlendirmesi veya fiilin işlenmesinden sonra faile yardımda bulunacağını vaat etmesi ya da suçun nasıl işleneceği hususunda faile yol göstermesi veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlaması ya da suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunmak suretiyle suçun icrasını kolaylaştırması gerekir. Tüm bunlarda yardım eden, her şeyden önce suç işlemeye yönelik kast derecesinde kusura sahip bulunmalı ve faille arasında suçu işlemeye yönelik anlaşma ve işbirliği olmalıdır. Suç işleme kastına ve iştirak iradesine sahip yer sağlayıcı, kaçakçılıktan elde edildiğini bildiği malı ticari maksatla satmak isteyen kişiye fiilin işlenmesi sırasında kullandığı araçları sağladığında veya suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun işlenmesini kolaylaştırdığında yardım eden sıfatı ile sorumlu tutulabilir. Suç işleme kastı olmayan, iştirak iradesi bulunmayan, malın kaçak olduğunu bilmeyen ve bu yönde kolaylaştırıcı davranışlarda bulunmayan yer sağlayıcı ise sorumlu tutulamayacaktır. Kaldı ki, yukarıda bahsettiğimiz 5651 sayılı Kanun ve ilgili Yönetmelik hükümleri uyarınca yer sağlayıcının, yer sağladığı içeriği kontrol etme ve hukuka aykırı bir faaliyetin sözkonusu olup olmadığını araştırma yükümlülüğü de bulunmamaktadır.

5651 sayılı Kanununun 5. maddesi uyarınca, internet sitesinde yayınlanan içeriğin hukuka aykırı olup olmadığını denetleme yükümlülüğü öngörülmediğinden, denetlemeye ilişkin bir ihmalin varlığından da söz edilemeyecektir. Bu konuda ihmal olarak ancak, internet sitesi vasıtasıyla suç işlenebileceği ihtimaline karşı yeterli önlem alınmadığı iddia edilerek, internet sitesinin suç işlemeye elverişli olması değerlendirilebilir ki, internet sitesinde bazen yüzbinlerce eşyanın satışa sunulduğu ve her gün bu sayının artmaya devam ettiği dikkate alındığında, yer sağlayıcıların her bir ürünü kontrol etmeleri beklenemeyecektir. Bu

noktada bir ihmalin varlığı kabul edilse dahi, iştirak iradesi bulunmayan yer sağlayıcılar bakımından ceza sorumluluğu doğmayacaktır.

Ülkeye kaçak olarak ithal edilen ürünlerin internet sitelerinde satışa arz edilmesi ve yer sağlayıcının bu üründen maddi menfaat elde etmesinin sorumluluk doğurabileceği düşünülebilir. Ancak yukarıda yer verilen açıklamalara ek olarak, internet sitelerinin kuruluş amaçları doğrultusunda ve faaliyetleri gereği maddi menfaat elde etmeleri tek başına ceza sorumluluğunun doğmasına neden olmayacaktır. Aksinin kabulü, sanal alışveriş sitelerinin kuruluş ve faaliyet amaçları ile çelişecektir, zira nasıl ki gerçek hayatta bir alışveriş merkezi içinde mağazalar açılarak her bir mağaza kendi ürünlerini bu alışveriş merkezi içinde satışa arz ediyorsa, internet ortamında da alışveriş merkezinin kurucusu niteliğinde bir yer sağlayıcı ve bunun içinde mağaza açarak ürünlerini satışa arz eden satıcılar bulunmaktadır. Nasıl ki alışveriş merkezleri, içinde barındırdıkları mağazalardan kira bedeli tahsil etmekte ve çoğunlukla mağazaların yaptığı cirodan da pay almakta ise, internet sitelerinde de mağazalara sağlanan yer için kira bedeli tahsil edilerek, satılan ürünler için çoğunlukla komisyon alınmaktadır. Aradaki benzerlik göz önüne alındığında, yer sağlayıcının menfaat temin etmesinin suça etki edeceği düşünülemez. Aksi halde, gerçek hayatta kaçak ürün satılan mağazalar nedeniyle alışveriş merkezi yetkililerinin sorumlu tutulması ile eşdeğerde bir sonuç ortaya çıkacaktır.

Yukarıda yer alan açıklamalarımıza ek olarak, Yargıtay 5. Ceza Dairesi'nin 25.01.2012 tarihli ve 2011/6521 E., 2012/183 K. sayılı kararında da^[1], suçun işlenmesine yardım iddiasını destekleyen kanıtların açıkça ortaya konulması gerektiği ve elde edilen paradan yararlanmasının tek başına suça yardım olarak değerlendirilemeyeceği ifade edilmiştir. Bu nedenle, yer sağlayıcının sorumluluğuna gidilebilmesi için, 5607 sayılı Kanun kapsamında suç işleme kastının ve satıcı ile arasında suça ilişkin anlaşma ve işbirliğinin varlığının saptanması gerekir.

Gerek yerel ve gerekse uluslararası yargı makamlarının konuya ilişkin kararları ile bu kararlarda yer verilen gerekçelerin incelenmesi, yukarıda izah ettiğimiz hususların uygulamada hangi şekilde değerlendirildiğinin ortaya konulabilmesi bakımından yararlı olacaktır.

[1] “TCK'nın 39. maddesine göre diğer sanığın hizmet nedeniyle güveni kötüye kullanma suçuna yardım etmekten sorumlu tutulabilmesi için, 'suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak veya suçun işlenmesinden önce veya sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak' suretiyle suçun işlenmesine yardım etmesi ve CMK'nın 230. maddesi gereğince suç oluşturduğu sabit görülen fiili ile buna ilişkin kanıtların kararda açıkça gösterilmesi gerektiği ve elde edilen paradan yararlanmasının tek başına suça yardım olarak değerlendirilemeyeceği gözetilmeden, sanığın suça katılma biçimi ile bunu kanıtlayan deliller karar yerinde açıklanıp tartışılmadan yazılı biçimde mahkumiyet kararı verilmesi doğru değildir”.

Örnek vermek gerekirse, Kars Cumhuriyet Başsavcılığı, 07.11.2012 gün, 2012/4567 Sor. ve 2012/2367 K. numaralı kararında; “*Her ne kadar site yöneticisi olan şüpheliler ...’in kaçakçılık eylemine şüpheli ...’in kaçakçılık eylemine yardım etmekten soruşturma yürütülmüş ise de ... Şirketi tarafından işletilen sitenin internet üzerinden mal satmak ve almak isteyen ve kullanıcıları biraraya getiren bir aracı-komisyoncu olarak çalıştığı, bu siteye kayıtlı kullanıcıların satmak istedikleri ürünleri kendi oluşturdukları kullanıcı hesapları aracılığıyla ilgili sitede satışa sundukları, ürünü satmak isteyen satıcıların satışa çıkardığı ürüne ilişkin gümrük vergileri dahil her türlü yükümlülükten sorumlu oldukları, kullanıcılar tarafından internet üzerinden onaylanan kullanıcı sözleşmesi içeriğinde de bu hususların belirtildiği ve kullanıcılar tarafından kabul edildiği, internet sitesinde satış için ilanı yapılan ürün sayısı ve çeşitliliği dikkate alındığında, şüphelilerin satışa arz edilen tüm malların yasal olup olmadıklarını kontrol etme ve denetleme imkanlarının olmadığı, keza malların doğrudan doğruya şüpheliler tarafından satışa sunulmadığı, şüphelilerin, satıcılar ile aralarında yapılan sözleşme içerikleri de dikkate alındığında, şüphelilerin bu konuda satıcılara gerekli uyarıları yaptıkları, somut olayda suça konu dijital fotoğraf makinelerini şüpheli ...’in yurtdışından ithal ettiği ve internet sitesi üzerinden satışa arz ettiği, şüpheli hakkında üzerine atılı 5607 sayılı Yasaya muhalefet suçundan Kars 1. Asliye Ceza Mahkemesi’ne hitaben iddianame tanzim edildiği, internet sitesinin sahibi şirket yetkilileri olan şüphelilerin ...’in, şüpheli ...’in eylemine herhangi bir şekilde katkılarının bulunmadığı, şüphelilerin üzerlerine atılı suçu işlemedikleri anlaşıldığından, ...” şüpheliler hakkında üzerlerine atılı 5607 sayılı Yasaya muhalefet suçundan kamu adına kovuşturmayaya yer olmadığına karar verilmiştir.*

Bir başka örnek olarak ise, Türk Hukuku’nda yüksek mahkeme olarak Yargıtay’a karşılık gelen Alman Federal Yüksek Mahkemesi’nin konu ile ilgili bir kararında yer alan bazı gerekçelerine yer vereceğiz. Kararda, Alman Federal Yüksek Mahkemesi (Bundesgerichtshof) “*Temyiz Mahkemesi*” olarak ve kararı incelenen Mahkeme de (Berufungsgericht) “*İstinaf Mahkemesi*” olarak isimlendirilmiştir.

Alman Temyiz Mahkemesi 1. Hukuk Dairesi, 22.07.2010 gün IZR 139/08 numaralı kararında, “Davalı, kendi internet sitesinde yer alan ürün tekliflerindeki ürün açıklamalarının kendi bilgisi ve alakası olmadan, tamamen otomatik olarak ilgili kullanıcılar tarafından internete konulduğunu belirtmiştir. Kendisinin, sadece ürün sağlayıcı firmaların ve kişilerin ticari alım satım işlemleri yapmalarını sağladığını belirtmiş ve davacının sürekli olarak kişisel ürün teklifleri hakkında yaptığı şikayetlerden ve bu haksız koruma hukuku ihlali uyarılarından dolayı kendisinin yasak talep etme hakkı olduğunu iddia etmiştir.

Bir kişinin suça fail, ortak, azmettiren veya yardımcı olarak iştirak edip etmediği, Ceza Kanunu'nda düzenlenen esaslara göre belirlenir (bkz. BGHZ 63, 124, 126; 89, 383, 389). Buna göre de fail, suçu kendisi işleyen veya suça dolaylı olarak iştirak eden bir kişidir (Ceza Kanunu 25. madde 1. fıkra). Suça ortaklık için ise birlikte hareket etmiş olmak, yani birlikte ve isteyerek işbirliğinde bulunmak gerekir (bkz. Alman Medeni Kanunu madde 830 1. fıkra 1. cümle). **Bir kişinin suça yardımcı sayılması için ise, objektif yardımın dışında en azından işlenen ana suça kasıtlı bir müdahalesinin olması ve bu müdahalenin hukuka aykırılık bilinci kapsamında yer alması gerekir** (bkz. BGHZ 158, 236, 250 – İnternette açık arttırma I, m.w.N.; 172, 119 Tz. 31, İnternette açık arttırma II).

Davalı, üçüncü şahıslara dava konusu markalarla ürün sunumları ve açık arttırmaları yapabilecekleri bir internet platformu sunarak, Alman Markalar Kanunu 14. maddenin 3. veya 4. fıkralarına istinaden doğrudan doğruya kendisi bir marka ihlali yapmamıştır, çünkü hukuka aykırı olan ürünleri satışa veya piyasaya sunan ve bu dava konusu markaların reklamını da yapan kendisi değildir (bkz. BGHZ 158, 236, 250 İnternette açık arttırma I; 172, 119 Tz. 28 – İnternette açık arttırma II). Davalı ayrıca, kendi internet platformundan üçüncü şahıslara ürün satış teklifleri sunma hakkını vererek, marka ihlalini yapan bu üçüncü şahıslarla bilinçli ve isteyerek de hareket etmiş sayılmaz. Davalının verdiği bilgilere göre, bu satıcılara ait tüm ürün satış teklifleri, otomatik bir işlemde ve davalının önceden bilgisi olmadan satışa sunulmaktadır (bkz. BGHZ 173, 188 Tz. 21 – gençler için zararlı ürünler). İstinaf Mahkemesi bunun aksini tespit edememiştir, cevap dilekçesinde de davalıya ait bununla ilgili bir açıklama yer almamaktadır. Somut bir suç olmadan davalının, davacıya ait marka haklarını ihlal eden üçüncü şahıslarla kasıtlı olarak işbirliği yaptığı varsayılmaz (bkz. BGHZ 173, 188 Tz. 21 – gençler için zararlı ürünler).

Ayrıca İstinaf Mahkemesinin, davalının davacıya ait dava konusu markaları kullanarak ticari amaçlar için çocuk sandalyesi satan üçüncü şahısların bu marka ihlali suçuna ihmâl sonucu iştirak ettiği şeklindeki kanaati de kabul edilemez.

Temyiz Mahkemesi, davalının internet platformu işletmecisi olarak sahip olduğu kontrol yükümlülükleri kalıcı olarak zedelendiğinde davalının hangi şartlar altında suça yardımcı olduğu veya olup olmadığı konusunu da sonuçlandırılmamıştır (bkz. BGHZ 158, 238, 250 İnternette açık arttırma I; 172, 119 Tz. 32 – İnternette açık arttırma II). Bu sorunun şu anda bir karara bağlanmasına da gerek yoktur, çünkü davalı kendi yükümlülüklerini ihlal etmemiştir.

İstinaf Mahkemesi, davalıya atılan bu suçların ağırlık noktasının pozitif bir eylem değil, bir ihmâl olduğunu varsaymıştır. Hukuki nedenlerden dolayı buna itiraz edilemez. Markalar Kanunu 14. madde 2. fıkra No. 1'e istinaden üçüncü şahıslar tarafından yapılan bir marka ihlaline ihmâl sonucu yardım sağlanmış

olması için, objektif bir hukuk ihlalinin, ana suçta kasıtlı iştirakin ve hukuka aykırılık bilincinin var olmasının yanı sıra, yardımı sağlayan bu kişilerin de ayrıca bir neticeyi önlemek için hukuki bir zorunluluğa sahip olması gerekir (bkz. BGH, 06.04.2000 tarihli karar, I- ZR 67/98, GRUR 2001, 82, 83 = WRP 2000, 1263 Bielefeld'de yeni I). Bir neticenin önlenmesi için yapılacak işlemin, yükümlü tarafından hukuken talep edilebilir olması gerekir, yani bunun mümkün ve ondan beklenebilecek bir hareket olması gerekir.

Temyiz Mahkemesi, gençler için tehlikeli, toplumu kışkırtan ve şiddete teşvik eden ürünlerin satışından dolayı davalının bir neticeyi önleme yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Bunun nedeni ise, bu yasak ürünlerin davalıya ait internet platformundan anonim satıcılar tarafından satılmasının, sorunsuzca uzak ülkeler tarafından satın alınabilmeleri ve potansiyel alıcıların internet nedeniyle bu ürünleri alış esnasındaki çekingenliklerinin belirgin şekilde azalmasından dolayı büyük bir tehlike teşkil etmesidir (bkz. BGHZ 173, 188 Tz. 25- gençlere zararlı ürünler). Bu esasların yaygınlaşıp yaygınlaşmadığı ve Markalar Hukuku ihlaline dönüşüp dönüşmediği ise karara bağlanması gereken bir konu değildir.

2000/31/AB sayılı Elektronik Ticaret Yönergesi 15. madde 1. bende istinaden üye devletler, bilgi şirketlerine ait hizmet sağlayıcılarına, kendileri tarafından iletilen veya kaydedilen bilgileri denetleme veya aktif bir şekilde hukuku ihlal eden durumları araştırma yükümlülüğünü tanımamaktadır. Buna göre de, her türlü denetleme ve kontrol yükümlülüğü geçersizdir (bkz. 2000/31/AB sayılı Yönergede 47 no.lu açıklama nedeni). Buna karşılık, kullanıcıları tarafından verilen bilgileri kaydeden hizmet sağlayıcılarından, belli türdeki hukuka aykırı durumları açığa çıkarabilmek ve önleyebilmek için, mantıklı değerlendirmelerle kendilerinden beklenen ve devletlerarası hukuki talimatlarda bahsi geçen özen gösterme yükümlülüklerini uygulamaları istenebilir (Yönergede 48 no.lu açıklama nedeni).

Buna göre, 2000/31/AB sayılı Yönergede 15. madde 1. bendin uygulanması hakkındaki TMG 7. madde 2. bent 1. cümlede TMG 8.-10. maddeye göre bir hizmet sağlayıcısı olanların, hukuki bir ihlale dayalı durumlarla ilgili takip ve araştırma tedbirleri almaya yükümlü olmadıkları öngörülmüştür. Temyiz Mahkemesinin açıklamalarına göre ise, bu anlamda bir hizmet sağlayıcısı sayılan davalıya (bkz. BGHZ 158, 236, 246 İnternette açık arttırma I), hukuki düzenlemelerle kendisine tanınmış iş modelini tehlikeye atacak veya faaliyetlerini oldukça zorlaştıracak bir takım gereksinimler getirilmemiştir (bkz. BGHZ 158, 236, 251 İnternette açık arttırma I; 172, 119 Tz. 47 – İnternette açık arttırma II: 173, 188 Tz. 39 – gençler için zararlı ürünler). Marka ihlallerinin işletmeciden beklenen filtre işlemleriyle ve daha sonra yapılacak elle kontrollerle bir denetim ve inceleme yapmasına gerek yoktur (bkz. BGH RUR 2008, 702 Tz. 53 – İnternette açık arttırma III). Bunun için davalının İnternet platformunda

çok sayıda satışa sürülen ürünlerden dolayı şüpheli olanları ayırabilecek bir filtre yazılımına sahip olması gerekir.

Bu esaslara göre de, filtre yazılımıyla şüpheli marka ihlali durumlarının tespit edilemediği ve dava konusu markalara sahip her ürün teklifinin elle kontrole tabi tutulması gerektiği yönünde kontrol tedbirlerini alması davalıdan beklenebilir. Ancak bu davadan böyle bir tedbirin gerekli olduğundan yola çıkılabilir.

Davalıdan, dava konusu markaları içeren tüm ürün tekliflerinde karşılıklı menfaatlerden dolayı elle kontrol yapmasının beklenemeyecek olmasının diğer bir nedeni de davacının VeRI programıyla sağlanan arama motoru sayesinde dava konusu markaların bulunduğu ürün tekliflerini kendi ekranına getirebilmesi ve ihlal olup olmadığını tespit edebilecek durumda olmasıdır ve davalıdan istenen elle kontrolün davalının iş/ticaret modelini tehlikeye atacak olmasıdır.

Sonuç olarak, dava dilekçesinin (a) bendinde yapılan men talebi için gereken elle kontrollerin, davalının iş modelini tehlikeye atma olasılığı vardır. Davalının bu men talebine göre suçlu bulunması halinde, kendisine hukuki ihlaller bildiren tüm diğer marka sahipleri tarafından yapılan itirazlarda da aynı şekilde resim karşılaştırmasına dayanan elle kontroller yapması gerekecektir. Bu da resimli ürün tekliflerinde çok sayıda elle resim karşılaştırması yapılması gibi aşırı bir yükümlülüğü beraberinde getirecektir. Bir filtre yazılımıyla ortaya çıkarılan şüpheli vakalarla sınırlı olmayan elle kontrol işlemleri şeklindeki bu tür çok kapsamlı bir yükümlülük, davalıya çok ciddi bir yük oluşturacaktır.

Davalı bir hizmet sağlayıcısı olarak, hukuka aykırı olduğu iddia edilen ve şikayet edilen bir ürün teklifinin Koruma Hukukunu hakikaten ihlal edip etmediğini veya rekabete aykırı olup olmadığını tespit etmek için ayrıntılı biçimde karmaşık değerlendirmeler yapma yükümlülüğüne sahip değildir. Ayrıca, bu konu hakkında uzman bir hukukçunun görevlendirilmesi gerekir ki, bu da internet sitesinin sahibi davalıdan beklenebilir.” gerekçesine yer verilerek, yer sağlayıcı olan internet sitesi sahibinin, internet sitesi üzerinden teşhir edilmek suretiyle yapılan satışlara konu malın (gençler için zararlı olanlar ve yasak maddeler hariç) özelliklerinden ve bunların hukuka uygun olup olmadığından sorumlu olmadığı, internet sitesi sahibi olan yer sağlayıcının satışa sunulan malların hukuka uygunluğunu araştırmakla yükümlü tutulamayacağı ifade edilmiştir.

C. 5607 sayılı Kanunun 4. Maddesi Uyarınca Tüzel Kişi Yer Sağlayıcılar Hakkında Öngörülen Yaptırımlar ve Lehe Kanununun Belirlenmesi

Kanunun 4. maddesinin birinci ve ikinci fıkralarında, Kanunda tanımlanan suçların ve kabahatlerin bir örgütün faaliyeti çerçevesinde ya da üç veya daha fazla kişi tarafından birlikte işlenmesi halinde cezaların artırılacağı, bu artırımın örgütte iki kat ve toplu suçta yarı oranında olacağı ifade edilmiştir.

Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrasında ise, “*Kanunda tanımlanan suçların, tüzel kişinin faaliyeti çerçevesinde ve yararına olarak işlenmesi halinde ayrıca bunlara özgü güvenlik tedbirlerine hükmolunur.*” ifadesine yer verilerek, TCK m.60’da düzenlenen iznin iptali ve/veya mal müsaderesi güvenlik tedbirlerinin tüzel kişi hakkında uygulanacağı öngörülmüştür. 5651 sayılı Kanun ve faaliyet belgesi verilmesi ile ilgili Yönetmelikte, hukuka aykırı yayın içeriklerinin çıkarılması ve bazı idari yükümlülüklerin yerine getirilmesi dışında faaliyet belgesinin iptali ile ilgili bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bir başka ifadeyle, kaçakçılık iddiaları konusunda faaliyet belgesi iptalinin yasal dayanağı 5651 sayılı Kanun değil, 5607 sayılı Kanunun 4. maddesinin 3. fıkrası olabilecektir. Benzer yönde bir düzenlemeye, mülga 4926 sayılı Kanunda ise yer verilmemiştir. Çünkü 4926 sayılı Kanunun yürürlükte olduğu tarihte, henüz 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu yürürlüğe girmemiş idi.

Yukarıda belirttiğimiz kaçakçılık suçu yönünden, para cezası öngörmesi itibariyle 4926 sayılı Kanun lehe gözükmektedir. Suçun toplu işlenmesi halinde de 4926 sayılı Kanun lehe gözükmektedir. Ancak kaçakçılık suçunun teşekkül, yeni adı ile örgütlü işlenmesi halinde 5607 sayılı Kanunda yer alan cezaların ağırlığı lehe gözükmektedir. 5607 sayılı Kanun 31 Mart 2007 tarihinde yürürlüğe girdiğinden, bu tarih dikkate alınmak suretiyle hangi kanunun failin lehine olduğu belirlenecek ve 31 Mart 2007 tarihi itibariyle işlenen fiiller yönünden sadece 5607 sayılı Kanunun hükümleri dikkate alınacaktır.

IV – KAÇAK ÜRÜN SATIŞININ ÖNLENMESİ AMACIYLA YER SAĞLAYICILAR TARAFINDAN ALINABİLECEK ÖNLEMLER

Yer sağlayıcının 5607 sayılı Kanun kapsamında sorumluluğunun doğabilmesi için, satıcı tarafından gerçekleştirilen hukuka aykırı işlemlerden, örneğin ürünlerin gümrük ve sair vergilerinin ödenmiş olduğundan yer sağlayıcının bilgisi olup olmadığı, yani suç kastının varlığının tespiti için önem taşıdığı bir kez daha vurgulamak isteriz. Suç kastının varlığının ortaya konulması amacıyla, her ne kadar yer sağlayıcının kira bedeli ve komisyon tahsil ederek menfaat elde etmesi sorumluluğunun doğması için yeterli olmasa da, yer sağlayıcının satıcı ile ortak bir menfaat doğrultusunda hareket etmesi, alıcı ile imzalanan “*mesafeli satım sözleşmesi*”nde “*satıcı*” sıfatı ile yer alması ve ödemelerin yer sağlayıcının pos cihazları vasıtasıyla gerçekleştirilmesi, 5651 sayılı Kanunun 5. maddesinde yer sağlayıcıların kontrol yükümlülüklerinin olmadığı belirtilmişse de, kaçak olduğu fiyatından ve sair özelliklerinden ilk bakışta kolaylıkla anlaşılabilir ürünlerin tespitinin basiretli bir tacir tarafından fark edilebileceği gibi hususlara binaen,

yer sağlayıcının ürünlerin kaçak olduğunu bildiği ve/veya bilmesi gerektiği ileri sürülerek, 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 5. fıkrası çerçevesinde sorumlu tutulması gerektiği iddia edilebilir.

Ancak bu iddianın kabulü birkaç nedenle mümkün değildir. İlkine göre, yer sağlayıcının 5607 sayılı Kaçakçılıkla Mücadele Kanunu'nun 3. maddesinin 5. fıkrasında sayılan seçimlik hareketlerde sayılan sıfatlara uygun bir yönü bulunmamaktadır. Yer sağlayıcı, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın bir malı Türkiye'ye ithal eden, bu tür bir ithalata katılan olmadığı gibi, "kaçak eşya" sıfatını taşıyan bir malın bu özelliğini bilerek ve ticari amaçla satın alan, satışa arz eden, satan, taşıyan veya saklayan kişi konumunda da değildir. Yer sağlayıcının, bir an için yukarıdaki sebeplerle malın "kaçak eşya" statüsünde olduğunu bilmesi, bilebilecek veya bilebilir durumda olması, onun 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 1. ve/veya 5. fıkraları anlamında sorumlu tutulmasına yeterli olamaz. Fail, gümrük işlemlerine tabi tutmaksızın bir malı Türkiye'ye ithal etmişse, 5607 sayılı Kanun m.3/1 kapsamında ve bunun dışında "kaçak eşya" sıfatını taşıyan bu malı ticari amaçla satışa arz etmiş veya bir başkasına satmışsa, bu durumda da 5607 sayılı Kanun 3/5 çerçevesinde de sorumlu tutulacaktır.

Belirtmeliyiz ki, bu çalışmamızda açıkladığımız ve internetin kullanılmaya başlanıp yaygınlaşması ile ortaya çıkan yeni kavramlardan olan "yer sağlayıcı" için bu sorumluluğun varlığı ileri sürülemez. Yer sağlayıcının bu hükümlerden her ikisinden veya birisinden sorumlu tutulabilmesindeki ana şart, "suçta ve cezada kanunilik" prensibine uygun şekilde bu hükümlerde tanımlanan suçların maddi ve manevi unsurlarını birlikte icra etmesi ile mümkündür. Yer sağlayıcı fail de, kaçakçılık suçunu işleme veya bu tür bir suçta iştirak etme kastı olmalı ve bu kusurlu irade ile kanun koyucunun tanımladığı maddi unsuru yerine getirmeli veya suçun maddi unsurunun bir kısmına "yardım eden" sıfatı ile bilerek ve isteyerek katılmalıdır.

5651 sayılı Kanunun 5. maddesi, ilgili Yönetmelik ve Tasarıda yer alan, yer sağlayıcının içeriği denetleme yükümlülüğünün bulunmadığı ve hukuka aykırı içerikten sorumlu tutulamayacağı şeklindeki düzenlemeler, esas itibarıyla yer sağlayıcının hukuki ve cezai açıdan sorumlu tutulmaması için yeterli görülebilecek düzenlemelerdir. Çünkü ürünlerin kaçak olduğu hususu yer sağlayıcı firma tarafından yapılacak basit bir kontrol sonucu anlaşılabilir olsa dahi, yer sağlayıcının ürünlerin kontrol edilmesi noktasında bir yükümlülüğü olmadığından, yer sağlayıcıdan bu yönde bir tespit yapması ve dolayısıyla ürünlerin kaçak olduğunu bilmesi beklenemeyecektir. Yer sağlayıcıya bir kanun hükmü ile yüklenmiş bir sorumluluk da bulunmamaktadır. Bununla birlikte, kaçak ürünlerin satışa sunulmaması amacıyla yer sağlayıcı tarafından bir takım önlemler alınması da yer sağlayıcının basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğünün bir parçası olarak değerlendirilebilir. Uygulamada sanal alışveriş platformunda

satışa arz edilen tüm ürünlerin hukuki niteliklerinin ayrıntılı şekilde araştırılıp değerlendirilmesi mümkün olmasa da, basit bir kontrolle kaçak olduğu anlaşılabilecek ürünlerin satışa sunulmaması hususunda yer sağlayıcının gerekli özeni göstermesi ve en azından kaçak ürünlerin satışını kısmen engelleyebilmesi mümkündür. Böylece yer sağlayıcının, 5607 sayılı Kanunun 3. maddesinin 5. fıkrasında belirtilen sorumluluktan tam olarak kurtulabilmesi için basiretli bir tacir gibi hareket etme yükümlülüğünü yerine getirdiği ortaya konulabilecektir.

Kaçak ürünlerin satışının engellenmesi amacıyla yer sağlayıcılar tarafından alınabilecek önlemleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, örneğin, satıcı gerçek veya tüzel kişilerle üyelik öncesi bir sözleşme imzalanarak, satıcıların ürünleri hukuka uygun olarak temin etme yükümlülüğünün olduğunun belirtilmesi, buna rağmen satıcılar tarafından gerçekleştirilecek hukuka aykırı fiillerin tespiti durumunda, satıcı firmaların tazminat ödemekle sorumlu tutulmaları, birinci el ürünlerde garanti belgesinin bulunması şartının aranması, niteliği itibariyle bulunması gerektiği halde garanti belgesi bulunmayan birinci el ürünlerin filtrelenmesi, satıcı tarafından fiyatlandırılan ürünün piyasa fiyatından dikkat çeken ölçüde düşük olması durumunda bu ürünlerin filtrelenmesi, satıcı firmalardan, üyelik öncesi ticaret sicil kayıtlarının talep edilmesi, şayet ticaret sicil kaydı olan bir şirket söz konusu değilse bu satıcılarının üyeliğinin aktive edilmemesi, kargo süresi beş veya azami on günden fazla olan ürünlerin filtreleme sistemi ile tespit edilmesi, mümkünse bu ürünlerin filtrelenmesi, internet sitelerinin gerekli önlemleri aldığı ve suç işleme kastı bulunmadığının ortaya konulmasında etkili olacaktır.

Bu tedbirleri çoğaltmak mümkün olmakla birlikte, sayılan tedbirlerin tümünün uygulanması hususunda yasal bir zorunluluk olmadığı, olmasının da ticari hareketlilik sebebiyle mümkün olamayacağı, bu konuda yer sağlayıcılar için sert, aşırı ve kabulü mümkün olmayan önlem ve yöntemlerin getirilmesinin de hakkaniyete uygun düşmeyeceğini belirtmek isteriz. Ancak yasal zorunluluk olmadığı halde, iyiniyetli yer sağlayıcının basiretli bir tacir olarak alabileceği önlemleri aldığı ortaya konulması, 5607 sayılı Kanunu m.3/5 çerçevesinde yargılanan yer sağlayıcı firmaların, ürünlerin kaçak olduğunu bildiklerine dair varsayımı da bertaraf edecek ve ilgililer aleyhine 5607 sayılı Kanun m.3/5 çerçevesinde sorumluluğun doğması ihtimali tümü ile ortadan kalkacaktır. Bu nedenle, yer sağlayıcıların ticari faaliyetlerini ve gelir oranlarını ciddi ölçüde etkilemeyecek bu yönde tedbirleri almaları, yer sağlayıcı firmaların iyiniyetli olduklarını ve müşterilerinin haklarını gözettiklerini göstermesi bakımından yararlı olacaktır.

